



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**“LA CRIMINALIZACIÓN PREVIA DEL DERECHO PENAL
DEL ENEMIGO Y SU EXPANSIÓN EN EL SISTEMA
PENAL PERUANO”**

PRESENTADO POR:

BACH. PEDRO ALBERTO LEON PUMA

ASESORES:

**DR. GODOFREDO JORGE CALLA COLANA
DRA. NILDA MARIUSKA PACHECO PINTO**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LIMA - PERÚ

2021

Índice

Carátula	
Dedicatoria	i
Agradecimientos	ii
Reconocimiento	iii
Índice	iv
Resumen	v
Abstract	vi
Introducción	

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

1.2 Delimitación de la investigación

1.2.1 Delimitación social

1.2.2 Delimitación espacial

1.2.3 Delimitación temporal

1.2.4. Delimitación conceptual

1.3 Problema de investigación

1.3.1 Problema general

1.3.2 Problemas específicos

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo general

1.4.2 Objetivos específicos

1.5 Supuesto

1.5.1 Categoría y subcategorías

1.5.2 Sistematización de las categorías

1.6 Metodología de la investigación

1.6.1 Enfoque de la investigación

1.6.2 Tipo y nivel de la investigación

a) Tipo de investigación

b) Nivel de investigación

1.6.3 Método y diseño de la investigación

a) Método de la investigación

b) Diseño de investigación

1.6.4 Población y muestra de la investigación

a) Población

b) Muestra

1.6.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

a) Técnicas

b) Instrumentos

1.6.5 Justificación, importancia y limitaciones de la investigación

a) Justificación

b) Importancia

c) Limitaciones

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

2.2 Bases teóricas

2.3 Bases legales

2.4 Definición de términos básicos

CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1 Análisis de tablas

3.2 Discusión de resultados

3.3 Conclusiones

3.4 Recomendaciones

3.5 Fuentes de información

ANEXOS

Anexo: 1 Matriz de consistencia

Anexo: 2 Instrumentos: guía de entrevista con preguntas abiertas (tesis cualitativa)

Anexo: 3 Validación de expertos. Ficha de validación del instrumento. Juicio de expertos.

Dedicatoria

A mi señor padre, a su esposa, y a mis más próximos familiares y amigos a quienes guardo en los recuerdos de mi alma con inmenso cariño.

Y a quienes, con su hospitalidad y apoyo solidario, han hecho posible que pueda culminar la presente investigación.

Agradecimientos

Agradezco infinitamente a quien fuera rector de esta universidad, el fallecido doctor Fidel Ramírez Prado, quien, siendo solidario y humano con mi persona, me dio la oportunidad de volver a cursar estudios profesionales en este centro universitario. A él, por ese motivo inolvidable, le debo el que ahora me encuentre ad portas de obtener el título profesional de abogado y pueda servir mejor a la sociedad.

Reconocimiento

Doy mi supremo reconocimiento a la Universidad Alas Peruanas por haberme dado la gran oportunidad de estudiar la presente carrera profesional en circunstancias tan adversas, en las cuales, para muchos, hubiera resultado impensable o casi imposible. Pero que, gracias al conjunto de profesores y coordinadores, a quienes la Universidad delegó la responsabilidad de asumir tremenda proeza, y que la asumieron con entereza, vocación y sumo profesionalismo, es que los sueños míos, al igual que el de muchos, se hicieron realidad.

Resumen

Este trabajo de investigación se denomina *La criminalización previa del derecho penal del enemigo y su expansión en el sistema penal peruano*. El enfoque de la tesis es cualitativo, su tipo fue básico, su diseño fue de teoría fundamentada y el método fue inductivo, aplicándose los instrumentos de entrevistas a peritos del problema planteado, después de los cuales se llegó a la siguiente conclusión: que, el Derecho penal del enemigo, en contra de la versión oficial del Estado, se aplica y se expande en el Perú, y que su aplicación establece, sin duda alguna, la existencia de dos derechos penales en una misma realidad empírica, los mismos que se dirigen hacia dos grupos determinados de sujetos: los considerados ciudadanos y los considerados enemigos, distinción desde ya implícita, peyorativa e inconstitucional. Y que esta aplicación diferenciada comenzó con la legislación antiterrorista para expandirse luego a la criminalidad común. Lo que ha ocasionado una regresión cualitativa en el sistema penal peruano y en el Derecho peruano en general. Siendo la tendencia la de una mayor acentuación y de intromisión en otros ámbitos de la regulación normativa nacional.

Palabras clave: criminalización previa, derecho penal del enemigo, derecho penal de autor, regresión cualitativa.

Abstract

This research work is called The prior criminalization of the enemy's criminal law and its expansion in the Peruvian penal system. the approach of the thesis is qualitative, its type was basic, its design was grounded theory and the method was inductive, applying the tools of interviews to experts of the problem posed, after which the following conclusion was reached: that, the Criminal law of the enemy, contrary to the official version of the State, is applied and expanded in Peru, and that its application establishes, without any doubt, the existence of two criminal rights in the same empirical reality, the same ones that are directed towards two specific groups of subjects: those considered citizens and those considered enemies, a distinction already implicit, pejorative and unconstitutional. And that this differentiated application began with the antiterrorist legislation to later expand to common criminality. What has caused a qualitative regression in the Peruvian criminal system and in Peruvian law in general. The trend being one of greater accentuation and interference in other areas of national normative regulation.

Keywords: prior criminalization, enemy criminal law, author's criminal law, qualitative regression.

Introducción

La presente investigación aspira, pues, es su finalidad y propósito, a demostrar, en forma académica y científica, a través del análisis exegético de diversas normas penales, y en antítesis a la postura del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, que en el sistema penal peruano se aplica y expande la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico tutelado para determinados delitos, cual es la característica fundamental y principal del derecho penal del enemigo. Derecho penal de descendencia nacionalsocialista que desarrolla en la doctrina, los últimos años, el jurista alemán Günther Jakobs.

Asimismo, se verá, en forma accesorio, sus otras dos características sobresalientes y subordinadas: el aumento de las penas, es decir, la drasticidad de las sanciones; y, la flexibilización –restricción- de derechos y garantías fundamentales que le asisten a la persona humana.

Asimismo, se busca demostrar que en nuestra realidad empírica existe una estructura punitiva en la que se desenvuelven dos derechos penales distintos -dos regulaciones- dentro del mismo sistema: uno, para los ciudadanos; y, otro, para los “enemigos”, quienes, considerados fuentes de peligro, no son considerados personas.

De tal manera que podrá aseverarse que el único propósito teleológico de la actual política criminal del Estado es, tras supuestas “razones de seguridad y prevención” delictiva, inocular a los “elementos peligrosos” de la sociedad a fin de neutralizar riesgos en el futuro.

Lo que revelará la aplicación que en el país de los postulados penales más antiliberaliberales de la época contemporánea. Cristalizando una situación de grave crisis en la que se encuentra actualmente la sociedad peruana.

En suma, la tesis demostrará que, derivado de la aplicación del derecho penal del enemigo, se vienen produciendo cambios cualitativos esenciales, los que, desde una perspectiva jurídica, política, social, histórica e ideológica,

ocasionan una regresión cualitativa en el ordenamiento jurídico peruano, especialmente, en lo constitucional y penal.

Asimismo, cabe mencionar, que la producción de la tesis tuvo serias limitaciones materiales respecto a una mayor una mayor documentación para el tratamiento de la problemática aquí planteada, puesto que la crisis sanitaria impide realizar consultas a peritos o el concretar visitas a bibliotecas especializadas. No obstante, se pudo resolver con algunos materiales indispensables adquiridos del internet y de fuentes físicas preexistentes.

Este trabajo investigativo contiene lo siguiente:

En el Capítulo I, se trata, fundamentalmente, el Planteamiento del Problema donde está la descripción sucinta, pero clara, de la realidad problemática; la delimitación de la investigación; los problemas genéricos y específicos a tratar, y los objetivos sobre los cuales se traza el horizonte y la perspectiva de la tesis; asimismo, se establece el supuesto que constituye la esencia del trabajo por cuanto concentra la pretensión investigatoria, así como también la metodología empleada, la justificación, la importancia de la tesis y sus limitaciones.

En el Capítulo II, se tiene el marco teórico: cuyo contenido gira en torno al desarrollo de la problemática a investigar, es decir, que abarca, primero, los antecedentes del tema, internacionales como nacionales; luego, se perfilan las bases teóricas sobre las cuales se desarrollará el planteamiento y su descripción, así también están las bases legales pertinentes y sobre las cuales descansa la elaboración del trabajo, para, finalmente, exponer la definición de los términos empleados para una mejor comprensión de lo que se discute.

En el Capítulo III, se expone, en definitiva, la presentación, el análisis y la interpretación y discusión de los resultados que se desprenden de la investigación y que permiten establecer conclusiones que sirvan a brindar recomendaciones en y para el tratamiento de la problemática asumida. Finalmente, se cita la referencia bibliográfica.

Por último, se encuentran los anexos: la matriz de consistencia, los instrumentos, los juicios de expertos, los cuestionarios, entre otras cosas.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

A mediados de la década del ochenta del siglo veinte, durante una conferencia de penalistas en Frankfurt del Melo - Alemania, aparece el jurista Günther Jakobs disertando sobre el denominado derecho penal del enemigo.

Jakobs, se refiere, con esa nomenclatura jurídico-penal, a las normas del Código Penal alemán vigente que criminalizan etapas del estadio previo a la comisión de un delito. Colocando a este postulado, desde entonces, dentro de la discusión dogmático penal.

Es así que, a través de un proceso paulatino, el derecho penal liberal, clásico o garantista empieza a sufrir serios cuestionamientos doctrinales. En el sentido de que la idea básica nuclear o estructural de su construcción, de la acción humana desplegada, necesaria para la intervención penal punitiva, es abandonada en y para la elaboración de determinados delitos.

Empiezan a aparecer entonces nuevos preceptos penales que sancionan, no el acto humano desplegado, sino la peligrosidad del agente por su proclive

conducta delictiva en el futuro, ya que se encuentra inmerso al interior de una organización delictiva.

Es decir, estos nuevos enunciados penales no exigen la plasmación de una concreta acción humana, sino se centran en la peligrosidad futura. Por lo que carecen de un verbo rector que constituya el núcleo medular del tipo.

Estos tipos penales se expresan en los delitos de organización y conspiración, especialmente. No obstante, van apareciendo otros nuevos tipos penales con las características de la criminalización previa.

Esta nueva realidad en la dogmática no es sino la manifestación de un fenómeno jurídico de trascendencia internacional. Puesto que actualmente sus postulados son legitimados en los ordenamientos penales de occidente: Estados Unidos, Europa y América Latina. Lo que implica un cambio de orientación político criminal, y de una fuerte y mayor intromisión de la política del Estado en el ordenamiento punitivo.

Y no puede ser de otra manera, pues, para los Estados, ante las crisis económicas cíclicas que padecen, es de urgente necesidad política prevenir, con el *ius puniendi* y a la luz de los criterios represivos de la *zero tolerance*, cualquier tipo de alteración del “orden público” y la seguridad social.

Y es que, desde una perspectiva sociológica, el fenómeno aludido surge y se desenvuelve en medio de una realidad económica-social realmente crítica: millones viven en condiciones inhumanas (pobreza, desocupación, esclavitud asalariada, despidos, crisis sanitaria, analfabetismo, muertes por desnutrición, etcétera); crisis económicas cíclicas del sistema económico internacional (recesión, desaceleración, paralización y quiebra); y, acentuación de la crisis del modelo neoliberal que ha generado un enriquecimiento excesivo para un minúsculo grupo de familias, mientras que la gran mayoría de la población está en situación de pobreza y pobreza extrema.

Esta situación social origina nuevas formas de criminalidad, de comisión delictiva, que van desde la criminalización de las protestas sociales, tildadas de extorsivas, como lo tipifica el código penal peruano, por ejemplo, a modalidades

nuevas del crimen organizado o de nuevos delitos comunes de comisión individual.

La aplicación del derecho penal del enemigo en el Perú comienza con la promulgación del Decreto Legislativo 046 de marzo de 1981, siendo la primera legislación antiterrorista que se dicta en el país.

Con esa ley se introduce en el sistema penal peruano la criminalización previa a la lesión de un bien jurídico en la figura típica del delito de pertenencia a una organización subversiva. Precepto penal que reprime el mero hecho de integrar la organización, sin que exista la necesaria realización de un acto delictivo previo por parte del agente imputado.

Esta legislación se deroga por la Ley N° 24651 de 1987 que incorpora el delito de terrorismo al Código Penal de 1924. Esta incorporación implica el incremento de la penalidad abstracta de los tipos penales.

En 1991 se promulga el nuevo Código Penal. En cuyo capítulo II se mantiene la normatividad antiterrorista para posteriormente, en mayo de 1992, ser derogada por el Decreto Ley N° 25475.

Ahora, es de suma importancia resaltar, por la importancia que tiene para la presente investigación, la incorporación de delito de Asociación Ilícita al Código Penal de 1991 en su artículo 317°. Toda vez que este tipo penal reproduce en su integridad la descripción típica del artículo 5° del derogado Decreto Legislativo 046. Y es que con esta incorporación se denota la aplicación expansiva de criterios jurídicos antiterroristas en el combate de la criminalidad común.

En abril de 1992 la situación del país cambia rotundamente. El gobierno de Alberto Fujimori da un autogolpe de Estado e instaura un gobierno de facto y concentra el Poder del Estado en el Ejecutivo. Y emite un conjunto de Decretos Leyes en varias materias. Una de estas de lucha contra el terrorismo.

Así es que el 06 de mayo de 1992 dicta el Decreto Ley N° 25475. Y, en los meses posteriores, promulga otros decretos leyes antisubversivos.

De esos decretos leyes únicamente mantiene vigencia el D.L. N° 25475, al ser declarado constitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 0010-2002 AI/TC, del 3 de enero de 2003, constituyendo la legislación fundamental contra el terrorismo. Y es que contiene, en su estructura, normas en materia sustantiva, procesal y ejecución penal.

En setiembre de 1992, la Policía Nacional del Perú captura a la cúpula dirigenal de Sendero Luminoso y a partir de entonces los actos de violencia subversiva comienzan a decaer considerablemente.

No obstante, la criminalidad organizada común comienza a incrementarse: las bandas de Los destructores, Los Injertos, etc. Ante lo cual el Estado dicta el Decreto Legislativo N° 895, al que denomina delito de Terrorismo Agravado, y lo modifica después a Terrorismo Especial, con la finalidad de reprimirlas al igual que el delito de terrorismo. Posteriormente es declarado inconstitucional (STC N° 005/2001).

En esa línea represiva surge el Decreto Legislativo N° 896 para endurecer las penas de los delitos de homicidio calificado, secuestro, violación de menores y robo agravado.

Entrando al nuevo milenio, en el 2003, a la sazón de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 010/2002, el Congreso de la República delega facultades legislativas al Ejecutivo para que emita una nueva legislación antiterrorista.

Salen entonces los Decretos Legislativos N° 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927. Uno de los cuales mantiene la cadena perpetua, aunque con la variante de que será revisada a los treinta y cinco años de cumplimiento de pena efectiva. Se establece, asimismo, de forma obligatoria, la presencia del Procurador del Estado como parte del proceso. Y, finalmente, con el Decreto Legislativo 927 se otorgan beneficios penitenciarios a los condenados por terrorismo: $\frac{3}{4}$ de la pena para acceder a la liberación condicional, y 7x1 para redimir la pena mediante estudio o trabajo.

El legislativo, por otro lado, ante el continuo incremento de la criminalidad común efectúa cambios en la política criminal y da un giro en cuanto a la teoría

de la pena: en mayo de 2006 introduce en el Código Penal peruano el concurso real de delitos (art. 50°). Y empieza a regir la sumatoria de penas. Dejando atrás el principio de absorción punitiva, que consistía en que la pena mayor absorbía a la menor.

En julio de 2007, el Poder Ejecutivo, otra vez facultado por el Congreso, legisla nuevamente en materia de terrorismo y otros delitos. Emite varios decretos legislativos, de los cuales, dos son relevantes para mencionar simplemente: el 982 y 985. El primero que criminaliza la protesta social al incluirla en las modalidades de extorsión. Y el segundo que anula beneficios penitenciarios para algunos condenados por terrorismo, y exige el pago íntegro de la reparación civil para su acceso.

El 14 de octubre de 2009 el Congreso de la República dicta la Ley N° 29423 que prohíbe beneficios carcelarios a los condenados por terrorismo sin excepción.

No obstante el proceso legislativo descrito es a partir de la segunda década del siglo XXI cuando el Estado inicia una producción legal sin precedentes: aparecen tipos penales de características propias de la criminalización previa del derecho penal del enemigo. Así, tenemos, por ejemplo, las siguientes normas penales:

El tres de mayo de 2012 se incorpora, al Código penal, el artículo 317°-A, delito de marcaje y reglaje, mediante la Ley N° 29859. Y, el veintidós de ese mismo mes, se publica la Ley N° 29867 que incorpora al Código Penal el artículo 368°-D, figura que sanciona la posesión de celulares en los centros penitenciarios.

El veintiuno de noviembre de 2012, mediante la Ley N° 29936, se incorpora al Decreto Ley N° 25475 el artículo 4°-A, que sanciona el financiamiento al terrorismo.

El diecinueve y veinte de agosto de 2013 se publican las Leyes N° 30076 y N° 30077 respectivamente. La primera, para combatir la inseguridad ciudadana; y, la segunda, el crimen organizado.

El veintisiete de julio de 2015, se publica el Decreto Legislativo N° 1181, que incorpora al Código Penal el artículo 108°-D para reprimir la conspiración y el ofrecimiento para el sicariato. Asimismo, el veintiséis de setiembre de ese mismo año, a través del Decreto Legislativo N° 1233, se incorpora al Decreto Ley N° 25475 el artículo 6°-B, que sanciona la conspiración para el delito de terrorismo.

El veintinueve de octubre de 2016 se emite el Decreto Legislativo N° 1244 para fortalecer la lucha contra el crimen organizado. Produciéndose una modificatoria trascendental en la política criminal del Estado, pues se cambia la denominación del artículo 317° del Código Penal: de Asociación Ilícita a Organización Criminal. Y se incrementa, asimismo, su penalidad: de 3 a 6 años a de 8 a 15, hasta 20. Así también, incorpora el delito de Banda Criminal preceptuado en el artículo 317°- B.

El treinta de diciembre del 2016 aparece el Decreto Legislativo N° 1296. Iniciándose con ello una reforma en el acceso a los beneficios penitenciarios. Sin embargo, excluye a los condenados por los delitos que se encuentren relacionados al crimen organizado conforme a la Ley N° 30077. Y, asimismo, prohíbe el acceso a la semilibertad y a la liberación condicional a quienes se encuentren especialmente condenados por los artículos 317°, 317°-A y 317°-B, y otros artículos del Código Penal.

1.2 Delimitación de la investigación

1.2.1 Delimitación espacial

La presente investigación se sustenta en el análisis de normas penales peruanas, tanto especiales como ordinarias que se encuentran en las leyes especiales antiterroristas y en los preceptos penales de los códigos penales de 1924 y 1991, aplicables en el territorio nacional. Desarrollándose, el presente trabajo, en la ciudad de Lima, aunque sus resultados tienen un alcance nacional e internacional.

1.2.2 Delimitación social

El presente trabajo de investigación abarca, en su campo de análisis, dos realidades esenciales: la criminalidad en la sociedad peruana y la política criminal del Estado expresada a través de leyes. Por lo que se realizó una entrevista a cuatro peritos especialistas del problema planteado.

1.2.3 Delimitación temporal

El análisis de las normas penales se realiza al periodo correspondiente de 1981 a la actualidad. Esta investigación se hizo de octubre de 2019 hasta octubre de 2020.

1.2.4 Delimitación conceptual

En el presente trabajo de investigación se abordan, indispensablemente, los siguientes conceptos: derecho penal del enemigo, criminalización previa, regresión cualitativa y política criminal.

Derecho penal del enemigo

Criminalización previa

Regresión cualitativa

Política criminal

1.3 Problema de la investigación

1.3.1 Problema general

¿Cómo se desarrolla la criminalización previa del derecho penal del enemigo y su expansión en el sistema penal peruano?

1.3.2. Problemas específicos

-¿Cómo se desarrolla en el contexto jurídico la criminalización previa del derecho penal del enemigo y su expansión en el sistema penal peruano?

-¿Cómo se desarrolla la política criminal de la criminalización previa del derecho penal del enemigo y su expansión en el sistema penal peruano?

-¿Cómo se desarrolla la política criminal en el contexto de la criminalización previa del derecho penal del enemigo y su expansión respecto a la regresión en el sistema penal peruano?

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo general

Analizar el desarrollo de la criminalización previa del derecho penal del enemigo y su expansión en el sistema penal peruano.

1.4.2 Objetivos específicos

Analizar el desarrollo del contexto jurídico en la criminalización previa del derecho penal del enemigo y su expansión en el sistema penal peruano.

Analizar el desarrollo de la política criminal en la criminalización previa del derecho penal del enemigo y su expansión en el sistema penal peruano.

Analizar el desarrollo de la política criminal en la criminalización previa del derecho penal del enemigo y su expansión respecto a la regresión en el sistema penal peruano.

1.5 Supuesto y categorías de la investigación

1.5.1 Supuesto

La criminalización previa del derecho penal del enemigo se aplica y se expande en el sistema penal peruano.

1.5.2 Categorías

La criminalización previa del derecho penal del enemigo.

Subcategorías

-Contexto jurídico

-Política criminal

-Regresión

1.5.3 Sistematización de la categoría:

La criminalización previa del derecho penal del enemigo se aplica y expande en el Perú constituyendo una regresión jurídica, política y social para el desarrollo de la sociedad.

Título de la tesis: **LA CRIMINALIZACIÓN PREVIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU EXPANSIÓN EN EL SISTEMA PENAL PERUANO. Una regresión cualitativa violatoria de principios, derechos y garantías constitucionales y penales.**

Objetivo general:

Analizar que la criminalización previa del derecho penal del enemigo (y sus dos características: drasticidad de las penas y la restricción de derechos y garantías constitucionales y penales) se aplica y expande en el Perú.

¿Considera usted que la criminalización previa del derecho penal del enemigo se aplica y expande en el sistema penal peruano?

¿Cuáles tipos penales considera usted son característicos del adelantamiento previo del derecho penal del enemigo?

¿Desde cuándo considera usted empezó a introducirse regulaciones propias del derecho penal del enemigo?

Objetivos específicos:

1. Analizar que en el Perú la criminalización previa del derecho penal del enemigo comenzó a aplicarse con la legislación antiterrorista y posteriormente se expande al combate de la criminalidad común.

¿Considera usted que es con la legislación antiterrorista cuando empieza a aplicarse el derecho penal del enemigo?

¿Considera usted que en el Código Penal vigente existen tipos penales de criminalización anticipada?

¿Considera usted que existe una relación tipológica entre el artículo 5° del Decreto Legislativo 046 y 5° del Decreto Ley 25475 con el artículo 317° del Código Penal vigente, tanto cuando era el delito de Asociación Ilícita y ahora de Organización Criminal?

2. Analizar que en el Perú se aplican dos derechos penales dentro de un mismo sistema penal.

¿Considera usted que en el sistema penal peruano se aplica un derecho penal para los ciudadanos y otro para los “enemigos”?

¿Considera que el derecho penal del enemigo se va expandiendo cada vez más?

¿Cuál será el futuro del derecho penal del enemigo en el Perú?

3. Analizar que la aplicación de la criminalización previa del derecho penal del enemigo en el Perú constituye una regresión cualitativa en tres aspectos: en lo constitucional, penal y social.

¿Considera que la criminalización previa del derecho penal del enemigo niega la construcción sistemática de la teoría del delito moderna?

¿Considera que el derecho penal del enemigo vulnera derechos y garantías constitucionales-penales?

¿Considera que el derecho penal del enemigo es eficaz, como política criminal, en el combate al delito?

¿Considera que el derecho penal del enemigo sirve al progreso de la sociedad?

1.6 Metodología de la investigación

1.6.1 Enfoque

Cualitativo

Esta investigación no se sustenta en realidades cuantitativas, sino en una realidad óptica concreta y específica. Lo cual representa una cualidad material única. Por lo tanto, en el estudio, se ha acudido a juristas de renombre, quienes versan ampliamente sobre los tópicos tratados en la tesis.

La realidad tratada es: el sistema penal peruano y la política criminal. Para lo cual se han tomado en cuenta concepciones iusfilosóficas, técnicas y estudios que no son cuantitativos. (Carrasco, Metodología de la Investigación Científica, 2009, p. 87).

Por ello es que esta investigación es cualitativa ya que se analizó las características en profundidad del problema planteado.

1.6.2 Tipo y nivel de investigación

a) Tipo de investigación

Básica

La investigación postulada es de una composición básica. Su razón de ser radica, al decir de Carrasco, en la producción de conocimientos nuevos que sirvan y contribuyan a la profundización del fenómeno jurídico social materia de estudio. (Carrasco, Metodología de la investigación Científica, 2009, p. 88).

Siendo así, la presente tesis, precisamente, incide en el estudio y en el análisis, y, por ende, en el conocimiento de la aplicación de una doctrina penal, surgida en Alemania, en la realidad peruana, así como su desarrollo, sus consecuencias e implicancias en la praxis jurídica del país. Lo que en sí contribuye al desarrollo de la doctrina penal peruana, por cuanto se defiende al derecho penal garantista, y al debate mismo que existe a la sazón del fenómeno que se alude, que provoca una confrontación académica y política en el ámbito internacional.

b) Nivel de investigación

Descriptivo

Y es así porque en la presente investigación se presentan caracterizaciones del fenómeno, puesto que se elaboran perfiles del comportamiento de la política criminal en el transcurso del tiempo -en cuanto al caso específico de la investigación-, y se termina realizando un diagnóstico empírico descriptivo de la aplicación de la doctrina penal tratada en la realidad peruana. (Reyes, Metodología y Diseños de la Investigación Científica, 2015, p. 76).

Evidentemente, por lo señalado, la investigación resulta de una presentación descriptiva, toda vez que recorre la existencia, en el tiempo, de leyes penales que muestran la aplicación (objetiva) de presupuestos del derecho penal del enemigo.

1.6.3 Método y diseño de la investigación

a) Método de la investigación

Inductivo fenomenológico

La investigación se centra en el estudio individual de sucesos prácticos que permitirán extraer conclusiones universales en la forma de leyes, principios o fundamentos de una teoría. (Bernal, Metodología de la Investigación, 2010, p. 56).

En ese sentido, la presente investigación, a fin de arribar a una síntesis y a conclusiones generales, parte del estudio de normas penales emitidas desde 1981 hasta el presente. Es decir, va de lo individual, de lo particular para arribar a lo general.

b) Diseño de la investigación

Teoría fundamentada

La presente investigación se estructura en base a una teoría fundamentada. Y es así por cuanto su composición es flexible, toda vez que la preocupación sistemática del diseño está en sostener, sobre todo, los fundamentos de permitan nuclear la problemática fenomenológica estudiada. Es decir, se va sosteniendo en fundamentos, construidos en base a argumentos. Lo que permite ir, en esa línea de estructuración lógica, del análisis a la síntesis, y de ésta a las conclusiones.

Asimismo, la flexibilidad, entonces, radica en el sentido de que durante el proceso investigativo pueden presentarse nuevas situaciones en el tema, a las cuales habría que saber dar sentido y explicación como parte del objeto de estudio y fundamentarlas. (Bernal. Metodología de la Investigación, 2010, p. 145).

Es lo que ocurre en todo proceso investigativo de un fenómeno que se manifiesta ante nuestros ojos, y que por cuestiones de orden político, social y jurídico pueden presentar nuevas situaciones fácticas. La teoría fundamentada, en este sentido, sirve como soporte adecuado a un proceso investigativo cualitativo y descriptivo.

1.6.3 Población y muestra de la investigación

a) Población

Es preciso, a modo de extraer información cualificada, acudir al universo material como fuente ineludible.

Para lo cual hay que llevar a cabo un proceso de selección en donde el grupo selecto sea reflejo objetivo de la realidad. (Behar, Metodología de la Investigación, 2008, p. 5).

Para lo cual acudimos a cuatro abogados del universo de abogados de la Ciudad de Lima.

70 mil abogados

Población	Colegio de abogados de Lima
-----------	-----------------------------

	70 000
--	--------

Fuente Colegio de abogados de Lima

b) Muestra

Para el presente caso, el subgrupo seleccionado es el que contiene los elementos particulares de un conjunto denominado población (Behar, Metodología de la Investigación, 2008, p. 65).

En la investigación se utiliza información obtenida de cuatro abogados especialistas en Derecho penal, quienes, en base a su entendimiento teórico y a la praxis en la resolución y defensa de causas penales en la realidad peruana, han brindado sus opiniones a fin de solventar los planteamientos expuestos.

Este tipo de muestra intencional es muy importante para el tipo de tesis que se sustenta.

Muestra	Colegio de abogados de Lima
	4

1.6.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

a) Técnicas

Entrevista

La entrevista es una técnica empleada para, a través de un dialogo preciso y orientado, se pueda obtener información relevante, autentica, espontánea y útil a los fines de la investigación.

De manera tal que “el investigador formula preguntas a las personas capaces de aportar datos de interés, estableciendo un dialogo peculiar”. (Behar, Metodología de la Investigación, 2008, p. 54).

Es, por lo tanto, una técnica de real importancia y de ineludible aplicación, sobre todo, en y para investigaciones de orden cualitativo.

b) Instrumentos

Guía de preguntas abiertas

En la guía de entrevista se condensa la necesarísima averiguación de la verdad objetiva que la investigación precisa.

De tal manera que “por medio de la guía de entrevista, junto a la técnica, se comprenderá mejor el problema y lo que se desea informar de manera completa”. (Hernández Sampieri, 2014, p. 403).

Es, por lo tanto, la guía de entrevista, la base fundamental en la búsqueda de información cualificada.

1.6.5 Justificación, importancia y limitaciones de la investigación

a) Justificación

Por las razones expuestas en esta investigación se justificó la investigación porque analizó este fenómeno: derecho penal del enemigo en la realidad peruana.

Justificación teórica

Cabe tener en cuenta lo siguiente: “Se tiene la existencia de una justificación teórica si el objetivo del estudio es manifestar la reflexión y debate en el ámbito académico sobre el conocimiento que actualmente existe, asimismo promueve la confrontación de efectos”. (Bernal, 2010, p. 106).

Y es que la presente tesis trata uno de los problemas más candentes de la ciencia penal en la actualidad y de su manifestación en la realidad peruana. En ese sentido, va en la búsqueda de demostrar que el derecho penal del enemigo se aplica en el Perú constituyendo, en consecuencia, un proceso de regresión cualitativo. Además de no resultar eficaz en el combate a la criminalidad que, por el contrario, se acentúa.

Asimismo, con la presente investigación se pretende ingresar al debate doctrinario para, cuestionando los postulados del funcionalismo

extremo de Günther Jakobs, contener su aplicación avance en el sistema penal peruano en pro de salvaguardar los principios de legalidad y lesividad penales.

Justificación metodológica

En cuanto se refiere a este aspecto, se tiene que el Dr. Calla, G. J. et al (2019, p. 53) señalan que: “En investigación científica, la justificación metodológica del estudio se da cuando el proyecto que se va a realizar propone un nuevo método o una nueva estrategia para generar conocimiento válido y confiable”.

Por lo señalado líneas arriba, se puede señalar que si hay justificación metodológica ya que se hizo un cuestionario, con preguntas abiertas, a peritos, por lo que es necesario valorar las entrevistas y sobre todo el instrumento que si es un aporte significativo a las ciencias jurídicas.

Justificación práctica

Sobre este aspecto hemos acudido al investigador Bernal (2010) quien señaló lo siguiente:

Los estudios de investigación de pregrado y postgrado, en el campo de las ciencias económicas, administrativas y me atrevería a decir también en el campo educativo, en general tienen una justificación práctica, porque describen y analizan un problema o plantean estrategias que podrían solucionar problemas reales si se llevaran a cabo. Cuando en un trabajo de grado se realiza un análisis económico de un sector de la producción, su justificación es práctica porque genera información que podría utilizarse para tomar medidas tendientes a mejorar ese sector. (p. 69).

A partir de lo señalado en líneas arriba se analizó críticamente este fenómeno del derecho penal del enemigo de la realidad peruana.

Justificación legal

Esta investigación está íntimamente ligada al aspecto legal y a las normas jurídicas en el marco del derecho penal del enemigo de la realidad

peruana, o sea, tiene relación con las normas jurídicas. Se ha tenido que acudir a Bernal (2010) cuando nos señala que: “básicamente trata de las razones jurídicas que sustentan según el código o según la ley vigente en relación a la investigación”. (p. 120)

Este estudio trató sobre la punibilidad o la sanción anticipada – criminalización previa- del derecho penal del enemigo enmarcado en el contexto peruano, ligado sobre todo al Código Penal y a Leyes Especiales. Por las repercusiones que tendrá dicha investigación, implicará la demostración de tipos penales que colisionan o chocan abiertamente con el principio de legalidad y lesividad penales.

b) Importancia

La importancia radica en lo siguiente: “Es evidente e importante de una investigación científica es que nos ayuda a mejorar el estudio que nos muestra contacto con la realidad, constituye estímulo para la actividad intelectual creadora asimismo ayuda a desarrollar una curiosidad creciente cerca de solución de los problemas actuales”. (Ortiz, 2007, p. 102).

El presente trabajo resulta de importancia porque se inmiscuye en el examen de la actual política criminal. Dado que su aplicación implica el desconocimiento de derechos constitucionales de los ciudadanos. Razón por la cual es de interés nacional estudiarla, como aspecto fundamental de la sociedad peruana en general. Mas cuando el crimen se incrementa revelando, por lo tanto, su ineficacia práctica. De ahí la importancia de la presente investigación. Lo que contribuirá, es la intención, al acervo científico y doctrinario del tratamiento del problema jurídico planteado.

c) Limitaciones

Las limitaciones, se puede decir, son de orden secundario: “Limitaciones son las condiciones materiales, económicas, personales e institucionales que pueden frenar, retrasar, la investigación o restarle confiabilidad. Hay muchas investigaciones que por falta de auspicios económicos se ralentizan”. (Ñaupas, 2014, p. 165).

Pues, sería ideal haber contado con entrevistas a personas privadas de libertad donde cuenten el cómo fueron juzgadas, o cómo es para ellas vivir bajo una condena de cadena perpetua u otra de altísima penalidad sin la posibilidad de acceder a beneficio penitenciario alguno. Así también, de cómo es estar condenado por ser integrante de una organización terrorista o miembro de una organización criminal sin que en la realidad haya cometido acto delictivo alguno, y no poder acceder, además, a beneficios penitenciarios.

Así también, habría sido enriquecedor contar con sentencias en las que se muestre la aplicación del derecho penal del enemigo. Pero que, por cuestiones de difícil acceso, en el momento actual, no se pudieron recabar.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes del estudio de investigación

Es preciso aclarar, antes de dar cuenta de las tesis que versan sobre el derecho penal del enemigo en el Perú que, siendo objeto de estudio la realidad peruana, es difícil obtener investigaciones que fueran elaboradas por autores extranjeros. Sin embargo, sobra decir que existe abundante literatura sobre el fenómeno del derecho penal del enemigo proveniente de diversos autores, siendo la mayoría de Europa y América Latina.

Tesis realizadas en el extranjero:

Palacios, Y. (2014). *Derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional: práctica antagónica a la defensa de los derechos humanos*. Este trabajo se hizo ante el Departamento de Derecho Público de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, a fin de obtener el título de Doctora en Derechos Humanos y Desarrollo en el Programa de Postgrado en Derechos Humanos y Desarrollo de la citada universidad.

En su resumen, la tesista establece:

Estos argumentos permitirán concluir que, se acude a un debilitamiento de las garantías penales en detrimento de los derechos humanos; los cuales son utilizados, bien, como instrumentos para impulsar procesos emancipadores, o bien, como instrumentos para manipular el poder y justificar actos de barbarie por la exageración del poder punitivo. Situación que está transformando desde

diferentes puntos de vista la concepción tradicional del Derecho penal violentando de manera flagrante la dignidad humana como eje central del Estado Social de Derecho al ponerse en práctica lo que el profesor alemán GÜNTHER JAKOBS, denomina: Derecho penal del “enemigo”, (Feindstrafrecht). Discurso que se presenta como un elemento central en la comunidad internacional en la lucha contra el terrorismo y como una estrategia jurídico-política al interior de Estados democráticos. En efecto, es una práctica que también se viene fortaleciendo y traspasándose del ejercicio del *ius puniendi* de los Estados como manifestación de soberanía al Derecho penal internacional. (p. 6).

Santa Rita, G. (2012). *El delito de organización terrorista: un modelo de Derecho penal del enemigo*, presentada ante la Universidad de Sevilla para obtener el grado de Doctor en Derecho. Cabe mencionar que la investigación estuvo dirigida por el jurista Miguel Polaino-Orts, quien es, de conocimiento público, discípulo Günther Jakobs.

El autor, en sus conclusiones, establece:

3. (...) La organización terrorista como desconfiguradora social tiene injerencia en el Derecho penal del enemigo. El grado de oposición a la norma es tal que se sitúa al interior de los márgenes de un derecho de combate a focos especiales de peligro. Con el trabajo de investigación se exploraron las posibilidades de demostrar que el grado de oposición a la norma es de tal magnitud que es factible considerar, desde un punto de vista científico, que la conducta de promover, constituir, organizar o dirigir una organización terrorista es derecho penal del enemigo. Los sujetos al encuadrar sus conductas en el tipo 571 manifiestan objetivamente su decisión de autoexcluirse frente a la ciudadanía. De esta manera se invierte el aporte de seguridad, deber ciudadano fundamental, para adquirir una oposición conceptual como prestadores de inseguridad. (p. 482).

5. (...) El adelantamiento o aceleración de la barrera es, sin duda, una muestra del fenómeno de expansión que vivimos actualmente. Pero dicha expansión ha de

formar parte de un incremento racional de las medidas de combate al crimen organizado. El límite al adelantamiento se encuentra en la esfera interna de cada uno de los sujetos que forman parte del cuerpo social. El Derecho penal del enemigo desmitificado habrá de tener como lindero la esfera interna del sujeto. Para ello se exige que indiscutiblemente la desestabilización que se motiva el adelantamiento sea comprobable objetiva e indudablemente. A pesar de ello no somos ajenos a la problemática que ello conlleva en la práctica, sin embargo, es importante esgrimirlo a nivel de conclusiones. Conforme se progresó en la investigación fue posible percatarse del profundo sentido victimológico que tiene el Derecho penal del enemigo ya que por medio de la anticipación de la barrera de protección se consigue evitar la generación de víctimas. (p. 484).

11. Finalmente, después de la redacción de la presente tesis doctoral estimamos que el artículo 571 del Código penal español que sanciona la conformación de una organización terrorista es una norma paradigmática de Derecho penal del enemigo por cumplir con los presupuestos y postulados que dan forma a dicha teoría. La política criminal de un Derecho penal del enemigo con elevado contenido dogmático abre múltiples caminos para la investigación del fenómeno delincencial más grave para la seguridad de los ciudadanos y de los Estados mismos. (p. 486).

Zarate, A. (2013). *Derecho penal del enemigo en la legislación penal boliviana*. Tesis postulada ante la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Andrés, para obtener la Licenciatura en Derecho.

El autor, entre sus más destacables conclusiones, señala:

- El Derecho penal del enemigo en la legislación boliviana importa la supresión y/o relativización de libertades fundamentales y garantías mínimas cuyas fuentes se encuentran en principios propios del Derecho Penal liberal, de tal forma resulta incompatible con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho, pues este se halla inspirado y sustentado por aquellos.

- En Bolivia, existen algunos grupos que son tratados como enemigos. Por el tratamiento jurídico que reciben son los terroristas y los corruptos. Para los primeros se adelanta la punición a los actos preparatorios e incluso a la esfera del pensamiento, se confunde la complicidad con la autoría, además deben ser juzgados siempre en La Paz. Y para los segundos se ha dispuesto la imprescriptibilidad de sus delitos, la retroactividad de la ley penal perjudicial, la supresión de todo tipo de régimen de inmunidad.
- La mezcla entre fragmentos del denominado derecho penal del enemigo y el Derecho Penal liberal y Derecho Procesal Penal, más que amenazar a los enemigos, amenaza y pone en peligro a toda la ciudadanía con los dispositivos legales que incorpora en detrimento de principios propios del Estado de Derecho, justamente porque la Ley, jamás dirá con nombre y apellido, quién es el enemigo que inspiró la redacción de una norma, con mayor incidencia esto se refleja en el tratamiento de la corrupción, y las medidas cautelares que facilitan la aplicación de la detención preventiva. (p. 190)
- Además del terrorismo existen otras figuras delictivas dentro de nuestro ordenamiento jurídico que adelantan la persecución penal a actos preparatorios de un delito lo cual vulnera el principio del hecho de tinte liberal, pues la norma jurídico penal debe describir una conducta lesiva a un bien jurídico protegido. En la asociación delictuosa y la organización criminal se persigue penalmente la pertenencia a estos grupos sin necesidad de que esta pertenencia se traduzca en hechos delictivos, lo cual también relativiza las diferencias entre autores y partícipes (p.193).

Escudero, A. (2017). *La influencia del derecho penal del enemigo en el Estado Constitucional de Derecho y Garantías: análisis del caso 30s*, presentada

ante la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Ecuador) para obtener el grado académico de magister en Derecho Penal.

Entre sus principales conclusiones, el autor, establece:

En Ecuador se ha usado como herramienta política de Estado al derecho penal, para la lucha contra la delincuencia organizada, contra el terrorismo, todo ello justificado en el lema de proteger a los ciudadanos; pero a partir del 2008 estas herramientas de política estatal, ya no pueden usarse, dado que en un Estado Constitucional se hace imposible aplicar cualquier mecanismo que tienda a vulnerar los derechos y garantías consagrados en la Constitución, como por ejemplo la flexibilización de las garantías procesales, el endurecimiento de las políticas penitenciarias (Conclusión 1). (p. 73).

Estado y sociedad civil, deben comprometerse, empoderarse y alinearse con nuestra norma constitucional, para lograr la real existencia de un Estado Constitucional, lo que no implica desconocer los avances que son palpables en materia de derechos y justicia, pero que no pueden verse menoscabados por incursiones de una concepción como la del derecho penal del enemigo, que hoy por hoy, ha permitido que muchos de los ecuatorianos asociemos el actuar de los operadores de justicia y del Estado, a abusos de poder que permiten la criminalización de la protesta social (Conclusión 3). (p. 73).

En el Código Orgánico Integral Penal tipifica nuevos delitos, incrementa las penas de delitos ya existentes, a través del concurso real de infracción y concurso ideal de infracciones con una pena máxima de hasta 40 años, además hay tipos penales abiertos, recalcando que no podemos pasar de un Estado Constitucional de Derechos a un Estado netamente punitivista (Conclusión 7). (p. 74).

No se puede cruzar la línea y en post de la seguridad del Estado, haciendo uso de tipos penales abiertos, taxativos, penalizar el accionar de las personas

en función de la protesta social, como efectivamente ha sucedido en casos similares a los del 30S (Conclusión 8). (p. 74).

Tesis realizadas en el Perú:

Norabuena, J. (2015). *El derecho penal del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia procesal y sustantiva en el Perú.* Tesis expuesta ante la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Áncash - Santiago Antúnez de Mayolo para optar el título profesional de abogado.

El autor, en sus conclusiones, anota:

1. El derecho penal del enemigo no solo flexibiliza los principios constitucionales que fundamentan el derecho penal sustantivo y procesal, sino también que es incompatible con el Estado democrático de derecho, en la medida en que se obliga a los particulares a sacrificar ciertos ámbitos de su libertad en aras de una seguridad que solo es aparente, muchas veces potenciada por una lectura sesgada, o manipulada, de ciertos actos violentos.
2. Las manifestaciones del derecho penal máximo relativizan el pleno goce de los derechos fundamentales de los particulares, según han sido consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cuyos contenidos esenciales son desconocidos en la implementación de nuevos tipos penales (por ejemplo) o en el trámite de un proceso penal, todo lo cual sin duda justifica mayores reflexiones.
3. En la legislación penal peruana existen determinados grupos de delitos que se incardinan indudablemente en el concepto de Derecho penal del enemigo. La historia de la legislación penal especialmente represiva en nuestro país nos ha mostrado que en algunos casos se ha configurado un Derecho penal absolutamente ilegítimo por desconocer principios y garantías jurídicopenales básicos. Sin embargo, esta constatación no debe llevar a la conclusión completamente contraria de que todo endurecimiento de las condiciones de represión penal puede ser catalogado de Derecho penal del enemigo y

rechazado como ilegítimo, inhumano e inconstitucional. Las garantías penales constitucionalmente reconocidas pueden restringirse si se hace respetando los parámetros de razonabilidad y el contenido esencial de los derechos humanos.

4. Es evidente que aquellos delincuentes que se muestran claramente orientados a destruir las bases de la convivencia ciudadana pacífica no pueden luego invocar su ciudadanía para un tratamiento penal más benigno o rodeado de garantías. Si debemos honrar al delincuente como ser racional, debemos tratarlo de forma coherente con el sentido de su actuación: la renuncia a su ciudadanía. Esta renuncia, sin embargo, no permite disponer de lo indisponible: su calidad de persona.
5. No existe razón lógica-científica, para que la preocupación obsesiva por una forma de delincuencia condicione la totalidad del sistema penal-procesal-penitenciario. Las leyes penales, deben ser el resultado de un proceso reflexivo y científico, en el que se escuchen a los diferentes sectores de la comunidad, desde O.N.G., asociaciones civiles, colegios profesionales y hasta institutos científicos del ámbito académico, para dejar de generar un Derecho Penal simbólico, que como está demostrado, empíricamente, de nada sirve.
6. Una de las funciones prioritarias del Estado; y con ello, del Derecho penal, es prevenir la comisión de delitos. No obstante, si bien el Estado posee esta obligación, el cumplimiento de la misma ha de ser coherente con otro deber de igual carácter: el de garantizar el respeto a los derechos humanos, en cuanto su tutela -en países como el Perú- constituye la piedra angular de la legitimidad estatal.
7. Cuando el Estado no previene, sino excluye. Y cuando se despoja a los excluidos de su condición de personas (por ende, sin goce de los derechos fundamentales) no nos encontramos frente a un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho; sino frente a lo que se le ha denominado: Derecho penal de enemigos. Su aplicación denota que el Estado

abandonó su función social (ya no busca la prevención) y, también, la democrática (al considerar individuos o no personas a algunos seres humanos a quienes se les priva del goce de los derechos fundamentales). (pp.116,117, 118)

León, R. (2017). *La influencia del derecho penal del enemigo en el delito de marcaje*. Tesis expuesta ante la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo para optar el título profesional de abogado.

Entre sus conclusiones destaca:

El delito de marcaje o reglaje ha sido influenciado por el derecho penal del enemigo, no sólo por haber intensificado los criterios de imputación con el adelantamiento de la barrera de punibilidad sino criminalizando desde los actos de seguimiento, acopio de información o seguimiento de personas, restringiendo de esta manera principios y garantías Constitucionales.

Los fundamentos político criminales para que se haya regulado el delito de marcaje es la sensación de inseguridad, pero éstos no son efectivos, pues la ola de criminalidad en el país no ha disminuido.

La incorporación del delito de marcaje o reglaje en el código penal peruano no es necesaria, por tanto, debe derogarse, pues no resulta relevante su tipificación, pues la excesiva intervención del derecho penal podría dañar la libertad de las personas.

El delito de marcaje o reglaje puede ser entendido como una aparente lucha contra la delincuencia con la finalidad de brindar seguridad a los ciudadanos sin buscar otros mecanismos de solución. (p. 114).

Grandez, C. (2018). *Derecho Penal del Enemigo y la Política Criminal en el Perú*. Tesis postulada ante la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para obtener el grado de Doctor en Derecho.

En sus conclusiones establece lo siguiente:

1. El incremento de las penas en el ordenamiento penal es en parte expresión del Derecho penal del enemigo, así como también de la voz popular que pide endurecer o sobrecriminalizar las penas en la creencia errada que esta es la única manera de frenar la inseguridad ciudadana generada por la delincuencia.
2. La eliminación de beneficios penitenciarios, en la legislación penitenciaria, como orientación de la política criminal penitenciaria es expresión de considerar a la persona que delinque como enemigo de la sociedad, por contravenir la norma.
3. La abolición del principio de absorción o consunción de penas que se opone al concurso real de delitos es una influencia negativa de considerar al ciudadano que comete un delito como enemigo por encontrarse al margen de la ley, por generar el caos y desorden social.
4. Al considerar las instituciones jurídicas de la reincidencia y la habitualidad como agravantes al momento de imponer para controlar la delincuencia resulta ser influencia del derecho penal del enemigo.
5. La imprescriptibilidad de los delitos en el ordenamiento penal nacional resultan ser la expresión de considerar al transgresor penal como enemigo, pues CXXXIII deviene en aquel que no merece la sobreprotección de sus derechos fundamentales y ser tratado no como persona o ciudadano.
6. La flagrancia delictiva resulta ser una política criminal de actuar rápidamente frente a un delito, tanto por parte de la autoridad competente, como por parte de cualquier ciudadano, y con cierta influencia del derecho penal del enemigo. (pp. CXXXII, CXXXIII)

Almeyda, D. (2015). *Bases para la contención del derecho penal del enemigo: dialéctica de la interpretación y delito de afiliación terrorista*, postulada ante la Universidad Nacional Mayor de San Marcos para obtener el grado académico de magíster en Derecho, con mención en ciencias penales.

El autor, en sus conclusiones, expresa:

1. En el derecho positivo peruano se localizan segmentos (el delito de afiliación a organización terrorista) de un Derecho penal de enemigos – hay una coincidencia entre esta particular interpretación teórica y el derecho positivo–. **Es una coincidencia formal:** la primera interpretación posible del tipo penal (una primera conjetura de sentido del texto legal de acuerdo a una precomprensión).

2. El reconocimiento del delito de afiliación terrorista como una disposición jurídica propia del Derecho penal del enemigo **es solo una de las posibles interpretaciones desde el punto de vista del intérprete (*intentio lectoris*) defensor del Derecho penal del enemigo.**

3. La dialéctica de la interpretación dispone que se parta desde una primera conjetura del texto legal a partir de una precomprensión legítima del intérprete hasta alcanzar a través de interpretaciones continuas una interpretación fina en armonía con el ordenamiento jurídico cuyo fin es asegurar el desarrollo de la personalidad y la igualdad (*intentio operis*).

4. Las disposiciones jurídicas que no sean capaces de ser interpretadas conforme a los principios de un Estado Constitucional serán, por ello, normas exclusivas de un Derecho penal del enemigo. En estos casos compete su expulsión (eliminación) del ordenamiento jurídico.

5. El injusto del delito de afiliación a organización terrorista debe interpretarse en el sentido que no puede haber afiliación sin actividad, se trata de pertenecer a ella a través de un hecho o circunstancia.

6. La prohibición de integrar y prohibición de dañar constituyen el núcleo del injusto de afiliación terrorista. Así, el ser parte de la organización debe interpretarse en el sentido de que el comportamiento del autormiembro es asimilado –superando la

voluntad de éste del ser parte ideológicamente– como una materialización – actividad– de las tareas de la organización criminal –siguiendo sus órdenes e instrucciones– para la realización del delito terrorista y lograr la comunicación simbólica de desestabilización (manifestaciones de su existencia).

7. Elementos característicos de la pertenencia o afiliación: (i) Requiere la existencia de una organización terrorista; (ii) asumir las tareas, directrices, funciones, consignas y programa de la organización terrorista; (iii) permanencia estable en la organización; (iv) llevar a cabo, ejecutar o materializar las tareas de la organización; y, (v) vinculación de la materialización de las tareas de la organización con el delito terrorista.

8. El recurso al delito de afiliación a organización terrorista (pertenencia a organización terrorista) democráticamente y constitucionalmente interpretado evitará que sus autores argumenten que se les trata como enemigos, sino, por el contrario, se les reconoce como persona; y fundamentalmente, interpretará el acto terrorista como una acción antinormativa y no como acción política legítima.

9. Las causas que configuran el punitivismo mundial y la política pública del control del crimen dentro del cual se halla el Derecho penal del enemigo son el discurso político mundial (horizonte externo) que alienta el control de la sociedad y la libertad de los actores económicos y el punitivismo norteamericano (horizonte interno).

10. El Derecho penal del enemigo –los retazos dispersos o las reunidas en un cuerpo ordenado– al ser construido sobre la base de una escenificación de un riesgo global terrorista no es real, consecuentemente la expectativa derivada de una norma de Derecho penal del enemigo que pretendía orientar la conducta de los ciudadanos y contribuir a estabilizar a la sociedad tampoco lo es.

11. La erosión de la personalidad no la produce el terrorista, sino la escenificación del riesgo terrorista fabricado por los gobiernos con el propósito de adelantar y prevenir el riesgo de un ataque terrorista. Es decir, la despersonalización es producto de la deliberada fabricación de la posibilidad real un peligro terrorista. Por el contrario, es el mismo Estado el que amenaza la libertad y las bases

institucionales y, en consecuencia, no es el individuo quien socava su personalidad, sino el propio Estado. (pp. 259,260).

Ordoñez, L. (2019). *Aplicación de los postulados del derecho penal del enemigo en armonía con los principios del estado constitucional y la dignidad humana.* Tesis expuesta ante la Universidad Andina del Cuzco para obtener el título de abogado:

La autora, en su resumen, establece:

La presente investigación, tuvo como objetivo establecer las razones que justifican aplicar en determinados casos el Derecho Penal del Enemigo en armonía con los principios del Estado Constitucional basado en la dignidad humana. Para ello se planteó una metodología de carácter cualitativa documental, pues se basó en el análisis de información documental recabada en el trabajo de campo para interpretar y conocer en profundidad el objeto de estudio; realizando una investigación jurídica de carácter dogmática propositiva, pues se buscó establecer los argumentos que justifican considerar la aplicación del derecho penal del enemigo en algunas circunstancias dentro del estado garantista del derecho penal peruano. De esta manera se contrastó la relación propuesta de las dos categorías, teniendo como resultado la confirmación de la hipótesis de trabajo, arribando a una serie de conclusiones que establecen que efectivamente no solo sería posible la aplicación de los postulados del derecho penal del enemigo en ciertos casos, sino que en la actualidad existen normas jurídicas vigentes que corresponden a los planteamientos de esta polémica tendencia. (p. 4).

De la reseña expuesta, se observa que no existe tesis cualitativa cuyo objeto de estudio sea la aplicación de la criminalización previa del derecho penal del enemigo y de su expansión en el sistema penal peruano, con la cualidad particular de establecer que la anticipación punitiva comienza en la legislación antisubversiva para luego expandirse a tipos penales de la criminalidad común,

configurando en la realidad un sistema penal en donde actúan dos derechos penales.

2.2 Bases teóricas

I. Derecho penal del enemigo

1. La esencia dogmática

Günther Jakobs formula, como se dijo líneas arriba, el derecho penal del enemigo en 1985. Allí, en forma clara, directa y sin reparos, sostiene que, aludiendo a tipos penales del enemigo en el código penal alemán, debe existir un derecho penal de esas características, aunque paralelo al de libertades, de emergencia y con un carácter de excepcionalidad. Cuya finalidad práctica sea la de acabar con los “enemigos” de la sociedad anticipándolos mucho antes de que puedan actuar en un futuro. Empieza a sustentar lo que él denomina: **la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico:**

1. Para concluir la exposición de mis ideas, que probablemente suenen algo liberales a la antigua usanza, acerca de un intento de definir los límites de la actividad del Estado, me permito efectuar una observación sobre lo contrario del derecho penal de ciudadanos, esto es, sobre el Derecho penal de enemigos. Con ello no me propongo relativizar las afirmaciones anteriores mediante la recomendación de que el Estado no se atenga a las mencionadas ataduras cuando resulte oportuno. Las ataduras son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado. La existencia de un Derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que esa medida simplemente no existe. Ciertamente son posibles situaciones, que quizá se dan incluso en este momento, en que las normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él

correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en presentación externa (...), el derecho penal del enemigo tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el derecho penal de ciudadanos. El Código penal, en su actual configuración, oculta en no pocos puntos el desbordamiento de los límites que corresponden a un Estado de libertades (Jakobs, Estudios de Derecho Penal, 1997, pp. 322, 323).

Jakobs, parte de la presencia de tipos penales característicos de un derecho penal de enemigos en la codificación penal alemana. O sea que no es una novedad tal existencia ni nace con él.

Ahora bien, él no se limita a dar una simple observación-descriptiva, sino que brinda, desde ya, orientaciones claras con el propósito de que ese derecho penal pueda desenvolverse adecuadamente. Aun así, sus planteamientos no son sino atendidos en el futuro.

Es, después de los atentados del once de setiembre de 2001 a las torres gemelas en New York - Estados Unidos, cuando Günther Jakobs reaparece en la palestra pública y sustenta la aplicación, necesaria e inmediata, del derecho penal del enemigo, exigiendo su legitimización.

Con ese propósito esgrime fundamentos jurídicos, político-criminales, sociológicos y ius filosóficos en su *Derecho Penal del enemigo (2003)*. Trabajo que publicó en colaboración con el jurista español, Manuel Cancio Meliá, quien postuló una posición discrepante a la suya.

Jakobs, si bien no es el creador del derecho penal del enemigo, crea, para fundamentarlo, un sistema, y en su disertación centra su argumentación en la criminalización previa como una cuestión fundamental en la lucha contra el “enemigo”.

Por lo cual sugiere, en consecuencia, y además de los existentes, tipos penales que anticipen el hecho futuro de un individuo peligroso, a quien, en la

resultante lógica de su formulación, se le debe aplicar una custodia o medida de seguridad revestida de pena privativa de libertad, a fin de inocuizarlo socialmente. Jakobs arguye:

Por lo tanto, los delitos sólo son posibles en una comunidad ordenada, en el Estado, del mismo modo que lo negativo solo se puede determinar ante el transcurso de lo positivo y viceversa. Y el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino solo como irritación de ésta, cómo desliz reparable. Para clarificar lo dicho imagínese que un sobrino mata a su tío, a quien está llamado a suceder, para acelerar la herencia. Ningún Estado sucumbe por un caso de estas características. Más aún, el hecho no se dirige contra la permanencia del Estado, y ni siquiera contra la de sus instituciones: el malvado sobrino pretende acogerse a su vez a la protección de la vida y de la propiedad dispensadas por el Estado; es decir, se comporta de modo evidente, de manera autocontradictoria, dicho de otro modo, opta, como cualquiera aprecia, por un mundo insostenible, y ello no sólo en el sentido de insostenible desde el punto de vista práctico en una determinada situación, sino ya en el plano teórico: ese mundo es impensable.

Por ello, el Estado moderno ve en el autor de un hecho -de nuevo, uso esta palabra poco exacta- normal, a diferencia de lo que sucede en los términos estrictos del contractualismo de Rousseau y Fichte, no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta a dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado -de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)- a equilibrar el daño en la vigencia de la norma. Esto sucede mostrando mediante la pena, es decir, mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que se mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma. Sin embargo, las cosas son tan sencillas, incluso casi idílicas -el autor pronunció su propia sentencia ya por la inconsistencia de su máxima-, cuando el autor a pesar de su hecho ofrezca garantía de que se conducirá a grandes

rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico. Del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera *completamente* contrafáctica, tampoco la personalidad. Intentaré explicar brevemente lo dicho, abordando primero la vigencia de la norma:

Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable y en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola. Al menos en los casos de las normas de cierto peso, que se pueda esperar la fidelidad a la norma necesita de cierta corroboración cognitiva para poder convertirse en real. Un ejemplo extremo: si debo contar seriamente con la posibilidad de ser lesionado, víctima de un robo o quizás incluso de un homicidio en un determinado parque, la certeza de estar en todo caso en mi derecho no me conducirá a entrar en ese parque sin necesidad. Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida. En el plano teórico puede rechazarse esta corroboración de lo normativo por lo fáctico aduciendo que lo que no debe ser, no debe ser, aunque probablemente vaya a ser. Pero las personas no sólo quieren tener derechos, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir, sobrevivir en cuanto individuos necesitados, y la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no es contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será. Es precisamente por esto que Kant argumenta que cualquiera puede obligar a cualquier otro a entrar en una constitución ciudadana.

(...) Hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición de tratar al

delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación - denominada abiertamente de este modo- de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de “delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas”, así como, en general, respecto de los crímenes, pretendiéndose combatir en cada uno estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir...) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de Kant entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acabada de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.

(...) Por lo tanto, el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad. Un ejemplo del primer tipo lo puede constituir el trato dado a un homicida, quien si actúa en autoría individual sólo comienza a ser punible cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo (...), un ejemplo del

segundo tipo puede ser el trato dado al cabecilla u hombre de atrás (con independencia de qué es lo que eso sea) de una asociación terrorista, al que alcanza una pena sólo levemente más reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio ya cuando funda la asociación o lleva a cabo actividades dentro de ésta (...), es decir, eventualmente años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad. Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina “pena”. (Jakobs, Derecho penal del enemigo, 2003, pp. 35/40 y 42).

A efectos de profundizar en el sistema jakobsiano, y desentrañar la esencia estructural de su arquitectura dogmática, cabe extraer cinco conceptos fundamentales que se interrelacionan entre sí: **i) seguridad cognitiva**, es la circunstancia empírica de cuando la conducta de una persona se desenvuelve en estricta fidelidad al Derecho, a la constitución civil y a la configuración normativa de la sociedad, aun cuando pueda cometer, en algún momento, un desliz pero reparable, es, el respeto a la norma jurídica, en pocas palabras; **ii) defraudación de la expectativa de un comportamiento personal**, es cuando la persona deja de presentar, mediante su conducta, una suficiente seguridad cognitiva, defraudándola, pues actúa en permanente discordia con la configuración social; **iii) pérdida de la condición de persona**, es cuando el ciudadano, al defraudar la expectativa de un comportamiento personal, deviene en enemigo y no merece ser tratado como tal; **iv) eliminación de un peligro**, se perfila en dos direcciones: **a)** la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, y **b)** la imposición de una medida de seguridad que, revestida pena privativa de la libertad, sea desproporcionadamente drástica, a la que se suma la imposibilidad de obtener algún beneficio carcelario, pues la finalidad única es la inocuización del individuo peligroso: **lo que se concretiza en el delito de organización terrorista, organización criminal y en los de conspiración delictiva.**

Se pasa así, en palabras de Jakobs, a una legislación abiertamente de lucha o de guerra contra determinados delitos. Configurándose, en la praxis, una realidad en la que “el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus

regulaciones”, uno para el ciudadano, y otro para el enemigo, en el mismo sistema penal.

Estos conceptos constituyen la armazón básica del sistema construido por Jakobs a efectos de desarrollarlo y consolidar la aplicación del derecho penal del enemigo en las legislaciones penales de Occidente.

Lo expuesto, asimismo, permite delinear el proceso de pensamiento del profesor alemán, el cual es, desde la perspectiva de la presente investigación, de la siguiente manera: él, en reiteradas ocasiones, indica que su labor teórica es la de, exclusivamente, describir la realidad, sin intervenir en ella para modificarla.

Sin embargo, de su literatura, se desprende que no es así. En todo caso, su pensamiento transcurrió de una simple observación-descriptiva –suponiendo que realmente sea así- a una fundamentación del derecho penal del enemigo, al cual nutre de planteamientos y formulaciones dogmáticas que, en sentido estricto, propugnan una modificación en la construcción tipológica y, por ende, de la aplicación de la ley penal, desdeñando, en sí mismo, la conceptualización de que el derecho penal deba proteger exclusivamente bienes jurídicos y a que la reacción penal atienda a acciones delictivas concretas.

De similar opinión es el profesor español, Francisco Muñoz Conde, quien, en su *Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el “Derecho penal del enemigo”*, refiere:

Este paso de una mera descripción, pero crítica, de la existencia de un “Derecho penal del enemigo”, excepcional e incompatible con el Estado de libertades, a una abierta admisión e incluso legitimación del mismo lo ha completado luego Jakobs en otros trabajos publicados posteriormente a su ponencia de Berlín, suscitando con ello un amplio debate teórico y político.

El despliegue de exposiciones de Jakobs es permanente. Publica libros, da conferencias, entrevistas, etcétera, y es explícito, claro, directo, sin rodeos:

Algunas entrevistas

El 2006, Jakobs brinda una entrevista al diario argentino *La Nación*, en cuya nota titulada *El enemigo tiene menos derechos*, sostiene:

¿Cómo define el “derecho penal del enemigo”?

Es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sanciona la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de allanamiento de morada con fines investigativos, la posibilidad de registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas. En esencia el concepto de derecho penal del enemigo es una noción descriptiva que define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial peligrosidad para distinguirlos de aquellos otros supuestos en los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos.

Durante ese año, en Venezuela, Jakobs concede una entrevista al abogado Aldo Rojas, y la denomina *Consideraciones sobre el derecho penal moderno*. En ella, el jurista alemán sostiene:

4) A. R.: ¿Cómo definiría al Derecho penal del enemigo?

GJ.: El Derecho penal del enemigo surge cuando el legislador no mira -o no solo mira- a hechos ya cometidos, sino que tiene en cuenta preferentemente una peligrosidad futura. Un ejemplo muy claro de Institución de Derecho penal del enemigo es la llamada “custodia de seguridad” (...), medida de carácter asegurativo, prevista en el 66 del Código Penal alemán, y que se impone de manera adicional a penas de prisión superiores a dos años cuando el sujeto sea especialmente peligroso y de la valoración conjunta del autor y de sus hechos se infiera un *peligro futuro* para la colectividad. **En este caso, se le mantiene encerrado, mediante esa custodia de seguridad, con lo cual no se reconoce al sujeto propiamente como persona en Derecho, sino que se**

le combate con coacción jurídica para prevenir riesgos futuros: esto es, en ese sentido, se le trata como enemigo y no como persona en Derecho.

En setiembre de 2011, Günther Jakobs, ante acuciosas interrogantes, clarifica, con ejemplos reales, lo que a su entender y comprensión es, en simples palabras, el Derecho penal del enemigo:

(...) **Lo malo en el derecho penal del enemigo es el peligro respecto de los hechos futuros** (...) La diferencia entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo es la siguiente: **el derecho penal del ciudadano el derecho penal para hechos ocurridos**. Si encontramos al instigador o a las otras personas de atrás, los delincuentes principales por supuesto que han muerto, los sancionados debido a la instigación o la autoría en los hechos cometidos. Están completos, los delitos. Pero el problema es, sin embargo, ¿qué hacemos con la gente que pertenece a organizaciones criminales? Eso es derecho penal del enemigo. **Derecho penal del enemigo es el castigo por delitos futuros, no debido a los delitos cometidos**. La diferencia es bastante sencilla. Por ejemplo, cuando tomamos en Alemania a una asociación terrorista, ésta tiene dos caras: Por un lado, una asociación terrorista es una infracción contra la seguridad pública. Es inobjetable que la existencia de una asociación terrorista es un hecho ocurrido. Pero (por otro lado) la pena elevada que va hasta 15 años para los cabecillas, se explica solamente por el peligro de los delitos venideros. Por lo tanto, se trata de un tipo penal que reúne en sí lo que está por venir y lo cometido, hecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. Y sólo se puede hablar de uno -como lo ha hecho mi discípulo, el Prof. Dr. Michael Pawlik-, si es así y el Derecho penal enemigo se sustituye por un derecho de medidas puro. Pero teniendo en cuenta todo lo que ha surgido en el debate hasta ahora...eso será todavía más duro.

En un punto específico de la entrevista, respecto a las asociaciones terroristas en América Latina, profiere:

(...) Ahora bien, qué es la asociación terrorista... la que existe y cuya existencia debe probarse. Acá los tribunales alemanes son muy estrictos, no basta con que dos extraños hablen entre sí para la existencia de una asociación terrorista... Decía, ¿qué es o qué

sentido tiene la asociación terrorista si no es para planear cualquier tipo de delitos o si no están ya planeados? En este sentido, pensaría que quien es miembro de una asociación terrorista ya se hace sospechoso **y con aquél que se hace sospechoso ya no se puede convivir más en paz.**

(...) Obviamente no conozco de manera exacta las medidas relacionadas con la delincuencia política. Pero puedo contar algo sobre una experiencia que tuve en Perú. Allí conversé una vez con una señora que sería el equivalente a una Fiscal General Federal en Alemania. Ella me dijo que no conocía algunas medidas que conocemos en Alemania. Entonces le pregunté: ¿Qué hacen ustedes con un miembro de una asociación terrorista? Entonces ella me dijo -por favor no tomen los años en forma cierta-: “Obtiene una pena de prisión que va hasta 25 años” -pero bien podrían ser 20 o 30, eso no lo recuerdo exactamente- y posteriormente le pregunté: ¿Qué pasa luego cuando salen?, a lo que muy fría respondió: “No vuelven a cometer más delitos”. Ahí se ve también cómo se puede tratar esto. Oficialmente castigando (...) **extraoficialmente eliminando obstruyendo (...)**”.

En el 2012, invitado a brindar una charla magistral en la Universidad Nacional de La Matanza (Argentina), Jakobs contesta así:

¿Cómo define usted al derecho penal del enemigo?

G. J.: El derecho penal del enemigo se distingue de su polo opuesto, el derecho penal del ciudadano, en el sentido de que combate no tanto un hecho que ya ha sucedido en el pasado sino que se dirige preponderantemente a un hecho de inminente comisión en el futuro, un peligro que se proyecta hacia el futuro para evitarlo y descentralizarlo.

Divide al Estado en dos clases de sujetos: los ciudadanos y los “enemigos”.

G. J.: La distinción entre ciudadano y enemigo lo lleva a cabo la ley. Nunca un juez o un intérprete, sino **la ley es la que distingue entre diferentes categorías de ese sujeto. El ejemplo más claro es el de la agrupación terrorista. En ese caso, se combate al sujeto no tanto como ciudadano sino como enemigo que desestabiliza al Estado.**

En el derecho penal del enemigo, tiene que quedar claro que también se rige por el principio de legalidad. Además, el concepto de enemigo y ciudadano son tipos ideales, que no existen en la realidad con una pureza al cien por cien, sino que se entremezclan sus características. Pero hay una diferencia cuantitativa: **en el derecho penal del enemigo hay una preponderancia hacia el futuro y en el del ciudadano, se sanciona retrospectivamente.**

Esta preponderancia al futuro, ¿no puede conducir a ciertos “excesos” por parte de las fuerzas de seguridad? En Argentina, por ejemplo, muchas veces las fuerzas de seguridad hostigan a los sectores populares amparándose en la peligrosidad supuesta.

G.J.: El exceso en el tratamiento en el derecho penal del enemigo existe y la posibilidad de que se exceda pueda ser mayor que en el del ciudadano. La posibilidad de que se prostituya o se manipule el principio de legalidad existe siempre. Un ejemplo: en Alemania, existe hace tres años un delito en el código penal que sanciona el formarse e instruirse en campos de entrenamiento de terroristas en Oriente. Otro ejemplo evidente de exceso es el campo de Guantánamo. Originariamente, se podía haber justificado durante seis meses o un año una situación de inestabilidad política social y peligrosidad inminente, pero **mantenerlo durante varios años es un exceso.**

Resulta que las entrevistas, al ser espontaneas, desarrollan una narración sencilla y pedagógica al momento de explicar lo que se pretende dar a conocer. Siendo así, y de las citadas supra, se destacan algunas frases puntuales proferidas por Jakobs a fin de que, con palabras simples, se pueda entender su noción del derecho penal del enemigo, y sirva a una mejor comprensión de su postulación:

- “...se sanciona la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos”.
- “El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados”.

- “El derecho penal del enemigo (...) tiene en cuenta preferentemente una peligrosidad futura”.
- “Se le combate con coacción jurídica para prevenir riesgos futuros”.
- “Derecho penal del enemigo es el castigo por delitos futuros, no debido a los delitos cometidos”.
- “...con aquél que se hace sospechoso ya no se puede convivir más en paz”.
- “El derecho penal del enemigo...combate no tanto un hecho que ya ha sucedido en el pasado, sino que se dirige preponderantemente a un hecho de inminente comisión en el futuro, un peligro que se proyecta hacia el futuro para evitarlo y descentralizarlo”.
- “El exceso en el tratamiento en el derecho penal del enemigo existe y la posibilidad de que se exceda puede ser mayor que en el del ciudadano. La posibilidad de que se prostituya o se manipule el principio de legalidad existe siempre”.

Se descifra, de lo extraído, la idea básica germinal y la esencia de su proposición dogmática: el adelantamiento hacia delitos futuros. Centrando su postulado no en un acto ilícito cometido, sino en las cualidades particulares de una persona, y en lo que esta podría realizar.

Siendo necesaria, para esa concreción legislativa, el desconocimiento estricto del principio constitucional de legalidad y lesividad penal. Por lo que el propio Jakobs acepta, reconoce y sostiene que debe realizarse, en tanto que resulta la única forma factible de introducir, a la fuerza, tipos penales de esas características en el ordenamiento punitivo de raigambre constitucional.

Por lo que su introducción es forzada, vulnerante, arbitraria, puesto que colisiona con un pilar fundamental del Estado de Derecho, que limita el *ius puniendi*, como es el principio de legalidad penal y otros principios y derechos constitucionales.

2. Prosapia romano-germánica

Los antecedentes más próximos del Derecho penal del enemigo se encuentran en la obra del jurista y politólogo alemán Carl Schmitt y en las formulaciones legislativas de los juristas nazis, cuya máxima elaboración criminológica y punitiva es el denominado Proyecto de Ley “Extraños a la comunidad”.

No obstante, es preciso acudir, por cuestiones político-históricas, a la prosapia más lejana: a la antigua Roma. Pues en ella se encuentra la génesis del concepto político de enemigo. Raúl Zaffaroni, en su obra intitulada *El enemigo en el derecho penal* (2018), ilustra el pasado de esta manera:

Este concepto bien preciso de enemigo se remonta a la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*. El *inimicus* era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el *hostis*, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El *extranjero*, el *extraño*, el *enemigo*, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba *fuera de la comunidad*.

La palabra *hostis* proviene de la raíz sanscrita *ghas-*, que alude a comer, lo que explica su origen común con *hostería*. *Hostire* también significa matar y *hostia* tiene el sentido de víctima. La pena máxima en muchas sociedades era la expulsión de la comunidad, el *exilio*, la pérdida de la paz (*die Friedlosigkeit*), justamente porque dejaba al sujeto en la situación de *extranjero*, *extraño*, *enemigo*, privado de todo derecho.

Del propio derecho romano surgieron los ejes troncales que habrían de servir de posteriores soportes a todas las subclasificaciones del *hostis* tomadas en cuenta para el ejercicio diferencial del poder punitivo y racionalizadas por la doctrina penal. Estas categorías se remontan a las dos originarias del derecho romano: (a) la del *hostis alienigena* -al que escasa pero alguna medida protegía el *jus gentium*- y (b) la del *hostis judicatus*, o sea, el declarado *hostis* en función de la auctoritas del senado, que era un poder excepcional: “en situaciones excepcionales, en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la Republica por medio de conspiraciones o traición, el senado podía declararlo *hostis*, enemigo público”.

El extranjero (*hostis alienigena*) es el núcleo troncal que abarcara a todos los molestos al poder, por subordinados, indisciplinados o simples extranjeros. Así, como extraños, resultan desconocidos, y, se sabe, lo desconocido inspira desconfianza y por consiguiente resulta sospechoso por potencialmente peligroso. Al extranjero no se lo comprende porque no es posible comunicarse con él, dado que habla una lengua ininteligible: no hay comunicación posible con el *hostis*. Para los romanos todos los extranjeros eran *barbari*, palabra tomada del griego..., que indica al no griego de lengua incomprensible y proviene de la raíz sanscrita *baba-*, cercana a *balbuceo*, *parloteo*.

En las ulteriores subclasificaciones de esta categoría general se incluye al *hostis* extranjero que es explotado, desde el prisionero esclavizado de la Antigüedad hasta el inmigrante actual. Si bien las condiciones jurídicas han variado sustancialmente, siempre se trata de un extranjero *vencido* al que trae la necesidad (sea bélica o económica) y que, por tanto, debe ser vigilado, porque como todo prisionero, tratara, en cuanto pueda y a como diese lugar, de sustraerse a su condición subordinada.

El enemigo declarado (*hostis judicatus*) configura el núcleo del tronco de los *disidentes* o enemigos abiertos del poder de turno, del que participaron los enemigos públicos puros de todos los tiempos. Se trata de *enemigos declarados*, no porque declaren o manifiesten su enemistad sino porque el poder los *declara* como tales: no se declaran a sí mismos, sino que son declarados por el poder. La institución del *hostis judicatus* romano cumplía la función de dejar al ciudadano en condición semejante a la del esclavo para hacerle aplicables las penas que estaban vedadas para los ciudadanos. La sustracción a la condena judicial mediante la expatriación, también hacía cesar automáticamente la condición de ciudadano.

El *hostis*, enemigo o extraño no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídico-penal (que pocas veces lo reconoció abiertamente y las más lo cubrió con muy diversos nombres). Se trata de un concepto que, en versión original o matizada, a cara descubierta o con mil máscaras, a partir de Roma, atravesó toda la historia del derecho occidental y penetra en la modernidad, no solo en el pensamiento de juristas sino también en el de algunos de

sus más destacados filósofos y teóricos políticos, recibiendo especial y hasta regocijada bienvenida en el derecho penal (pp. 22-24).

Los juristas nazis

Carl Schmitt (1888-1985), jurista y politólogo alemán autor de la obra *El concepto de lo político* (1932). En esa publicación expone, sin miramiento alguno y con gran sagacidad política, su concepción política sobre el *enemigo*. Formula pulcramente la distinción amigo-enemigo y relleva la significación del enemigo público.

Es importante resaltar que su pensamiento político surge de la realidad alemana de su época. Situando su preocupación en la República de Weimar (1918-1933) y sus instituciones demo-liberales, a las que considera implacablemente inidóneas en la conducción y preservación del Poder del Estado.

Para el politólogo, la solución a la problemática alemana debe ser el ascenso al Poder de un gobierno único y centralizado, o la aparición de un líder que conduzca al Estado hacia la unidad de la nación y pueda protegerla de los graves peligros -externos e internos- que la acechan. Por un lado, las potencias triunfantes de la primera guerra mundial, y, por el otro, la amenaza comunista que se extiende a merced del triunfo de la revolución rusa en 1917.

Y es que según las reflexiones de Schmitt, el Estado de derecho -de procedencia francesa-, donde prevalecen derechos fundamentales de la persona, donde el poder se ejerce a través de tres poderes, y donde se resguardan garantías a favor del ciudadano, constituye una especie de atadura de manos cuando se precisa la preservación del Estado ante un estado de cosas en donde existen variados enemigos.

Con ese propósito, formula la distinción moderna de amigo-enemigo y establece al enemigo público:

Los conceptos de amigo y enemigo deben tomarse aquí en su sentido concreto y existencial; no como metáforas o símbolos; tampoco se los debe

confundir o debilitar en nombre de ideas económicas, morales o de cualquier otro tipo; pero sobre todo no se los debe reducir a una instancia psicológica privada e individualista, tomándolos como expresión de sentimientos o tendencias privados. No se trata ni de una oposición normativa ni de una distinción «puramente espiritual». En el marco de un dilema específico entre espíritu y economía (y del cual nos ocuparemos en el ap. 8), el liberalismo intenta disolver el concepto de enemigo, por el lado de lo económico, en el de un competidor, y por el lado del espíritu, en el de un oponente en la discusión. Bien es verdad que en el dominio económico no existen enemigos sino únicamente competidores, y que en un mundo moralizado y reducido por completo a categorías éticas quizá ya no habría tampoco otra cosa que oponentes verbales. En cualquier caso, aquí no nos interesa saber si es rechazable o no el que los pueblos sigan agrupándose de hecho según que se consideren amigos o enemigos, ni se trata de un resto atávico de épocas de barbarie; tampoco vamos a ocuparnos de las esperanzas de que algún día esa distinción desaparezca de la faz de la tierra, ni de la posible bondad o conveniencia de hacer, con fines educativos, como si ya no hubiese enemigos. No estamos tratando de fricciones ni de normatividades, sino de la realidad óptica y de la posibilidad real de esta distinción. Se podrán compartir o no esas esperanzas y esos objetivos pedagógicos; **pero lo que no se puede negar razonablemente es que los pueblos se agrupan como amigos y enemigos, y que esta oposición sigue estando en vigor, y está dada como posibilidad real, para todo pueblo que exista políticamente.**

Enemigo no es pues cualquier competidor o adversario. Tampoco es el adversario privado al que se detesta por cuestión de sentimientos o antipatía. Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone *combativamente* a otro conjunto análogo. **Sólo es enemigo el enemigo *público*, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere eo ipso carácter público. Enemigo es en suma *hostis*, no *inimicus* en sentido amplio (...).** (pp. 58, 59).

Estas ideas integran la base ideológica del nacionalsocialismo que asciende al Poder en enero de 1933. Lo cual significa, para los nazis, “la hora de la liberación y de la fundación del nuevo orden”.

Al respecto, y como datos históricos, se tiene que el 1 de mayo de 1933 Carl Schmitt se inscribe en el partido nazi. En julio es elegido Consejero del Estado Prusiano. En septiembre asume la cátedra de Derecho Público de la Universidad de Berlín. Y en noviembre es nombrado miembro de la Academia de Jurisprudencia para conformar la Comisión de reforma de la enseñanza superior, con el claro afán de depurar la Universidad a fin de formar a la elite del Partido.

Al poco tiempo dirige la Liga Nacionalsocialista de Juristas Alemanes, y en junio de 1934 es nombrado director de la Deutsche Juristen-Zeitung, la revista jurídica más prestigiosa de Alemania.

De esa manera, Schmitt corona la cima del mundo jurídico alemán y celebra “el buen derecho de la revolución alemana”, la destrucción del marxismo, enemigo del Estado y del pueblo, la liquidación del sistema federal de partidos y la lucha contra el sistema de Versalles y Ginebra.

Por fin celebra que la Alemania Nacionalsocialista ponga fin al Estado de Derecho a través de la constitución de un Estado total “cualitativo” que distingue al amigo del enemigo. Los derechos fundamentales, el pluralismo político y la separación de poderes son remplazados por los principios de la Volksgemeinschaft, del Partido Único y del Führertum.

(Jiménez Segado, Carmelo: *Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel*, Juez sustituto, Doctor y Profesor en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Complutense. ADPCP, VOL. LXII, 2009)

Roland Freisler (1893-1945), juez penal que ostenta el cargo de Secretario de Estado al comienzo del régimen nacionalsocialista. Posteriormente, pasa a ser Presidente del Tribunal Popular Nazi que juzga

ferozmente la resistencia al nazismo. Actuando como uno de los jueces más implacables. Su cruel participación se recuerda en el caso Los Conspiradores del 20 de julio y en el de la Rosa Blanca.

Freisler, por sus obvias posturas ideológico-políticas, cuestiona duramente el derecho penal liberal. Pues considera que tiene una orientación individualista, ocupándose en demasía por el ciudadano. Mientras que el Derecho penal nacionalsocialista se sustenta en la defensa del pueblo, su comunidad de sangre y su destino.

En ese círculo de ideas, Freisler contrapone el concepto “formal” y el concepto “material” en el Derecho penal. En el sentido que al espíritu del derecho penal nacionalsocialista no le importa la claridad de las determinaciones legislativas, es decir, que no rige, según ese derecho penal, el principio de legalidad, porque, para los nazis, la justicia material emana del “sano sentimiento del pueblo alemán”.

Por lo tanto, las cláusulas generales, la analogía y el reconocimiento del sano sentimiento del pueblo alemán son los principios rectores que rigen el derecho penal nazi (“Erneuereung” - renovación del ordenamiento jurídico). Así, la vinculación del Juez a la ley se transforma en vinculación al Derecho, para plasmar, de esa manera, una verdadera justicia material. (...).

Edmund Mezger (1883-1962), destacado y reconocido penalista. Considerado “jefe ideológico de la criminología nacionalsocialista” por su importante participación en la elaboración del Proyecto de Ley “Extraños a la Comunidad”.

La vinculación suya al régimen nazi se conoce gracias a la publicación del artículo *Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1994*, escrito por Francisco Muñoz Conde, quien dedica tiempo para realizar una investigación exhaustiva:

(...) Uno de estos Proyectos de Ley fue el que tenía por objeto el ‘tratamiento’, es decir, **la castración, esterilización y exterminio en los campos de concentración, de los llamados “extraños a la comunidad”**. Este proyecto, como

ya hemos puesto de relieve en otro lugar, antes de convertirse en Ley en 1944 fue objeto de numerosos trabajos preparatorios... Entre los penalistas que más destacadamente colaboraron con la redacción de este Proyecto, se encontraban, como ya hemos demostrado en otro lugar, los Profesores de la Universidad de Munich, el criminólogo Franz Exner y el penalista Edmund Mezger: **Gracias, entre otras cosas, a la decisiva intervención de éste último, el Proyecto estaba ya prácticamente terminado a finales de 1943, a falta de pequeños detalles y, naturalmente, del informe favorable de la Akademie (...).**

Ya se ha señalado en otro lugar la importancia que desde el primer momento tuvo para el régimen nazi la lucha contra la criminalidad habitual, la pequeña delincuencia y la marginalidad y los comportamientos asociales, entre los que se incluían diversos grupos de sujetos, como mendigos, vagabundos, prostitutas, homosexuales, gitanos, etc. Las razones de esta actitud de hostilidad hacia estas personas, a las que una Ley española de 1933 llamaba “Vagos y Maleantes” y la Ley de Peligrosidad social de la dictadura franquista que vino a sustituirla en 1970 “peligrosos sociales”, son fáciles de entender si se miran desde el punto de vista que ellos lo hacían de disciplinamiento social, de uniformidad y pureza racial de una ‘comunidad del pueblo’ que tenía que cumplir ‘su destino en lo universal’, y en la que no cabían, por tanto, ni los ‘extraños a la comunidad’, ni los que pertenecían a razas inferiores a los que se calificaban de ‘subhumanos’ o ‘seres inferiores’ (Untermenschen). **Evidentemente, detrás de esta ideología, a veces pura palabrería rayana en la estupidez, había también razones de tipo económico y de control de la disidencia política y de la oposición al régimen nacionalsocialista.**

Cúspide de la investigación que realiza el profesor Muñoz Conde es la obra *EDMUND MEZGER Y EL DERECHO PENAL DE SU TIEMPO – Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo* (2003). En donde está el Proyecto de Ley de Extraños a la Comunidad y su Exposición de Motivos que aquí se cita:

**TEXTO DEL PROYECTO DE LEY SOBRE EL TRATAMIENTO DE EXTRAÑOS A LA
COMUNIDAD EN SU VERSIÓN DE 17 DE MARZO DE 1944**

Para asegurar, que extraños a la comunidad, que con su conducta perjudican la comunidad del pueblo, sean insertados como miembros útiles o no puedan seguir dañando a la comunidad del pueblo, el Gobierno del Reich ha aprobado la siguiente ley, que aquí se promulga:

Artículo I. Extraños a la comunidad

§1

Es extraño a la comunidad:

1. quien, por su personalidad o forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo,
2. quien
 - a) por una actitud de rechazo al trabajo o disoluto lleva una vida inútil, dilapidadora o desordenada y con ello molesta a otros o a la comunidad, o por tendencia o inclinación a la mendicidad o al vagabundaje, al trabajo ocasional, pequeños hurtos, estafas u otros delitos menos graves, o en estado de embriaguez provoca disturbios o por estas razones infringe gravemente sus deberes asistenciales, o
 - b) por su carácter asocial o pendenciero perturba continuamente la paz de la generalidad, o
3. **quien por su personalidad o forma de conducción de vida revela que su mente está dirigida a la comisión de delitos graves (delincuentes enemigos de la comunidad y delincuentes por tendencia).**

Artículo II. Medidas policiales contra los extraños a la comunidad

§2

- (1) **Los extraños a la comunidad serán vigilados por la Policía.**

(2) Sí las medidas de vigilancia no fueran suficientes, la Policía enviará a los extraños a la comunidad a los centros asistenciales comarcales.

(3) **Si la persona de un extraño a la comunidad requiriera un control más enérgico del que fuera posible en los establecimientos de los centros asistenciales comarcales, la Policía lo internará en un campamento** (campos de concentración, N. del T).

§3

(1) Los centros comarcales de asistencia internarán en los establecimientos apropiados a su propia costa a los extraños o la comunidad que les haya remitido la Policía. Esta función se llevará a cabo como una función estatal.

(2) **El Ministro del Interior determinará los establecimientos que deben ser considerados adecuados.**

(3) Los gastos ocasionados a los centros asistenciales comarcales por la construcción de establecimientos de nueva planta o por la ampliación de los ya existentes serán sufragados en su mitad por el Estado.

§4

El extraño a la comunidad deberá pagar los gastos de su internamiento.

§5

- (1) Los Tribunales decidirán las medidas que sean necesarias aplicar a los extraños a la comunidad que hayan cometido acciones punibles. Juntamente con ellas podrán aplicarse medidas de vigilancia policial.
- (2) La Policía informará a las autoridades encargadas de la persecución penal de acuerdo con lo previsto en las normas del Derecho Procesal Penal.

Artículo III. Medidas juridicopenales contra los extraños a la comunidad

§6

(1) Quien, por repetida manifestación criminal, así como por cualquier otra forma de conducción de vida y por su personalidad reveles una tendencia a hechos punibles graves, será castigado como delincuente enemigo de la comunidad a pena de reclusión por tiempo indeterminado, en tanto no sea aplicable otra pena más grave o el sujeto deba ser entregado a la Policía. El juez determinará en la condena la duración mínima de la reclusión, que no podrá ser inferior a cinco años.

(2) El delincuente enemigo de la comunidad será condenado a la pena de muerte, si así lo requiere la protección de la comunidad del pueblo o la necesidad de una expiación justa.

(3) Si el Juez llega al convencimiento, de que del delincuente enemigo de la comunidad no puede esperarse su inserción en la comunidad del pueblo, lo pondrá como incorregible a disposición de la Policía.

§7

(1) Quien, por repetida manifestación criminal, así como por cualquier otra forma de conducción de vida y por su personalidad revele una inclinación a hechos punibles graves, será condenado como delincuente por inclinación a una pena de prisión por tiempo indeterminado, o, si es aconsejable la imposición de una pena de reclusión, a una pena de reclusión por tiempo indeterminado, en tanto no sea aplicable una pena más grave.

(2) El Juez determinará en la condena la duración mínima de la privación de libertad, que no podrá ser inferior a un año.

§8

(1) Si el funcionario judicial llega al convencimiento durante la ejecución de la pena indeterminada de que un delincuente enemigo de la comunidad o por inclinación no puede insertarse en la comunidad del pueblo, lo pondrá como incorregible a disposición de la Policía.

(2) Si el condenado a una pena indeterminada no puede ser puesto en libertad tras haber cumplido ocho años de la pena, será puesto como incorregible a disposición de la

Policía. Esta disposición no es aplicable si el condenado aún no ha cumplido los treinta y cinco años. El Ministro de Justicia podrá hacer alguna excepción.

§9

(1) Quién por una actitud de rechazo al trabajo o disoluta, muestra una tendencia a la mendicidad o al vagabundaje, al trabajo ocasional, a la realización de pequeños hurtos, estafas u otros delitos menos graves, o en estado de embriaguez provoca disturbios o por estas razones infringe gravemente sus deberes asistenciales, será remitido por el Juez a la Policía.

(2) Quien por su carácter social o pendenciero perturba continuamente la paz de la generalidad con insultos u otros delitos menos graves, será igualmente por el Juez puesto a disposición de la Policía.

§10

(1) Si un hombre por repetidos ataques a la moral, así como por su personalidad revela una tendencia o una inclinación a tales hechos, el juez decretará junto con la pena o su puesta disposición de la Policía la castración del delincuente contra la moral, si la seguridad pública así lo exige.

(2) Se entenderá como ataque a la moral que motive la castración: la coacción a acciones deshonestas, el ultraje, los abusos deshonestos con menores, los actos deshonestos intimidatorios, los actos deshonestos entre hombres, las acciones deshonestas realizadas públicamente, y el homicidio, las lesiones y el maltrato de animales motivados por placer sexual, así como la embriaguez plena, cuando en dicho estado se realiza uno de estos hechos.

(3) El Juez podrá decretar autónomamente la castración, si el autor de los hechos mencionados en el apartado anterior no puede ser castigado o sometido a juicio por encontrarse en el momento de su comisión en estado de inimputabilidad no sólo transitorio.

(4) La castración no será aplicable, si el autor no ha cumplido los veintiún años.

Artículo IV. Esterilización

§11

(1) **Los extraños a la comunidad de los que pueda esperarse una herencia indeseable para la comunidad del pueblo, serán esterilizados.**

(2) En la ejecución de esta medida serán aplicables conforme a su sentido los preceptos correspondientes de la Ley para la prevención de patologías hereditarias de 14 julio de 1933 (Boletín Oficial I, p. 529) y demás disposiciones que en su momento la complementen.

Artículo V. Menores extraños a la comunidad

§12

(1) Las medidas policiales previstas en esta Ley sólo serán aplicables a los menores cuando de acuerdo con la declaración del funcionario encargado de su educación no parezca previsible su inserción en la comunidad del pueblo con los medios de ayuda a la juventud.

(2) No será preciso la declaración del educador en el caso de los menores que según los párrafos 6, 8, 9 ó 13 deban ser puestos a disposición de la Policía.

(3) Los menores que deban ser internados en un campo de trabajo de la Policía, serán internados en un campo de trabajo de protección a la juventud.

§13

(1) Los jóvenes sólo serán condenados a una pena indeterminada conforme a los preceptos de la Justicia juvenil

(2) Si el funcionario competente durante la ejecución de la pena indeterminada impuesta a un joven llega al convencimiento de que no es esperable que el condenado se reintere en la comunidad del pueblo, lo remitirá a la Policía, una vez que haya cumplido el límite mínimo de la pena impuesta.

(3) Del mismo modo procederá sí una vez que el joven ha cumplido la pena determinada o indeterminada que se le impuso, llega al convencimiento de que es previsible que no sea esperable su inserción en la comunidad popular.

Artículo VI. Disposiciones Finales

§14

(1) **La presente Ley entrará en vigor el 1 de enero de 1945, y se aplicará también en los Territorios del Este. En las Regiones de los Alpes y del Danubio se determinará el momento de su entrada en vigor por el Ministro del Interior de acuerdo con el Ministro de Justicia.**

(2) El Ministro del Interior, el Ministro de Justicia y el Jefe del Comando Superior del Ejército dictarán las disposiciones jurídicas y administrativas necesarias para la aplicación y complemento de esta Ley también en el ámbito del Derecho civil de acuerdo con los Ministros afectados y el jefe de la Juventud del Imperio Alemán.

(3) Se autoriza a los funcionarios imperiales competentes a adaptar las leyes que requieran de alguna modificación como consecuencia de esta Ley, prescindir de preceptos en desuso, eliminar discordancias, realizar cambios en la redacción y promulgar las respectivas leyes en nueva serie en el Boletín Oficial del Reich.

Exposición de Motivos:

La experiencia de decenios enseña que la criminalidad se alimenta continuamente de raleas (Sippen) menos valiosas. **Los miembros concretos de estas raleas se encuentran siempre con los miembros de otras igualmente malas provocando así, que lo que menos vale no sólo se herede de generación en generación, sino que frecuentemente se expanda en la delincuencia. La mayoría de esta gente ni quiere ni son capaces de integrarse en la comunidad. Llevan una vida extraña a la idea de comunidad, carecen incluso del sentimiento comunitario, a menudo son incapaces o incluso enemigos de la comunidad, y en todo caso son extraños a la comunidad (Gemeinschaftsfremde).**

Constituye una antigua exigencia de las instituciones encargadas del cuidado público, vigilar de forma coactiva a estos elementos extraños a la comunidad (asociales), que como consecuencia de su incapacidad para integrarse en la comunidad, constituyen una continua carga para la generalidad. Hasta ahora el Derecho de asistencia social sólo conoce el control de los que muestran necesidad de ayuda o se someten voluntariamente a ella. **Pero el orden social requiere base jurídica para poder controlar coactivamente de manera suficiente a estos extraños a la comunidad más allá de las posibilidades que ofrece el Derecho de asistencia.**

Los gobiernos de la época sistemática (Systemzeit) fracasaron frente a estos extraños a la comunidad. No utilizaron los conocimientos de la teoría de la herencia y la biología criminal para fundamentar una sana política asistencial y criminal. Como consecuencia de su ideología liberal sólo vieron siempre los ‘derechos’ del individuo y pensaban más en su protección frente a las manifestaciones del Poder estatal que en la utilidad de la generalidad. Pero al Nacionalsocialismo no le preocupa al individuo en absoluto, cuando se trata de la comunidad.

De este principio nacieron las medidas que para la lucha preventiva contra la delincuencia fueron introducidas contra los extraños a la comunidad por la policía de Reich tras la toma del Poder, pero en base al Derecho policial nacionalsocialista que se estaba desarrollando. Para ello se impuso la idea de que el tratamiento de los extraños a la comunidad no pertenece tanto al ámbito de la asistencia como al de la policía. **En la concepción nacionalsocialista la asistencia sólo puede favorecer a los ciudadanos que la precisan y que también son dignos de ella. Pero para los extraños a la comunidad, que sólo producen daño a la comunidad del pueblo, no es necesaria la asistencia, sino la coacción policial que pretende, o recuperarlos con las medidas adecuadas, o evitar que produzcan nuevos daños en el futuro. El fundamento de ello es la protección de la comunidad** (Muñoz Conde, 2003, pp. 193-199).

Para, en palabras de Mezger, clarificar el panorama:

En el futuro habrá dos (o más) “Derechos penales”:

Un derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), **y un Derecho penal (completamente diferente) para grupos de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia.** Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión (...) **una vez que se realice la inclusión, el “Derecho especial” (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites.** Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferencias jurídicas... **Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa** (estar en el Nuevo Orden; en él radica un “nuevo comienzo”) (Muñoz Conde, p. 236).

Resulta interesante, al respecto, la apreciación de Muñoz Conde:

Con la nueva Ley se trataba, además, de asegurar en **momentos de crisis** el control total, **atribuyéndole a la Policía, y, en definitiva a la SS, un poder omnímodo que podría ser utilizado en cualquier momento contra los enemigos interiores del régimen fueran estos del carácter que fueran, políticos, sociales o de raza.** El concepto de “Gemeinschaftsfremde”, propuesto por MEZGER, los acogía a todos por igual. **Del mismo modo que el régimen se preparaba para una “guerra total” contra el enemigo exterior, también preparaba su peculiar guerra total contra el “enemigo interior”.** (p. 147).

De las posturas expuestas, en resumen, se pondera una sólida línea de pensamiento: en lo ideológico, político, jurídico, dogmático y político-criminal, condensándose, las mismas, en cuatro ideas fundamentales:

1. Son planteamientos estrictamente políticos.
2. Sus fundamentos son antiliberales: rechazan la esencia y forma del Estado de derecho. Pues lo consideran obstáculo en la defensa del Poder estatal, al proteger, según ellos, excesivamente al individuo, dotándolo de derechos fundamentales, principios y garantías.
3. Rechazan el principio constitucional de legalidad penal.

4. Establecen una diferencia cualitativa entre amigo y enemigo, y configuran un derecho penal para cada uno.

Ya el profesor Claus Roxin, en su obra *Derecho penal - Parte general* (1997), al referirse al derecho penal nacionalsocialista, señala:

La mayoría de los cambios del derecho penal que tuvieron lugar en la época nacionalsocialista sirvieron sobre todo a la destrucción planificada del Estado de derecho y a su transformación en una dictadura totalitaria que se pretendía asegurar jurídicamente. Su descripción en detalle no es precisa en un simple esbozo de la reforma del derecho penal que sólo pretende destacar los impulsos que han tenido repercusión ulterior. **Como ejemplo característico basta mencionar la anulación del principio fundamental en el estado de derecho “nullum crimen, bulla plena sine lege” (ningún delito, ninguna pena sin ley,...) por la Ley de 28-06-1935. Conforme a ello ya no se podía castigar un hecho solamente cuando había sido declarado punible previamente por la ley (como de nuevo sucede hoy: art. 103 II 66, 21 StGB), sino también cuando el hecho “merece pena según la idea fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular”. Con ello se abrían las puertas de par en par a la manipulación ideológica del derecho penal.** (Roxin, pp. 119, 120).

3. Contexto histórico, social, político y jurídico

A fin de comprender el surgimiento, en el plano internacional, del fenómeno jurídico del derecho penal del enemigo en la proposición de Jakobs, resulta preciso analizar el contexto histórico, social, político y jurídico en el cual emerge. Pues, se sabe que antes de él existen ya regulaciones penales del enemigo en la codificación penal alemana. No obstante, es suya la fundamentación y el desarrollo ulterior provisto, y su proyección de aplicarlo en el mundo occidental.

Es importante analizar el contexto porque las manifestaciones jurídicas no están exentas de la poderosa influencia subyacente de la economía y la política. Pues ambas son fundamentales en la dinámica de la sociedad y son las que determinan, en última instancia, las cuestiones legales. Y es que, al decir de Marx, el Derecho no es más que la voluntad del Poder erigida en Ley. Y en medio, claro está, de una incesante lucha entre posturas políticas y jurídicas, en clara expresión de los intereses contrapuestos de la sociedad.

El derecho penal del enemigo surge en la discusión dogmática en 1985, como se ha dicho. Ante lo cual salta la pregunta: ¿Qué ocurre a partir de ese periodo y que sucesos se producen desde ahí hasta la actualidad?

Alemania, desde 1961, sufría una división interna que se prolonga hasta fines de los años ochenta del siglo XX, cuando en 1989, una vez caído el Muro de Berlín, logra reunificarse por segunda vez. En medio de ese proceso, de guerra fría, y de desplome del campo socialista es que aparece Jakobs. ¿Causalidad?

En 1991, la Unión Soviética, después de un proceso convulsivo crítico (Perestroika), se desintegra como sistema político, y declina en su condición de superpotencia mundial. Estados Unidos, por esa razón, deviene en triunfador de la guerra fría y se posiciona como la superpotencia hegemónica única sobre la tierra.

Comienzan, a partir de entonces, a propagarse las ideas de Francis Fukuyama en su artículo *El fin de la historia* (1988). En el cual enarbola el libre mercado y el triunfo definitivo del capitalismo sobre el socialismo, al cual no se debería regresarse jamás ni a que deben promoverse modelos alternativos.

Promueve ardientemente sí un nuevo orden mundial gobernado por el neoliberalismo y la globalización, a los que supone son los rumbos salvadores de la humanidad. En donde no se pretenda la posibilidad futura de un nuevo cambio social histórico. De ahí el porqué de la idea del fin de la historia que tomara de Friedrich Hegel, en clara alusión de éste al triunfo de Napoleón sobre las tropas prusianas en la Batalla de Jena en 1806.

A inicios del nuevo milenio, el 2001 más exactamente, acontece un hecho sin precedentes, lo que genera un cambio profundo en la política mundial: Estados Unidos es agredido en su propio territorio por “elementos terroristas”. Y se muestra, evidentemente, vulnerable a los ojos del mundo. En respuesta a dicha agresión da inicio a la denominada guerra contra el terrorismo internacional. Convocando a los países de occidente para ponerlos en guerra contra el denominado eje del mal.

Esta nueva situación mundial provoca un giro rotundo en el campo jurídico penal, en cuanto a que los derechos fundamentales y garantías de las personas empiezan a ser subordinadas por cuestiones de seguridad. Lo que se tradujo en la aparición de nuevas leyes antiterroristas, siendo la más simbólica de ese periodo *La Ley Patriota*, creada por los Estados Unidos para el combate al terrorismo islámico.

El 2002, Estados Unidos ataca a Afganistán, y al año siguiente declara la guerra a Irak. En ambas fracasa absolutamente, a pesar de las grandes destrucciones y matanzas masivas e indiscriminadas contra la población civil.

El 2008, la economía mundial sufre la más grave crisis de su historia – pues supera a la 1929-. Crisis que se origina en el sector financiero (especulativo) de los Estados Unidos, para posteriormente expandirse a la zona euro y a su periferia.

En seguida, la crisis afecta también las economías sudamericanas, cuyas actividades fundamentales se concentran en la venta de materias primas. En nuestro país se produce la desaceleración económica y surgen conflictos sociales en varios puntos del territorio nacional, los mismos que ya se expresaban desde tiempo atrás.

En Asia, China especialmente desenvuelve una estrategia de desarrollo productivo sostenido en y para su mercado y consumo interno. Lo que le procura resultados de gran éxito. Situación que la prepara a disputar actualmente el dominio mundial con los Estados Unidos.

Actualmente, la crisis económica no está resuelta, pues existen secuelas que se agravan por la crisis sanitaria mundial. Situación que trae cambios en el

orden político mundial, así como un mayor descontento en los millones de seres humanos que la sufren más todavía.

Por tal razón, y según la prensa internacional, el 2019 constituyó el año de mayor explosión de protestas en el orbe: millones de personas en Asia, África, Oriente Medio, Europa y América Latina gritan por sus derechos en contra de las pésimas condiciones de vida que empeoran cada vez.

Situación social que el historiador español, Josep Fontana, describe en su obra *POR EL BIEN DEL IMPERIO – Una historia del mundo desde 1945* (2011):

(...) En 1992 Francis Fukuyama publicó *El fin de la historia y el último hombre*, donde sostenía que el mundo había llegado finalmente a una etapa de estabilidad, presidida por el triunfo definitivo del capitalismo neoliberal. Sería dentro de este sistema de referencia donde se produciría a partir de ahora el progreso humano, lo cual permitía, tras la derrota final del “socialismo realmente existente”, renovar las promesas de 1945, confiadas ahora a la supremacía incontestada de los Estados Unidos en el terreno político, y a los efectos de una globalización liberal en lo económico. Lo que venía a significar que aquello que no había sido posible en 1945 ni inmediatamente después, como consecuencia de las necesidades de la guerra fría, podía realizarse una vez había concluido victoriosamente aquella Tercera guerra mundial contra el comunismo, que habría venido a completar los objetivos de la Segunda, librada contra el fascismo. Pero los años transcurridos desde entonces han visto desvanecerse las esperanzas depositadas en este vaticinio renovado de una era de paz y democracia universales, en que el conjunto de la humanidad viviría libre de temor y de pobreza.

No ha habido paz. El *World Development Report* de 2011 afirma que “alrededor de 1.500 millones de personas viven en países afectados por ciclos repetidos de violencia política o criminal”. Las guerras no solo siguen, sino que aumenta el número de víctimas civiles que causan. (...) En el mundo hay en la actualidad, según la comisión de refugiados de las Naciones Unidas (ACNUR), un total de 10, 55 millones de fugitivos de las diversas guerras en curso, albergados en campamentos de acogida. (...) La situación de la libertad, incluso reducida a sus términos más estrictos, no es mejor que la de la democracia, como lo muestra la

persistencia de formas de trabajo forzado: en los Estados Unidos se calcula que entran cada año alrededor de 15.000 trabajadores extranjeros que se ven sometidos a condiciones de servidumbre. El embajador Luis CdeBaca, a quien Barac Obama nombró en mayo de 2009 coordinador de la lucha contra el tráfico de personas y contra la esclavitud, declaró en 2011: “En los Estados Unidos no ha habido un solo día desde 1619 en que no se haya esclavizado a alguien”. (...) hay en la actualidad más esclavos que en ningún otro momento de la historia, en una nueva servidumbre que no se basa tanto en la propiedad como en el endeudamiento, y que se distingue por ello de la antigua por el hecho de que un esclavo cuesta hoy mucho menos que en el pasado. (...) la pobreza en el mundo. La divergencia entre los niveles de vida de los países desarrollados y los que se acostumbra a denominar “en vías de desarrollo” no solo es mayor ahora que en 1945 —lo que implica que el funcionamiento del sistema ha actuado como un factor de empobrecimiento relativo— sino que sigue aumentando día a día. **Las cifras admitidas de la pobreza eran en 2010 de alrededor de mil millones de seres humanos, a quienes se les calculaban ingresos diarios inferiores a un euro, y se mantenían realidades tan sangrantes como la de que cada seis segundos muriera un niño como consecuencia de las desnutrición. (...) No está claro que la globalización haya favorecido la igualdad.** Si examinamos el problema de la desigualdad en una perspectiva de larga duración podemos ver que a comienzos del siglo XIX los niveles de renta de los países que hoy llamamos desarrollados y de los que consideramos subdesarrollados eran prácticamente equiparables. **Comenzó entonces, sin embargo, un proceso gradual de divergencia que no ha hecho más que acentuarse con el tiempo. (...)**

Este es el mundo que ha creado el capitalismo realmente existente, una vez ha conseguido librarse de la amenaza del socialismo realmente existente y, a la vez, de las fuerzas que se les resistían en el interior de su propia sociedad, a las que ha conseguido controlar hasta hacerlas inofensivas. Pero en la hora misma de esta victoria parecen surgir unas nuevas contestaciones, incipientes y poco organizadas por el momento, que

representan una inesperada amenaza al poder de “la jerarquía global existente”. Zbigniew Brzezinski, quien hablando ante el *Council of Foreign Relations*, iba más allá del malestar económico causado por la crisis y planteaba el problema en términos del rechazo global del sistema: **“La población del mundo está experimentando un despertar político sin precedentes por su amplitud e intensidad. (...) El desafío central de nuestro tiempo no lo plantea el terrorismo, sino la creciente inquietud causada por este fenómeno (...). No es exagerado decir que ahora, en el siglo XXI, la población de una gran parte del mundo en vías de desarrollo está moviéndose políticamente y en muchos lugares se agita con malestar. Es una población agudamente consciente de la injusticia social, y resentida por lo que percibe como una falta de dignidad política (...). Estas energías traspasan las fronteras nacionales y plantean un desafío tanto a los estados existentes como a la jerarquía global establecida, en lo alto de lo cual se asientan los Estados Unidos.** (pp. 965-975).

A lo que Zaffaroni acota:

Se opera un enorme proceso de concentración de capital que procura una mayor renta sin detenerse ante ningún obstáculo no ya ético, sino incluso físico; los estados nacionales son débiles e incapaces de proveer reformas estructurales, los organismos internacionales se raquitizan y desacreditan; la comunicación masiva, de formidable poder técnico, está lanzada a una propaganda *wölkisch* y vindicativa sin precedentes; la capacidad técnica de destrucción puede arrasarse la vida; **se desatan guerras unilateralmente con fines claramente económicos; y, para colmo, el poder planetario fabrica enemigos y emergencias –con los consiguientes estados de excepción- en serie y a alta velocidad.**

Este contexto no puede menos que influir sobre cualquier teórico del derecho, y, por mucho que se oculte bajo los más relucientes atavíos jurídicos, la reacción que suscita la presencia descarnada del *enemigo de la sociedad* en el derecho penal es de carácter político, porque *la cuestión que plantea es –y siempre fue- de esa naturaleza.*

Prueba de ello es que cada vez que se discute si se puede tratar a algunos seres humanos por su *peligro* o *dañosidad* y se busca una racionalización más elaborada, no puede obviarse la invocación a Hobbes y, por ende, a la cuestión de la *soberanía*, materia que de modo incuestionable pertenece a la *teoría política* (precisamente, el nuevo panorama globalizador se caracteriza por un profundo cambio político). (Zaffaroni, 2018; p. 16).

Y, en relación a lo antedicho, se tiene el contexto jurídico, el cual está debidamente demarcado, con suma precisión, por el jurista español Manuel Cancio Meliá, en la obra que escribiera con Jakobs:

Las características principales de la política criminal practicada en los últimos años pueden resumirse en el concepto de la «expansión» del Derecho penal. En efecto, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución actual de las legislaciones penales del «mundo occidental» está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.

El punto de partida de cualquier análisis del fenómeno que puede denominarse la «expansión» del ordenamiento penal ha de estar, en efecto, en una sencilla constatación: la actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en los países de nuestro entorno ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de «criminalización en el estadio previo» a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas. Resumiendo: en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un «Derecho penal de la puesta en peligro» de características antiliberales. (pp. 62, 63, 64).

Se aprecia un panorama convulso, crítico. Más cuando las crisis que padece la sociedad se agudizan, por lo que se ponderan más los criterios de seguridad y de prevención ante el incremento de posibles peligros de concreciones delictivas futuras. Entendiendo que una sociedad en situación de crisis provoca una mayor incidencia del delito.

En esta línea de reflexión, se aprecia que el contexto en el que emerge y se desarrolla el derecho penal del enemigo es de crisis de la sociedad. Tal cual a la circunstancias en que Carl Schmitt hizo su propuesta política, es decir, ante una situación de crisis de la Alemania post primera guerra mundial, en la cual había sido vencida. De igual forma los nazis, en medio de una situación de guerra mundial sin precedentes, y en plena ejecución de sus planes por dominar el mundo. Situación crítica y compleja que culminó con su derrota definitiva.

Así, en una análoga situación crítica, aparece Günther Jakobs con el constructo funcionalista del derecho penal del enemigo, pero ya no para la solución específica de los problemas de la Alemania, sino para un contexto internacional:

El acta de nacimiento del derecho penal del enemigo está en la legitimación política de estas prácticas punitivas. En la base de la identificación del terrorista y del criminal como enemigos subyacentes a las mismas, hay un deslizamiento semántico en función de autolegitimación; la confusión entre derecho penal y guerra: nada más destructivo de derecho y del estado de derecho. Esta confusión ha producido una suerte de perversa legitimación cruzada: **de la guerra, rehabilitada como instrumento penal de mantenimiento del orden público internacional**; del derecho penal del enemigo, a su vez legitimado en sus formas terroristas con la lógica de la guerra. (Ferrajoli, L. 2007, p. 10).

4. Características del DPE: una construcción lógica abstracto

El derecho penal del enemigo presenta tres características relacionadas entre sí, de forma lógica e interdependiente. Dado que a la característica fundamental y principal se subordinan las otras dos. De manera que las tres –

entrelazadas- apuntan a su única finalidad teleológica: inocular al “enemigo” de la sociedad.

Las características del derecho penal del enemigo, a saber, son: **1) Un amplio adelantamiento de la punibilidad.** Es decir, contiene un carácter prospectivo: el punto de referencia de la criminalización es el hecho futuro y no el delito cometido (la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico). **2) Las penas son desproporcionadamente altas.** Impone penas altísimas y, asimismo, inaplica legalmente el principio constitucional de reeducación, resocialización y reincorporación del penado a la sociedad, porque niega, a determinados delitos, el acceso a beneficios carcelarios. Aplica, entonces, la pena como una medida de aseguramiento. **3) Las garantías procesales son relativizadas o negadas.** En la investigación preliminar y en el proceso judicial se vale todo con el “enemigo”.

Sobre la característica fundamental, Jakobs, en su obra *La pena estatal: significado y finalidad* (2006), acude a situaciones históricas para mostrar el origen de la criminalización previa brindando, además, una explicación político-criminal en el propósito de sustentarla:

Si, sin embargo, el Derecho penal del ciudadano y el del enemigo se mezclan, existe el riesgo de que la laxitud de límites del Derecho penal del enemigo se extienda también en el Derecho penal del ciudadano. **Expondré este riesgo con base en un ejemplo el caso de los actos preparatorios en el que ya mucho tiempo que aquél se ha convertido en un daño. Que estos fueran impunes en el siglo XIX estaba en armonía con la afirmación kantiana de que el sometimiento a una constitución civil ofrece suficiente garantía de seguridad. En este sentido, en particular el Código Penal prusiano de 1851 y el Código penal para el Reich de 1871 no conocían punición alguna de los actos preparatorios aislados.** Sólo después de que en la lucha llamada “lucha por la cultura” un belga llamado Duchesne se hubiera ofrecido frente al provincial jesuita de Bélgica y al Arzobispo de París a asesinar a Bismarck a cambio del pago de una elevada suma de dinero, se introdujo un precepto que amenazaba tales actos preparatorios, en caso de delitos gravísimos, con pena privativa de libertad

de tres meses hasta cinco años, y, en el caso de los demás delitos, con pena de prisión de hasta dos años -una regulación que, teniendo en cuenta su lenidad, no tomaba en cuenta lo peligrosa que pudiera ser la actuación futura de un enemigo, sino aquello que el autor ya ha destruido a través de la mera preparación: la seguridad pública. **En 1943 (¡!), el marco legal quedó vinculado al de los hechos planeados; así, el delito contra la seguridad pública se convirtió en un acto preparatorio punible, y esta modificación no se ha derogado hasta el día de hoy, de manera que, por ejemplo, los cónyuges que se comprometan mutuamente, durante una conversación nocturna en su dormitorio, a matar próximamente a un tío rico del que esperan heredar, son amenazados sólo por ello con una pena privativa de libertad de tres hasta 15 años; la irrupción en la esfera íntima de los ciudadanos es evidente. Lo que posiblemente sea adecuado en el caso de traidores a la patria, terroristas u otros enemigos, por principio, del ordenamiento jurídico -es decir, su tratamiento como enemigos que hay que asegurar- se extiende aquí a cualquier caso de planificación de un delito.**

También es lamentable que el legislador con frecuencia introduzca regulaciones destinadas a enemigos -como, por ejemplo, la prohibición de creación de una asociación criminal o terrorista-, o aquellas que también pretenden, entre otros fines, afectar a los enemigos -piénsese en las leyes, ya mencionadas, de "lucha"- , con sus elevadas amenazas de pena, destinadas a la salvaguardia y quizás también a la intimidación general, en "cualquier sitio" del Código penal, es decir, sin una clara delimitación frente a otros delitos (...). **Dicho de otro modo: quien no diferencia con claridad entre enemigo y delincuente civil no debe sorprenderse si confunde los conceptos "guerra" y "proceso penal". En este último, el Derecho penal espera a que el autor exteriorice su hecho, es decir, que al menos lo intente; en aquélla se hace todo lo necesario para alcanzar el fin. Así, por ejemplo, conforme al Derecho vigente, la pena afectará al autor individual de un homicidio doloso cuando se disponga inmediatamente a cometer el hecho, mientras que el cabecilla de una asociación terrorista sufrirá una**

pena más grave (aunque poco) incluso años antes del hecho, planeado de modo más o menos vago (pp. 68, 69).

Con estas ideas, Jakobs dota de sustento histórico a la fundamentación de la criminalización previa. Para lo cual recurre, si se observa bien, a la codificación penal alemana de 1943, es decir, menciona a las normas punitivas de la legislación penal nazi, base de su construcción. Lo cual, desde luego, resulta importante a destacar en cuanto consolida que son los planteamientos fascistas los antecedentes inmediatos del derecho penal del enemigo a los que él desarrolla en base a criterios sociológicos funcionalistas. Y que se está, por lo tanto, ante un derecho penal de esa naturaleza.

Ahora, es interesante a destacar que Jakobs diserta sobre la punición de los actos preparatorios, y establece con claridad el tránsito de su no punibilidad a su punibilidad, siendo para ello decisivo, por ejemplo, el hecho de la intención de asesinar a Bismarck como suceso histórico. Lo que indica que es una creación legal y política criminal contemporánea para el derecho penal. Y enfoca su mira en la criminalización de la planificación previa, en la planeación de un hecho futuro, constituyendo el punto fundamental de su construcción.

Asimismo, revela cómo, por necesidades político criminales, se la establece legalmente. Es decir, muestra la clara expresión de necesidad del Estado para reprimir preventivamente. Y cómo, con la legislación penal nazi, se consolidó la criminalización anticipada, declarando punible al delito planeado, como un delito contra la seguridad pública.

Jakobs, en seguida y en pro de sumar desarrollos, sugiere que la criminalización previa deba aplicarse a determinados sujetos tales como: los traidores a la patria, los terroristas y a otros enemigos, y que, asimismo, se extienda, inclusive, a cualquier caso de planificación de un delito futuro. Lo que viene ocurriendo en el sistema penal peruano.

Respecto a las otras dos características, Jakobs las concibe en un nivel subordinado a la criminalización anticipada, pues la flexibilización de derechos y garantías fundamentales en el proceso penal o juzgamiento, así como la drasticidad de las penas que, en esencia, constituyen medidas de

aseguramiento, sirven a la inocuización social del “enemigo” peligroso. Siendo este el propósito del derecho penal del enemigo.

5. El Derecho penal del enemigo y la teoría del delito: cambio cualitativo regresional

Es preciso señalar que el derecho penal del enemigo no es una elaboración aislada, circunscripta, o que se encuentre al margen del proceso del derecho penal en general. Por el contrario, su postulación teórica se incardina al proceso de desarrollo seguido por las distintas escuelas jurídico-penales (alemanas) que se presentan desde fines del siglo XIX. Proceso en el cual cada una pretende imponerse como la más perfecta elaboración de la construcción sistemática del delito.

En ese entendido, el derecho penal del enemigo postulado por Jakobs surge y es parte de ese proceso ineludiblemente. Presentándose, claro está, y de lo visto en sus fundamentos, con obvias características de un derecho penal de autor. No obstante, expresa una gran particularidad estructural y busca mostrarse como la novísima y máxima construcción dogmática del derecho penal en la actualidad.

Ahora bien, a fin de dilucidar su contenido y establecerlo acertadamente en la línea lógica del derecho penal, es preciso desenvolver un recorrido sucinto a las distintas escuelas jurídicas del delito para, una vez observados sus postulados, contrastarlos a los del derecho penal del enemigo o viceversa, y revelar así las implicancias que su teorización y aplicación concreta traen al derecho penal actual.

Breve introito

El derecho penal de autor, cuya directriz es la peligrosidad del individuo y el denominado peligro abstracto -con características menos gravosas a las postuladas por Jakobs- surgió antes -si se toma en cuenta la corriente italiana de Lombroso y Ferri o de los propios autores alemanes-, de que aparezca la moderna teoría del delito de estirpe alemana con Von Liszt. En tanto que, precisamente, el derecho penal de acto, base del derecho penal desde su

nacimiento, reaparece en respuesta a ese derecho penal de acto con el propósito de ponderar su poder histórico de ser el padre de la sanción exclusiva del hecho humano concretizado, el delito cometido.

Esta dicotomía, que es esencial en la teoría del delito, se resuelve continuamente en que ambos aspectos contradictorios mantienen una lucha permanente por imponerse. Siendo la preponderancia de uno u otro aspecto el que la dinámica social y política determine necesariamente.

Claus Roxin, a la luz de sus conocimientos, ilustra el nacimiento de esa historia en un análisis histórico de la teoría del delito:

4. Franz von Liszt nunca extrajo la consecuencia de que sea deseable que para la punibilidad se atienda, en vez de al hecho, a la forma de existencia o a la posición interna del autor (real o incluso sólo potencial). También él proponía “castigar al autor sólo por el hecho cometido por el mismo... Debo reconocer” opinaba, “que quizá lo consecuente con nuestra concepción sería atender solo a la actitud interna, y no tener que aguardar hasta el hecho; del mismo modo que el médico de la familia no espera hasta que aparezca la enfermedad, sino que trata de prevenirla”. Pero la verdad es que, por razones de salvaguarda de la libertad, no se acabó de decidir a dar ese paso. Es cierto que v. Liszt requería para los tipos legales de *lege ferenda* “la máxima diferenciación posible según la personalidad del autor o, dicho más exactamente, según los grados de intensidad de su actitud interna criminal”; **pero con ello no se ponía en tela de juicio que haya que seguir aferrándose al hecho concreto, sino que únicamente se desplazaba más el peso de la descripción del hecho hacia los motivos**, como posteriormente ha ocurrido con la introducción de un tipo privilegiado de hurto en situación de necesidad (...), ya exigida por Liszt, o con la nueva redacción del tipo de asesinato (...). **De todos modos, dichas diferenciaciones subjetivas ofrecen mayores posibilidades de tener en cuenta la personalidad del autor en la medición de la pena. Y efectivamente, en este punto resaltan de modo general los rasgos del Derecho penal de autor claramente en Liszt:** así exigía (al menos en principio) la introducción de “sentencias penales indeterminadas”, en las que la duración de su cumplimiento

dependería de que se alcanzara el fin de la pena; **y a ese respecto, la personalidad del autor habría de tener una importancia esencial tanto para la determinación como para el juicio sobre si se ha alcanzado el fin de la pena.** Sin embargo, la época posterior no nos ha traído la sentencia penal indeterminada, sino las medidas de seguridad (...); y entre ellas se preveía la custodia de seguridad (...), que supone una privación de libertad orientada hacia el autor y de duración indeterminada, y de modo general, **las medidas de seguridad son hasta la fecha las sanciones con mayor frecuencia al autor de nuestro Derecho penal**” (Roxin, 2007, p. 178).

Estas líneas cristalizan el origen y la expresión manifiesta de ambos aspectos y su momentánea imposición parcial en el proceso de la teoría del delito. Manifestándose una continua lucha por cuál de los dos va a prevalecer. Denotando la prevalencia del derecho penal de acto aunque con matices de un derecho penal de autor.

Otro jurista, el magistrado español de origen argentino, Enrique Bacigalupo, en su trabajo *Derecho penal - Parte general* (2016), indica, asimismo, esa contradicción:

La moderna “teoría” de la prevención especial se caracteriza por el desplazamiento del acento del derecho penal desde el hecho cometido al autor del mismo: “El punto de vista dominante -decía von Liszt en su famoso programa de Marburgo en 1882- determina la pena en relación a un hecho que parece no haber sido cometido por ningún autor...”. **“No es el concepto sino el autor lo que se debe sancionar”**. Esta, agregaba von Liszt, era la manera de concebir correctamente la pena retributiva, pues “Represión y prevención no constituyen oposición alguna” (p. 34).

Así es, se está ante la captación del preciso instante en que se manifiesta la acentuación del derecho penal de autor sobre el de acto, dentro de un mismo proceso, porque es así: existen en contradicción. Aunque, a fin de cuentas, se muestra nuevamente la postura, digamos “airosa”, del derecho penal de acto. De

todas formas, son los inicios, en contradicción, de ambas posiciones penales en pugna.

Sin embargo, cabe señalar que, cuando se hace referencia a la historia del derecho penal, a su origen, el citado jurista argentino, reseña acertada y contundentemente lo siguiente:

El derecho antiguo, nacido bajo la influencia de las teorías absolutas (...) no tenía a su cargo la prevención de los comportamientos delictivos futuros de quien había cometido un delito. Su función era la represión de los hechos punibles pasados, es decir, la retribución de la culpabilidad exteriorizada por el autor en el delito cometido. La peligrosidad futura del autor era ajena a sus preocupaciones. Desde finales del siglo XIX, el derecho penal extendió su ámbito de acción a la peligrosidad, para lo cual incorporó al sistema de consecuencias jurídicas del delito las medidas de seguridad. El sistema resultante (penas-medidas de seguridad) se llamó de "doble vía". (p. 47).

Al ser clarísima la precisión última, de acuerdo a la historia, no cabe sino establecer la siguiente reflexión: si el derecho penal surgió en la antigüedad como represión retributiva al hecho cometido, y la sanción centrada en el autor no es sino una elaboración posterior, es decir, contemporánea, y de un exceso criminalizador al preocuparse sobre todo por las motivaciones internas o las planificaciones previas del agente, no queda más que decir que éste último derecho penal constituye un retroceso, y no un desarrollo, en el proceso histórico del derecho penal. Puesto que criminaliza lo no realizado, sino lo que podría realizarse.

Por lo tanto, pasar de la sanción del hecho cometido (objetivo) a la sanción de intenciones futuras (subjetivo), incluso muchas veces no determinadas con la más mínima claridad, constituye una desnaturalización del origen del derecho penal y, más precisamente, del desarrollo del derecho penal y de su construcción teórica sistemática.

No obstante, el derecho penal de acto continúa en su pelea por subsistir en la hora actual y por, ante su sosyamiento, volver a mantenerse. Pero se le

hace difícil. Lográndolo en determinadas circunstancias, aunque muy relativamente. Pues, su contrario, avanza y se expande. Y avanza más cuando las necesidades político criminales así lo exigen y precisan. Haciéndolo tambalear y sometiéndolo a un estado de crisis que lo desplazan, cada vez más, a un segundo plano. Sobre todo, en momentos, como lo es hoy, de grave incremento de la criminalidad. Y es que en cuestiones fundamentales de la seguridad pública vienen prevaleciendo criterios sumamente abocados a la represión anticipada a modo de anticiparse a sucesos futuros.

Repaso a las escuelas

El *sistema clásico* (casualismo naturalista), de von Liszt y Beling, establece el nexo causal entre una acción humana desplegada y un resultado lesivo. Es decir, da suma prevalencia, a pesar de los criterios de Liszt sobre el autor, a la acción, como fase inicial del constructo del delito y, por ende, de la consecuente reacción punitiva del Estado. En el cual, se entiende, no habría sanción sin hecho cometido.

Pues la acción desplegada resulta ser la productora única y fundamental del resultado lesivo contra un determinado bien jurídico. Lo cual constituye un fundamento sólido de la ciencia penal más avanzada. No obstante, para esta escuela, los aspectos subjetivos (el dolo y la culpa) se ubican todavía en la culpabilidad. Lo cual genera un gran distanciamiento al momento de analizar los móviles o las razones que tuvo el autor al momento de ejecutar su acción.

El *sistema neoclásico*, cuya representante es Mezger, pero en su versión, digamos liberal, mantiene, asimismo, a la acción en el centro de la construcción sistemática del delito. Pero profundiza en su valoración, es decir, dirige su atención al análisis del hecho punible. Por lo que considera, desde ya, que en el injusto se manifiesta la subjetividad del autor. Con lo que realiza un aporte en la valoración del hecho. Lo cual constituye, según Claus Roxin, un cambio importantísimo en la evolución de la doctrina penal. Se va acercando al análisis del hecho, ejecutado por el autor, con el resultado, cuya visualización se observa en la ofensa al bien jurídico.

Sin embargo, el *sistema finalista*, fundado por Hans Welzel, es el generador de un cambio trascendental en el concepto de la acción, pues establece al acto humano desplegado como una manifestación externa de los deseos finalistas del autor, quien da rumbo definido a su conducta. O sea, que la acción de la persona está guiada por su conocimiento y voluntad de llevarla a cabo. Y, ubica, en esa lógica, al dolo y a la culpa en la esfera subjetiva del tipo penal. Construyendo su sistema en base a las denominadas estructuras lógicas-reales, es decir, en base a la realidad existente:

(...) el ámbito ontológico viene a ser el concepto de acción y sirve de base a la ciencia del Derecho penal. Dicho concepto no es causal sino final. (...) La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer final y no solamente causal. La acción vuelve a ser el eje central de la teoría del delito, operando esta vez, desde una óptica ontológica, es decir, de acuerdo a un fin. (Villavicencio, F. 2013, p. 244).

Dando así, el finalismo, un paso mayor en la comprensión sistemática del delito. Pues, su estructuración, brinda mejores herramientas técnicas para la aplicación de la norma penal. En el sentido que permite, desde el juicio de tipicidad, detectar cuál es el móvil o la causa del hecho materia de imputación penal. Lo que servirá a una mejor comprensión de la incriminación penal y a una posterior sanción –o no-, que pueda derivar de un juicio justo que conlleve, asimismo, a una decisión justa.

Claus Roxin y Günther Jakobs, cada uno desde diversas perspectivas, representan al sistema funcionalista.

Roxin se orienta en la dirección de que el derecho penal debe guiarse por la política criminal iluminada por los postulados del Estado de derecho:

El Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica. Si se estructura la teoría del delito en este sentido teológicamente, desaparecerán las objeciones que se formulan

contra la dogmática abstracto conceptual proveniente de los tiempos positivistas.
(Roxin, C. 2002, p. 101).

La teoría funcionalista de Roxin hace un gran esfuerzo en ligar al Derecho penal con la realidad social, penal y política, y sobre todo, garantiza el reconocimiento de los derechos y garantías de la persona humana. Y, asimismo, es muy congruente al formular la ligazón o interrelación necesarias entre la política criminal —*entiéndase como dirección política del Estado Constitucional de Derecho*— y el derecho penal. Ya que la política criminal debe ser establecida de acuerdo a su naturaleza social y democrática como Estado de derecho, en donde el ente jurídico fundamental es la persona humana y su dignidad.

Mientras que Jakobs sugiere la protección de la *identidad normativa de la sociedad* en base a que las expectativas cognitivas de un comportamiento personal deban ser fieles a lo establecido por la constitución civil y al Derecho. Y que, de no ser así, se quiebra la expectativa de un comportamiento ajustado a la norma jurídica y, en consecuencia, la persona, que defrauda la expectativa, pierde su status de ciudadano o condición de persona, pasando a ser considerado enemigo público del orden establecido. A quien se le debe intervenir en el estadio previo de un posible acto futuro:

Desde la perspectiva de la que aquí se parte, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad (Jakobs, G. 1996, p. 15).

La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas (p. 11).

La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse así misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo (...) Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación (...) el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. Y esto significa, al mismo tiempo, que con ello se representa la identidad no modificada de la sociedad (...) Sea como fuere, la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad; el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la sociedad cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el Derecho penal (...) Por consiguiente, existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho pena: cae pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social (...) Por lo tanto, por un lado, no se puede degradar al Derecho penal al papel de mero lacayo, pues es parte de la sociedad y, dicho de modo metafórico, debe tener un aspecto respetable aún a plena luz del día. Pero, por otro lado, el Derecho penal tampoco puede constituirse en la base de una revolución social; pues en cuanto ya no contribuya al mantenimiento de la configuración de la sociedad (aunque, desde luego, se trate de una configuración susceptible de

evolucionar), falta ya la base sobre la cual podría iniciarse con éxito una revolución. (pp. 18,19; 21, 22 y 24).

De esta manera, Jakobs invierte las finalidades del derecho penal más avanzado: ya no es el derecho penal la *última ratio*, sino la *prima ratio*, pues considera que el derecho penal no puede ser un mero lacayo o subordinado en los medios de control social. Ahora propone que con él se defienda la estructura normativa de la sociedad y sea preponderante; ya no es la persona humana y su dignidad lo centralmente establecido, sino la seguridad cognitiva lo central en la sociedad. Por lo que el derecho penal no debe proteger bienes jurídicos, sino las normas jurídicas que expresan en sentido estricto los intereses exclusivos de la política criminal.

Con este planteamiento funcionalista, Jakobs pone de relieve su concepción filosófica neopositivista de la sociedad –corpus de personas evolutivo-, pues la considera como un sistema de comunicación normativa simplemente, sin tomar en cuenta el proceso histórico de la sociedad, la estructura económica subyacente, las superestructuras ideológicas y políticas, los comportamientos sociales y culturales, etc., negando, en esencia, el real desenvolvimiento de la comunidad de hombres que, para subsistir material y espiritualmente, establecen, sin acuerdo mutuo, sino por la ubicación social en la producción y en la sociedad, determinadas relaciones humanas.

Es, pues, con esta construcción dogmática funcionalista que Jakobs da un giro completo a lo preestablecido: provocando una regresión cualitativa. Y, ¿por qué una regresión cualitativa? Porque retoma, en sus planteamientos, postulados estructurales de un derecho penal de autor que arrasa, a fin de ponderar la denominada seguridad cognitiva, los derechos y libertades de la persona humana.

Lo cual obstaculiza el desarrollo progresivo que debe continuar el Derecho penal garantista, a fin de colocarse, en un futuro, en el más mínimo rincón de los recursos represivos frente a las conductas antisociales que perturben la

convivencia social. Pues, mientras exista más desarrollo social y mejores condiciones de vida, menos sanción penal debiera haber.

Así, Jakobs sienta las bases iusfilosóficas, dogmáticas y técnicas para su ulterior Derecho penal del enemigo.

En síntesis, se aprecia que, del proceso de las escuelas jurídicas -salvo la de Jakobs-, el desarrollo de la teoría del delito ha estado yendo en dirección a una elaboración cada vez más didáctica y objetiva en pro de una correcta aplicación de la ley penal, es decir, a una teoría sistemática que se ajuste más a la realidad empírica y poniendo mayor énfasis en la conducta humana desplegada, acorde, claro está, al Estado Derecho y a los principios y garantías constitucionales que del mismo se derivan. En donde el tipo penal contiene, en su haber, el principio constitucional de legalidad penal –por la exigencia de la descripción clara y precisa de la conducta prohibida-, y, en esencia, la finalidad subjetiva de la conducta humana exteriorizada.

Lo cual constituye, en sentido estricto, un desarrollo valioso de la teoría del delito en base, sobre todo, a la concepción finalista y a los postulados de la política criminal de Claus Roxin. Sin embargo, en los últimos tiempos, hay un serio giro regresivo al respecto.

En consecuencia, siendo así el proceso de desarrollo de la teoría del delito, ¿puede significar un avance significativo la sanción anticipada de hechos no acontecidos? En absoluto.

A modo de reforzar lo expuesto, traemos a colación al profesor Carlos Parma, jurista argentino, quien en su obra *Derecho Penal Pasado Presente y Futuro* (2018), en breves líneas, da un cuadro detallado de la significancia conceptual de lo que en sí constituye la moderna teoría del delito para el Derecho penal:

La teoría del delito surge precisamente como reacción al llamado derecho penal de autor. En palabras simples la gente debía ser responsable por lo que hace y no por lo que es físicamente o lo que piensa.

Motivo de esta premisa, la teoría del delito intentará generar un instrumento práctico y efectivo para la “aplicación racional de la ley penal” fundando así el aporte más trascendente para la dogmática jurídico penal.

En esta inteligencia Bacigalupo dirá que la dogmática penal es una ciencia práctica que tiene la finalidad de servir a la realización racional de una determinada actividad del Estado regulada institucionalmente por el principio según el cual el órgano que aplica la ley no es competente para crearla.

La teoría del delito reúne en sí misma en un sistema orgánico los elementos que en base al Derecho positivo, pueden considerarse comunes a todo delito. (pp. 13,14)

El citado autor, al respecto, dibuja un colorario de definiciones acerca de lo que es el delito, en palabras de los más destacados penalistas:

Von Liszt entendió que: “El delito es un acto humano, culpable, contrario al Derecho (antijurídico) y sancionado con una pena”. Beling sostuvo: “El delito es la acción típica, antijurídica, culpable y subsumible bajo una sanción penal adecuada, y que satisfaga las condiciones de punibilidad”. Más acá en el tiempo Mayer dijo: “El delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable”.

La marca quedó plasmada con fuerza en todo el derrotero del derecho penal a través del tiempo, de ahí que no sea extraño ver como distintas opiniones atravesaron fronteras y tiempos y conservaron una matriz similar. Se puede observar y comparar la noción de DELITO asumida de manera técnica y secuencial: “Todo hecho, típico, antijurídico, culpable y punible” (Nuñez). “Acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal” (Soler). “Acción (manifestación de la personalidad), típica (“nullum crimen”), antijurídica (soluciones sociales de conflictos), culpable (necesidad de pena más cuestiones preventivas) y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad” (Roxin). “Es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causas de justificación), es contraria al orden jurídico (antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase

de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable)". (Zaffaroni).
"Hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable" (Mir Puig). "Es una infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" (Carrara).
"Es un hecho biológico producto de ciertas condiciones orgánicas y psicológicas de los individuos" (Lombroso) "conducta propia del hombre socialmente peligroso, producto de factores individuales, físicos y sociales" (Ferri).
"La conducta antisocial es todo aquel comportamiento humano que va en contra del bien común" (Rodríguez Manzanera). (p. 60).

En suma, la composición estructural y secuencial o sistemática del delito parte del hecho concreto, de la acción humana, de la conducta desplegada. Y es simplemente continuar con lo que viene desde el nacimiento del Derecho penal. Pues, sin una acción concreta materializada –desvalor de acción- no se puede ofender un bien jurídico, sea a través de una lesión o poniéndolo en peligro – desvalor de resultado-. Siendo esta una reflexión sustentada en el principio de legalidad constitucional y lesividad penales. Ante lo cual cabe tener en cuenta lo siguiente:

El Derecho penal es un *Derecho penal de acto* y no de autor

La distinción entre Derecho penal de acto y Derecho penal de autor no es solo una cuestión sistemática sino también, y fundamentalmente, política e ideológica. Solo el Derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente. El Derecho penal autor se basa en determinadas cualidades de la persona de las que ésta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso, no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales. Así, por ejemplo, es muy fácil describir en un tipo penal los actos constitutivos de un homicidio o de un hurto, pero es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un «homicida» o de un «ladrón». Por eso el Derecho penal de autor no permite limitar el Poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo.

De la concepción del Derecho penal como Derecho penal de acto se deduce que nunca pueden constituir delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto no se traduzcan en actos externos (...). (Conde, M. y García, 2010. p. 213).

En síntesis, el derecho penal del enemigo es, en sentido estricto, un derecho penal de autor, pues, al centrar en la persona y en sus cualidades particulares que la hacen “peligrosa”, su contenido y forma dogmática colisionan con los avances más destacados de la moderna estructura de la teoría del delito que se sustentan en el hecho cometido, por lo que su existencia en la dogmática penal contradice ese desarrollo. Constituyendo, por lo tanto, una regresión cualitativa en el proceso de desarrollo de la ciencia jurídica, y, particularmente, para el derecho penal:

El Derecho penal del enemigo como Derecho penal de autor

Como es sabido, el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo vulnera, así se afirma habitualmente en la discusión, en diversos puntos el principio del hecho. En la doctrina tradicional, el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un derecho penal orientado con base en la «actitud interna» del autor. Si se lleva este punto de partida coherentemente hasta las últimas consecuencias – mérito que corresponde a Jakobs-, queda claro que, en una sociedad moderna, con buenas razones funcionales, la esfera de intimidad adscrita al ciudadano no puede quedar limitada a los impulsos neuronales –algo más que los pensamientos son libres-. Esto se cristaliza en la necesidad estructural de un «hecho» como contenido central del tipo (Derecho penal del hecho en lugar del Derecho penal de acto).

Si se examina, ante este trasfondo –por ejemplo, en el Derecho penal español relativo al terrorismo después de las últimas modificaciones legislativas habidas- la amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación y tentativa,

entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista, difícilmente puede parecer exagerado hablar de un derecho penal de autor: mediante sucesivas ampliaciones de ha alcanzado un punto en el que «estar ahí» de algún modo, «formar parte» de alguna manera, «ser uno de ellos», aunque sólo sea en espíritu, es suficiente.

(...) [Ahora] esta segunda divergencia es, igual que lo que sucede respecto de la función de la pena que la produce, estructural: no es que haya un cumplimiento mejor o peor del principio del hecho –lo que ocurre en muchos otros ámbitos de «anticipación» de las barreras de punición-, sino que la regulación tiene desde un principio, una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos –los enemigos- más que en la definición de un «hecho». (Meliá, 2003, pp. 100, 101,102).

6. El idealismo funcionalista y el pragmatismo jakobsiano en y para la despersonalización del ciudadano y la aparición del enemigo

Jakobs inicia su sistema con la siguiente premisa:

Idéntica a la situación respecto del Derecho en sí mismo es la de las instituciones que crea y, especialmente, de la persona: si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal –determinados por derechos y deberes-, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo. De nuevo dicho con un ejemplo: a quien persistente delinque una y otra vez, siendo sus delitos más que bagatelas, se le impide, en cuanto a un individuo peligroso (aparte de la imposición de la pena), cometer ulteriores hechos, concretamente, a través de la custodia de seguridad. Hablando en términos kantianos: hay que separarse de quien no admite ser incluido bajo una constitución civil. (2003, p. 14).

Es indispensable para Jakobs, al construir su sistema, y a propósito de darle sustento, cobertura, solidez y fluidez, argumentar la pérdida de status de persona humana de quien, con su conducta, defrauda la expectativa de un comportamiento personal ajustado a Derecho, puesto que, de ese modo, erosiona, a su entender, la denominada seguridad cognitiva impuesta socialmente.

Pues, con ese argumento abre la puerta hacia la inocuización del individuo devenido en peligroso y justifica, a su vez, como consecuencia lógica, para él, un trato inhumano, desproporcionado y arbitrario. Al no ser parte ya de la configuración social funcionalista creada mentalmente por él.

Apreciación histórica

Desde una perspectiva histórica, y a la luz de la ciencia política, es necesario considerar que el argumento utilizado por Jakobs, sobre la pérdida de la condición de persona de determinados individuos, resulta, no cabe duda, un artilugio idealista de utilización pragmática para la construcción de su sistema. Ya que sin ese “fundamento” jamás hubiera podido sostener su invento. Puesto que lo emplea precisamente para darle inicio, comienzo y desarrollo.

Ya que, por lo visto, no encuentra ningún otro que pueda justificar la despersonalización del ciudadano. Es, no obstante, un argumento temerario, atrevido, pero grotesco ante la solvente concepción científica del desarrollo de la sociedad humana y de la política.

Jakobs, para cumplir la finalidad de su sistema, establece dos “realidades” fundamentales: **1)** construye una sociedad estructurada funcionalmente, es decir, sin desarrollo histórico y sin contradicciones sociales, y, **2)** las personas, los seres humanos ahí existentes, no son sino entes portadores de roles, deberes y derechos.

Y sobre esa base social, idealista por cierto, abstracta, crea las figuras dogmáticas de la seguridad cognitiva y de la expectativa de un comportamiento personal ajustado a derecho, la misma que, al desvanecerse, determina la inmediata aparición del individuo peligroso: el enemigo.

Sin embargo, y aquí es esgrime una crítica, que la sociedad humana no se desenvuelve a la manera jakobsiana, es decir, en una sociedad puramente evolutiva, sino en una constante lucha de intereses económicos, sociales y políticos. Como lo demuestra la historia.

Porque si es como sostiene el profesor de Bonn, no habrían entonces problemas hambruna, miseria, desocupación, explotación, pobreza y riqueza en manos de unos cuantos; tampoco guerras, guerras civiles, corrupción, conflictos ambientales y protestas sociales en el mundo.

Asimismo, no se habría arribado entonces a este momento de la sociedad humana, cual está signado por grandes procesos revolucionarios que la historia registra y son ineludibles.

Pues, y a decir verdad, si cada miembro de la sociedad cumpliera únicamente un rol, mecánica y funcionalistamente, la sociedad no se desarrollaría.

En todo caso, su planteamiento, de una sociedad evolutiva, o que ya no presenta mayor desarrollo en el tiempo, resulta ser muy similar, en el sentido de que se culmina un proceso, al de Hegel, cuando éste afirmó que el Estado Moderno es la realización suprema de la idea absoluta, es decir, que ya no habrá mayor desarrollo social: *“El Estado es la realidad de la Idea ética; es el espíritu ético en cuanto voluntad patente...”*. (Hegel., p. 212).

Por estas razones es que su propuesta dogmática le lleva a desdeñar el concepto jurídico de persona humana. Denotando, claro está, un sosyalamiento a su real connotación y significancia político-histórica. La persona humana resume el nuevo paradigma sobre el cual se levanta la sociedad moderna.

Y es que el concepto de persona ostenta una significancia histórica y política irrenunciable e ineludible por cuanto representa al hombre como ser humano, siendo su plasmación jurídica una consecuencia lógica de la lucha desplegada por la humanidad que, a través de un proceso de revoluciones liberales amen a la conquista del Poder por las burguesías revolucionarias contra el absolutismo feudal monárquico, estampan a la persona humana en la cumbre

de la sociedad, como portador, intrínsecamente, de derechos fundamentales inalienables e irrenunciables. Reflejando el triunfo de la Burguesía.

Lo que se trasluce e puede interpretarse de La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Donde, si bien se establece que puede darse un trato desigual por determinadas circunstancias –lo cual es discutible, por el trasfondo que ello provoca-, no formula, en ninguno de sus artículos, que se niegue la condición de persona a determinados ciudadanos. En ninguna de sus normas se aprecia ello.

En ese sentido, resulta absurdo que, tras la denominada defraudación de la seguridad cognitiva –creada idealistamente por Jakobs-, se pretenda arrebatar a determinados ciudadanos, por sus cualidades personales, una condición sociopolítica y jurídica que fuera conquistada históricamente. Y que corresponde, como etapa social determinada, al proceso de desarrollo de la sociedad humana en general y, dentro de esta, al propio derecho constitucional y penal.

Actualmente, esta conquista es la manifestación formal más acabada que pueda existir sobre el ser humano en la tierra. Así como es la fuente iusfundamental de los derechos humanos, cuya creación conceptual jurídica superior es actualmente, por desarrollo hermenéutico, el principio *pro homine*, que la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos viene desarrollando.

Por lo tanto, no es admisible, que al antojo del sistema idealista de Jakobs, se niegue, por su “peligrosidad”, la condición de persona humana a determinados ciudadanos ante la sociedad. Porque, además, la condición de persona no es la simple máscara de quien porta un rol social, como lo entiende y quiere hacer creer Jakobs, sino la composición jurídica de un ser que se desenvuelve en medio de relaciones sociales y políticas.

Ahora, es necesario precisar, para mejor entender, que las causas de la criminalidad no se encuentran en las características físicas o en las intenciones internas de las personas, sino en las entrañas mismas de la sociedad. La cual está contiene varias realidades: económica, política, social e ideológica, en medio de un cúmulo de intereses sociales en pugna.

Entonces, ¿qué puede solucionar el derecho penal del enemigo al respecto? Nada. En consecuencia, únicamente empleado para sancionar preventivamente a determinados ciudadanos que son considerados peligrosos por la política criminal.

En síntesis, la negación de la condición de persona humana resulta una posición jurídico-política dogmática sin respaldo ni asidero histórico. Por cuanto el proceso histórico de la sociedad humana se dirige en un camino hacia adelante, en medio, claro está, de aparentes vueltas al pasado o de retrocesos relativos que, a fin de cuentas, son parte constitutiva también de su propio desarrollo superior absoluto cualitativo, pero hacia mayores progresos venideros que la humanidad necesita y demanda.

Siendo así, entonces, el derecho penal del enemigo resulta ser la representación máxima de un derecho penal propio de una sociedad en crisis, en donde, a fin de proteger determinados intereses económicos y políticos, se niegan principios fundamentales, al ser humano, que antaño iluminaron su desarrollo social. Lo cual demuestra que los Estados occidentales, levantados sobre principios revolucionarios siglos atrás hoy los abandonan y niegan irreparablemente.

Constituyendo el argumento de Jakobs, maquillado de novísimo, la regresión a épocas antiquísimas ya superadas, como por ejemplo, a la antigua Roma, en donde el esclavo no era considerado ser humano.

Finalmente, es imperativo recordar que Jakobs se sustenta iusfilosóficamente en los teóricos del contrato social, y es de recordar también que esos planteamientos, vistos en su contexto histórico, sirvieron de base teórica a las revoluciones burguesas y a la organización política del Estado y la sociedad. Por lo tanto, fueron en su momento planteamientos progresistas y revolucionarios. Aunque ahora, esos puntos de vista, acerca del contrato social, devienen igualmente en idealistas, puesto que, en la sociedad humana, no existe ningún acuerdo intersubjetivo, voluntario, entre quienes la integran. Toda vez que la verdadera razón nuclear que la dinamiza no es, valga la redundancia, el acuerdo de voluntades, sino la confrontación de intereses contrapuestos que

surgen de la economía y que culminan en la política, al ser ésta, en palabras de Lenin, la expresión concentrada de la economía.

7. Perspectiva

Ciertamente, el derecho penal de garantías sufre una grave crisis. Y es que a pesar de los incesantes esfuerzos que sus propulsores despliegan a nivel internacional en el propósito de ponderarlo y contener, a su vez, el avance del derecho penal del enemigo, se observa que, por necesidades político-criminales de los Estados, y ante la actual crisis social que se agudiza, termina legitimándose sólidamente en los sistemas penales con la aparición de nuevas leyes penales con estrictas características del enemigo.

El derecho penal del enemigo en el sistema penal peruano

Las Altas Cortes del país afirman que en el Perú no se aplica el derecho penal del enemigo. Incluso, en algunos de sus fallos, niegan tajantemente cualquier posibilidad al respecto destilando frases de cómo se ocurre pensar que un derecho penal de esa índole pueda estar aplicándose en el Perú. Pues, eso es inadmisibles por el ordenamiento jurídico:

El Tribunal Constitucional del Perú, en su STC N° 0014-2006-PI/TC, dice: En sentencia (STC 0003-2005-PI/TC, fundamentos 16,17), este colegiado ha precisado que: "(...) la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de la pena aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos no cabe otra alternativa más que su total eliminación".

Prosigue: “Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco, en modo alguno, que el derecho penal constitucional se convierta en un derecho penal “simbólico”, sino que debe responder severa y eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales -que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger, de conformidad con el artículo 44° de la Constitución- aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. (Fundamentos 4 y 5).

La Sala Penal de la Corte Suprema de la República del Perú, en el Recurso de Nulidad N° 5385-2006 – Lima, señala:

Tercero. (...) que, de acuerdo a la definición de Günther Jakobs, se caracteriza por la concurrencia de tres elementos:

- a. Adelantamiento sustancial de la punibilidad prevaleciendo la función prospectiva (hecho futuro), sobre la retrospectiva (hecho cometido) del derecho penal;
- b. Desproporción de las penas conminadas y concretas en contra del procesado, sin posibilidad de reducción de la pena por la anticipación de la punición; y
- c. Reducción o supresión de las garantías procesales.

Ahora bien, de las características glosadas puede afirmarse entonces que la esencia del concepto del derecho penal del enemigo radica en el hecho que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos; esto es, el Estado desde esta perspectiva no trata con ciudadanos sino con enemigos.

(...) El Estado democrático ejerce su potestad punitiva teniendo en cuenta que las personas, independientemente de la gravedad de los hechos cometidos, deben ser considerados en un plano de igualdad; tratamiento que consolida además la legitimidad secundaria del Estado para ratificar la vigencia de la norma penal con la sanción efectiva

de los responsables de los actos delictivos. Es inadmisibile que en un Estado de Derecho, como el proclamado constitucionalmente, se acepte la posibilidad de apostasías de la noción de ciudadano.

El derecho penal del enemigo en la normatividad sustantiva

Aplicación y expansión: de la legislación antsubversiva a la legislación de la criminalidad común

Es, como se advierte desde un inicio, primacía de la presente investigación el hallazgo material de normas penales que impliquen la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico.

Siendo así, tenemos que:

En marzo de 1981 el Estado promulga el Decreto Legislativo N° 046. Con ese dispositivo legal se introduce, en el ordenamiento penal peruano, por primera vez, el delito de pertenencia o de asociatividad a organizaciones terroristas.

Artículo 5.- El que formare parte de una organización o banda integrada por tres o más personas, que contare entre sus medios con la utilización del terrorismo para el logro de sus fines mediatos o inmediatos, cualesquiera que sean, será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la organización, con penitenciaría no menor de dos años ni mayor de cuatro.

Como puede apreciarse, se condena el sólo hecho de integrar una organización terrorista. No siendo necesaria la consumación o la tentativa de una acción ilícita previa que haya ofendido un bien jurídico. Basta solamente la mera integración.

El fin teleológico, de lo visto, es la prevención de hechos en el futuro. Lo cual no deja de ser sino un tipo penal de autor por la sencilla razón de centrarse

en las cualidades personales del sujeto activo, y no por lo que éste haya realizado en la realidad.

Cumpléndose a cabalidad lo establecido por el derecho penal del enemigo respecto a que se sanciona, no el hecho cometido, sino lo que un sujeto podría realizar en el futuro. De ahí su carácter prospectivo.

Sigamos: en marzo de 1987 se deroga el Decreto Legislativo 046 por la Ley N° 24651, la que incorpora los delitos de terrorismo al Código Penal de 1924, vigente en aquel entonces. El tipo penal de pertenencia sufre una leve modificación en su descripción típica, manteniendo la esencia típica, y en el quantum de la penalidad abstracta:

Artículo 288 B. La pena será:

- a. De penitenciaria no menor de dieciocho años, si el agente perteneciera a una organización o banda que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utilice como medio el delito de terrorismo, tipificado en el artículo 288 A.

En 1991 se dicta un Nuevo Código Penal. Donde se mantienen, en el capítulo II, las disposiciones legales contra el delito de terrorismo. El cual es derogado por el Decreto Ley 25475 en mayo de 1992.

Bien, de este nuevo corpus punitivo, lo más importante y relevante a destacar es la creación e incorporación del delito -contra la seguridad pública- de Asociación Ilícita, el cual se norma en el artículo 317°.

Agrupación ilícita

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

Se observa, sin duda, una construcción similar, en contenido y forma, a la descripción de lo enunciado en el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 046, resaltándose la frase que indica: **“por el solo hecho de ser miembro de la...”**. Cuyo contenido esencial, no es otro, que la criminalización en el estadio previo

a la lesión de bien jurídico. Vale decir, nuevamente: la anticipación punitiva de la comisión de delitos futuros. Y, véase bien, ya no para el combate al delito de terrorismo, sino para la lucha contra la criminalidad común.

De forma tal que el Estado peruano da un giro en su política criminal y comienza a aplicar criterios y tipos legales empleados en la legislación antiterrorista en la lucha contra la criminalidad común. Expandiendo el derecho penal del enemigo a otros campos de la represión punitiva.

En abril de 1992, el presidente de la república, Alberto Fujimori, da un autogolpe de Estado y asume la conducción del Poder con el Ejecutivo en la dirección del gobierno.

En mayo de ese año, el gobierno promulga el Decreto Ley N° 25475, vigente a la fecha. En cuyo artículo 5° establece el tipo penal de pertenencia a una organización terrorista, con la siguiente descripción:

Artículo 5.- Los que forman parte de una organización terrorista, por el solo hecho de pertenecer a ella, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de veinte años e inhabilitación posterior por el término que se establezca en la sentencia.

Se mantiene el elemento descriptivo de: **“por el solo hecho de pertenecer a...”**. Y se incrementa, se vuelve más drástica, la penalidad abstracta, incrementada a una pena no menor de veinte años privativos de la libertad.

Se continúa, de esta manera, con la aplicación del derecho penal del enemigo en el ámbito de la penalización al terrorismo aunado al del delito común. Es decir, que a partir de los años 90 se expande, en el sistema penal peruano, la aplicación de tipos penales que criminalización el estadio previo a la comisión de un delito.

Ahora bien, volviendo al análisis del artículo 317° del Código Penal, se aprecia que, mediante la Ley N° 28355 del 2004, sufre una modificatoria interesante al introducirse el elemento normativo de Organización. Lo cual es importante para una mayor comprensión del concepto a la luz de los postulados de Jakobs:

Artículo 317°. Organización ilícita

El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido **por el solo hecho de ser miembro de la misma**, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

En esa línea de cambios en la política criminal, y a fin de adecuarse, los mismos, a los criterios dogmáticos del enemigo, el referido tipo penal sufre nuevas modificaciones hasta alcanzar, a la fecha, una configuración tipológica más precisa. El Decreto Legislativo N° 1244, de octubre 2016, modifica el tipo penal y lo establece como delito de Organización Criminal, incrementándole, asimismo, la penalidad abstracta e incorpora en su haber, inclusive, una agravante cualificada:

Artículo 317°. Organización Criminal

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

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

Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal.

Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

En esencia, se continúa la punición a la pertenencia de una organización delictiva por el solo hecho de pertenecer a ella, reprimiéndose, en su estricta

lógica, la comisión futura de delitos. Lo que se extrae de la propia Exposición de Motivos del referido decreto Legislativo:

DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 317 DEL CÓDIGO PENAL

Respecto al artículo 317, se propone reformarlo estableciendo el tipo penal de organización criminal con la finalidad que sea concordante con la definición de la Ley del Crimen Organizado.

Esta modificación recoge los aspectos que la doctrina penal moderna ha desarrollado sobre la definición de crimen organizado, asimismo, esta figura coadyuvaría a sancionar los actos preparatorios de las organizaciones y evitar que sean considerados como tentativa y consiguientemente la pena impuesta menor. De esta manera, por **el solo hecho de pertenecer a la organización criminal** que tenga las características descritas en el tipo penal será sancionable.

(...) El delito de asociación para delinquir tiene una función política criminal de naturaleza preventiva por su misma condición de delito de preparación, al facilitar el castigo a aquellos que no han llegado a delinquir, pero que se han agrupado para tal fin.

Se aprecia, además de lo señalado supra, que el actual tipo penal de organización criminal es muy abierto, genérico y sobrecriminalizador, pues está atiborrado de “conductas” o de “verbos rectores” que en la praxis no implican la materialización concreta de una acción material ilícita objetiva.

Cumpléndose, además, con la segunda característica del derecho penal del enemigo: el incremento de la penalidad, pues la pena abstracta es incrementada al doble. Asimismo contiene una circunstancia cualificada agravante para quienes son líderes o dirigentes de una organización criminal.

Lo cual no es sino una construcción similar a la que está en el tipo penal autónomo del artículo 3. a). del Decreto Ley N° 25475. El que reprime, con cadena perpetua, a quien es líder o dirigente nacional de una organización terrorista. Siguiéndose, de esta manera, con la misma aplicación en ambos ámbitos de represión penal, y cada vez más y mejor elaborada.

En ese sentido, la legitimidad del derecho penal del enemigo se fortalece y consolida. Tal es así que en diciembre de 2017 la Sala Penal Nacional y los Juzgados Penales Nacionales, a modo de ir estableciendo pautas jurisprudenciales, decretan el Primer Pleno Jurisdiccional 2017 (Acuerdo Plenario) para sentar los cinco presupuestos que configuran el tipo objetivo del delito de Organización Criminal, el cual no hace sino demostrar nuestra línea de argumentación sobre la existencia y expansión de estas nuevas figuras delictivas.

Los cinco elementos son, y repárese bien en el tercero:

1. Elemento personal: que la organización esté integrada por tres o más personas.
2. Elemento temporal: El carácter estable o permanente de la organización criminal.
3. **Elemento teleológico: Corresponde al desarrollo futuro de un programa criminal.**
4. Elemento funcional: la designación o reparto de roles de los integrantes de la organización criminal.
5. Elemento estructural: como elemento normativo que engarza y articula todos los componentes.

Aun así, continúan problemas hermenéuticos que puedan efectivizar una correcta interpretación del tipo penal respectivo. De tal manera, que la Corte Suprema de Justicia emite el Acuerdo Plenario N° 08-2019 donde sienta las pautas interpretativas sobre lo que es organización criminal y banda criminal:

8.- La regulación de delitos de organización criminal no ha sido homogénea en el contexto internacional a pesar de que la mayoría de Estados y legislaciones han buscado adaptar sus normas a las propuestas emergentes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional [Cfr.: PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR ROBERTO: Lavado de Activos y Organizaciones Criminales en el Perú, IDEMSA, Lima, 2019, pp. 275-306]. **En el caso peruano la situación normativa no ha sido ajena a todas esas variantes y dilemas técnicos o hermenéuticos.** Es así que la legislación penal vigente contiene hasta cuatro clases de preceptos que hacen

referencia directa o indirecta a la delincuencia organizada. Sobre todo, a la criminalización de delitos de organización criminal y al tratamiento penal que debe aplicarse a los delitos cometidos desde una organización criminal. En efecto, en primer lugar, está el delito de organización criminal tipificado en el artículo 317 del Código Penal, el cual ha sido **construido como un tipo penal autónomo, de peligro abstracto, que sanciona los actos de constituir, organizar, promover o integrar una organización de tres o más personas destinada a cometer delitos**. A esta disposición legal se le agregó, en segundo lugar, con el Decreto Legislativo 1244, de 27 de octubre de 2016, otro tipo penal contenido en el artículo 317-B para reprimir un inédito delito de banda criminal, y que se regula de manera subsidiaria o alterna al delito de organización criminal.

9.- Además, en el Código Penal de mil novecientos noventa y uno igualmente se incluyeron circunstancias agravantes específicas que operan con la comisión de diferentes delitos realizados desde una organización criminal. Estas agravantes toman en cuenta, para su configuración y eficacia punitiva, que la realización de tales hechos punibles haya sido ejecutada por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización criminal. Ello ocurre, por ejemplo, en los artículos 186, párrafo segundo, inciso 2 (delitos de hurto); 189, párrafo in fine (delitos de robo); 297, inciso 6 (delito de tráfico ilícito de drogas); 10, inciso e, de la Ley 28008 (delitos aduaneros) y 4, inciso 2, del Decreto Legislativo 1106 (delitos de lavado de activos).

Y, finalmente, también se identifica en el artículo 2 de la Ley 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado, una noción legal dirigida a caracterizar los componentes normativos que sirven para identificar la existencia de una organización criminal, destacando la necesidad de que ella este compuesta por “tres o más personas”. Cabe precisar que se trata estrictamente de un concepto meramente operativo, que no desarrolla un tipo penal, ni integra o limita el tipo penal artículo 317 del Código Penal -este último no es una ley penal en blanco-. Es más, la función de la Ley 30077 es **(i)** delimitar la competencia objetiva de una jurisdicción especializada (Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios) y **(ii)** establecer un régimen procesal especial para la investigación y el Juzgamiento de organizaciones criminales

que cometan los delitos a los que alude el artículo 3 de la citada Ley. De igual forma, instituye solo para tales hechos punibles, algunas consecuencias jurídicas, también especiales, que se consignan en los artículos 22 y 23 de esta Ley.

10.- Esta difusa pluralidad de disposiciones legales, dirigidas a regular la relevancia penal de las organizaciones criminales y de su actividad delictiva, ha promovido también un interés criminológico y dogmático dirigido a establecer y explicar las funciones y diferencias que subyacen entre todas ellas. Esto es, delimitar con meridiana precisión cuáles son sus características, sus efectos y sus componentes normativos.

Es patente la problemática habida en torno al delito de organización criminal. Y es que, desde una perspectiva constitucional y de un análisis crítico de esa normativa, se manifiesta, de lo visto, una complicación, para los máximos intérpretes de la ley penal, el adecuar, dentro del sistema punitivo sustentado en el principio de legalidad y lesividad, un tipo penal de estricta cualidad de autor.

Y es que, al decir Zaffaroni, con las regulaciones del derecho penal del enemigo se produce una “cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos penales de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto)”. (2018, p. 15).

Otros tipos penales de derecho penal del enemigo

La Conspiración

La conspiración delictiva no es más que la ideación determinativa o, en algunos casos, la preparación de un delito futuro. Que en otras circunstancias implica el acuerdo de voluntades o la decisión común de un hecho punible futuro que podría ser perpetrado en coautoría.

Es, en simples palabras, el ponerse de acuerdo para perpetrar un delito, más no la realización de una acción contra un bien jurídico tutelado. No se

encuentra, si quiera, en la fase del inicio o de la tentativa para cometer un delito de acuerdo al *iter criminis*.

No obstante, se la pretende justificar tras urgentes necesidades de política criminal, cuya finalidad es, para los que diseñan la política criminal, la preservación de bienes jurídicos de interés supremo para la sociedad. Lo que no muda, en modo alguno, la esencia de ser un tipo penal que criminaliza en forma anticipada la planeación de un delito.

Es de advertir, que aparecen, primero, los delitos de conspiración contra el Estado. Para posteriormente expandirse a los delitos contra particulares. Cumpliéndose con lo que dijera Jakobs respecto a que el derecho penal del enemigo se concretiza en los delitos de *“incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir...)”*.

Se tienen, al momento actual, en la legislación penal peruana, cuatro tipos penales de conspiración:

➤ **Artículo 349° del Código Penal.**

El que toma parte de una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar.

➤ **Artículo 296°, cuarto párrafo, del Código Penal.**

El que toma parte de una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días multa.

➤ **Artículo 6°-B del Decreto Ley 25475.**

Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 15 años ni mayor de 20 años, **quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo**, en cualquiera de sus modalidades.

➤ **Artículo 108°-D del Código Penal.**

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años:

Quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato.

Quien solicita u ofrece a otros, cometer el delito de sicariato o actúa como intermediario.

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años, si las conductas antes descritas se realizan con la intervención de un menor de edad u otro inimputable.

Asimismo, se tiene otros tipos penales que reprimen la planeación delictiva o los actos preparatorios de un futuro delito:

➤ **Artículo 317°-A del Código Penal.**

Delito de marcaje y reglaje

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis **el que para cometer o facilitar la comisión** de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, **acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.**

1. La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años cuando el agente:
2. Es funcionario o servidor público y aprovecha su cargo para la comisión del delito.
3. Mantiene o mantuvo vínculo laboral con la víctima u otro vínculo que la impulse a esta última a depositar confianza en el agente.
4. Utilice a un menor de edad
5. Labora, pertenece o está vinculado a una empresa del sistema financiero y, por razón de su cargo u oficio, tiene conocimiento de los ingresos económicos, operaciones bancarias u otros datos sobre el patrimonio de la víctima.

6. Actúa en condición de integrante de una organización criminal.

➤ **Artículo 317°-B del Código Penal.**

Delito de Banda Criminal.-

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

➤ **Artículo 368°-D, segundo párrafo, del Código Penal.**

Delito de posesión indebida de celulares en prisión.-

(...) **Si el agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado,** la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años.

➤ **Artículo 4°-A del Decreto Ley 25475.**

Delito de Financiamiento al terrorismo.

El que por cualquier medio, directa o indirectamente, al interior o fuera del territorio nacional, **voluntariamente provea, aporte o recolecte medios, fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos o de cualquier naturaleza, sean de origen lícito o ilícito, con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos previstos en este decreto ley,** cualquiera de los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte, la realización de los fines o asegurar la existencia de un grupo terrorista o terroristas individuales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años si **el agente ofrece u otorga recompensa por la comisión de un acto terrorista o tiene la calidad de funcionario o servidor público.** En este último caso, además, se

impondrá la inhabilitación prevista de los incisos 1, 2, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Los tipos penales citados revelan, con suma claridad, la aplicación de la criminalización previa del derecho penal del enemigo, porque sancionan supuestos que se encuentran en etapas muy anteriores a lo que podría ser la comisión dolosa de un delito. O sea, que están en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. De tal forma que están contruidos, para ese fin, sin la exigencia necesaria del despliegue de una acción humana concreta que pueda activar recién la intervención de la persecución penal, de acuerdo a lo que dicta el principio de lesividad penal.

En esta línea de reflexión, estos tipos penales, partiendo de la Constitución Política, colisionan con el principio constitucional de legalidad penal toda vez que no reprimen conductas concretas y específicas del ser humano, sino lo que éste podría realizar en y para el futuro, o por coadyuvar a la comisión de un delito futuro, en el caso del que participa en el delito de sicariato. De tal forma que no importa si se logra consumir el homicidio, basta, para sancionar, si se acuerda previamente asesinar a una persona.

Siendo así, colisionan y vulneran con el principio de presunción de inocencia, en tanto que reprimen lo no realizado, lo no concretado, lo no objetivado, materialmente hablando. De tanto que, cabe preguntar, ¿cómo puede declararse culpable o responsable penalmente a una persona, cuando no concreta o exterioriza un acto delictivo?

Vulnera, además, al diferenciar los tipos penales, el principio de igualdad ante la ley y en la aplicación del derecho.

Así también, desde la perspectiva penal, los referidos tipos penales desconocen el principio-garantía de lesividad penal, el cual exige la necesaria lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que motive la aplicación de una sanción penal. Y el de culpabilidad, puesto que es imposible que exista relación de causalidad entre autor y resultado cuando no hay hecho alguno acaecido en la realidad que muestre un resultado lesivo que pueda ser imputado a su autor.

¿Cómo se puede establecer la relación de causalidad entre autor y hecho si no hay hecho? No hay manera alguna.

Inclusive, van más allá del principio de prohibición de la responsabilidad objetiva, que prohíbe la responsabilidad y sanción penal de quien despliega una acción, pero sin la concurrencia de dolo ni culpa, puesto que lo fortuito no puede sancionarse en modo alguno.

Situación objetiva que revela la existencia de un derecho penal distinto y opuesto a los principios preceptuados en el Título Preliminar del Código Penal de 1991, donde están los fundamentos y garantías generales del sistema punitivo peruano. Creándose, en la praxis, un derecho penal paralelo, y en permanente y continua legitimación por parte del Estado peruano.

Normas procesales de derecho penal del enemigo

Al respecto, sobre la ley procesal del enemigo, Jakobs refiere:

En el Derecho procesal penal de nuevo aparece esta polarización; es fuerte la tentación de decir: evidentemente. Aquí no es posible exponer esto con profundidad; al menos, se llevará a cabo un esbozo. El imputado, por un lado, es una persona que participa, que se le suele denominar «sujeto procesal»; es esto precisamente lo que lo distingue al proceso reformado del proceso inquisitorio. Han de mencionarse, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial, el derecho a solicitar la práctica de pruebas, de asistir a interrogatorios y, especialmente, a no ser ni engañado, ni coaccionado, ni sometido a determinadas tentaciones (§ 136 a StPO).

Por otra parte, frente a ese lado personal, de sujeto procesal, aparece en múltiples formas la desnuda coacción, sobre todo en la prisión preventiva (§§ 112, 112 a StPO); igual que la custodia de seguridad, ésta tampoco significa nada para el imputado, sino que frente a él se agota en una coacción física. Y no porque el imputado deba asistir al proceso –también participa en el proceso una *persona* imputada, y por convicción- sino porque es obligado a ello mediante su encarcelamiento. **Esta coacción no se dirige contra las personas en Derecho**

–ésta ni oculta pruebas ni huye-, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida como enemigo. La situación es idéntica respecto de cualquier coacción a una intervención, por ejemplo, a una extracción de sangre (§ 81 a StPO), así como respecto de aquellas medidas de supervisión de las que el imputado nada sabe en el momento de su ejecución porque las medidas sólo funcionan mientras el imputado no las conozca. En este sentido, hay que mencionar **la intervención de las telecomunicaciones** (§ 100 a StPO), otras **investigaciones secretas** (§ 100 c StPO) y la **intervención de investigadores encubiertos** (§ 110 a StPO). Al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: **el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado.**

De nuevo, al igual que en el Derecho material, **las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas.** En este contexto, puede bastar una referencia a la incomunicación, es decir, a **la eliminación de la posibilidad de entrar en contacto un preso con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de una persona** (§§ 31 y ss. EGGVG). (Jakobs, G. 2003, pp. 43, 44, 45 y 46).

Ahora, inclusive, desde la propia Constitución Política del Perú (artículo 2, numeral 24, inciso f, párrafo segundo), empieza a preceptuarse un trato legal diferenciado:

Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro del **plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia.**

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por las organizaciones criminales. En tales casos las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados **por un término no mayor de quince días naturales.** Deben dar cuenta al Ministerio Público y al Juez quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

Esta diferenciación se legitima aun cuando la Constitución Política del Perú se erige como la norma suprema del Estado. En donde están, además de la organización política del Poder, los derechos subjetivos fundamentales de la persona, el respeto de su dignidad, los principios y garantías a su favor. Situación que entraña en sí una contradicción insalvable. Y que merece destacarse.

Se evidencia, pues, un trato diferenciado. En tanto que, mientras para unos la detención policial tiene un plazo de cuarenta y ocho horas; para otros, el límite máximo es de quince días. Trato normativo excluyente que vulnera el principio-derecho subjetivo fundamental de igualdad en directa relación subordinada al principio de superior de dignidad de la persona humana. Pero que la jurisprudencia constitucional justifica tras que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos.

El Tribunal Constitucional del Perú (STC Exp. N° 03525-2011-PA/TC) señala al respecto:

(...) Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentran en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Sin embargo, igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación

de los poderes públicos. **Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia en el trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables (STC 00009-2007-PI/TC, fundamento 20).**

Lo que se legitima en tanto que, para el Tribunal Constitucional, existan “razones objetivas y razonables”. Lo cual puede ser, en cierta medida, entendible. Sin embargo, el problema se presenta cuando, a partir de un fundamento así establecido por el órgano máximo de control de la Constitución, se da origen, se continúa y se extiende esa diferenciación a otros sectores del ordenamiento jurídico construyendo tratos desiguales a mayor escala, que terminan, y es lo que se evidencia, en un derecho penal, procesal penal y de ejecución penal destinado para un determinado grupo de “individuos”, y que, sin reparo alguno, culminan en la aplicación de un derecho penal para “enemigos”.

Veamos, ahora, las siguientes normas procesales:

Decreto Ley 25475.- Ley Especial Contra el Terrorismo

El Decreto Ley 25475 es la norma fundamental antiterrorista. Sus artículos procesales enuncian:

Artículo 12.- Normas para la investigación. **En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía Nacional del Perú observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes:**

- a. Asumir la investigación policial de los delitos de terrorismo a nivel nacional, **disponiendo que su personal intervenga sin ninguna restricción que estuviere prevista en sus reglamentos institucionales.** En los lugares que no exista dependencia de la Policía Nacional del Perú, la captura y detención de los implicados en estos delitos corresponderá a las Fuerzas Armadas, quienes los pondrán de inmediato a disposición de la dependencia policial más cercana para las investigaciones a que hubiere lugar.
- b. Cautelar la defensa de la legalidad, el respeto a los derechos humanos y a los tratados y convenios internacionales. En tal sentido, durante esta etapa de la investigación se solicitará la presencia de un representante del Ministerio Público.
- c. **Efectuar la detención de presuntos implicados, por el término no mayor de quince días naturales,** dando cuenta en el plazo de veinticuatro horas por escrito al Ministerio Público y al Juez Penal, correspondiente.
- d. Cuando las circunstancias lo requieran y la complejidad de las investigaciones así lo exija, para el mejor esclarecimiento de los hechos que son materia de investigación, podrá disponer la **incomunicación absoluta de los detenidos hasta por el máximo de ley,** con conocimiento del Ministerio Público y de la autoridad jurisdiccional respectiva. (*) (*) Inciso declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002AI-TC LIMA, publicado el 04-01-2003.
- e. **Disponer, cuando fuere necesario, el traslado del o de los detenidos para el mejor esclarecimiento de los hechos que son materia de investigación. Igual procedimiento se seguirá como medida de seguridad cuando el detenido evidencie peligrosidad.** En ambos casos con conocimiento del Fiscal Provincial y del Juez Penal respectivo.
- f. Los encausados tienen derecho a designar su abogado defensor, el mismo que sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación en presencia del representante del Ministerio Público. Si no lo hicieren, la autoridad policial les asignará uno de oficio, que será proporcionado por el Ministerio de Justicia.

Artículo 13.- Normas para la instrucción y el juicio. Para la Instrucción y el Juicio de los delitos de terrorismo a que se refiere el presente Decreto Ley, se observarán las siguientes reglas:

a. Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal, **quien dictará el Auto Apertorio de Instrucción con orden de detención, en el plazo de veinticuatro horas**, adoptándose las necesarias medidas de seguridad. **Durante la Instrucción no procede, sin excepción alguna, ningún tipo de libertad. Asimismo, las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones y cualquier otra articulación se resolverán en el principal con la sentencia.** (*) (*) Inciso modificado por el

Artículo 3 de la Ley N° 26248, publicada el 25-11-93, cuyo texto es el siguiente:

"a) Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal, quien dictará el Auto Apertorio de Instrucción con orden de detención, en el plazo de veinticuatro horas, adoptándose las necesarias medidas de seguridad. **Durante la instrucción no procede ningún tipo de libertad, con excepción de la Libertad Incondicional.**

Si el Juez Penal, de oficio o a pedido del inculpado dicta Libertad Incondicional, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 201 del Código de Procedimientos Penales, la Resolución será elevada en consulta. La excarcelación no se producirá mientras no se absuelva la consulta".

b. La Instrucción concluirá en el término de treinta días naturales prorrogables por veinte días naturales adicionales, cuando por el número de inculpados o por no haberse podido actuar pruebas consideradas sustanciales por el Ministerio Público, fuera necesario hacerlo.

c. En la Instrucción y en el Juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial.

d. Concluida la Instrucción el expediente será elevado al Presidente de la Corte respectiva, el mismo que remitirá lo actuado al Fiscal Superior Decano; quien a su vez designará al Fiscal Superior que debe formular su acusación en el plazo de tres días, bajo responsabilidad.

e. Devueltos los autos con el Dictamen Acusatorio, el Presidente de la Corte Superior procederá a designar a los integrantes de la Sala Especializada para el juzgamiento, de entre todos los Vocales del Distrito Judicial, en forma rotativa y secreta, bajo responsabilidad.

f. Iniciado el Juicio, éste se sustanciará en audiencias privadas diarias y consecutivas hasta su conclusión dentro del término máximo de quince días naturales, en que emitirá la sentencia siguiendo las reglas del Libro Tercero del Código de Procedimientos Penales, en cuanto sea aplicable.

g. Si se concede Recurso de Nulidad, los autos serán remitidos al Fiscal Supremo en lo Penal, el mismo que deberá designar a un Fiscal Supremo Adjunto el que emitirá Dictamen en el plazo máximo de tres días, bajo responsabilidad. Con el Dictamen Fiscal, los autos se remitirán al Presidente de la Corte Suprema quien designará a los miembros de la Sala Especializada que debe absolver el grado en el plazo máximo de quince días. El recurso de nulidad se resuelve con cuatro votos conformes.

h. En la tramitación de los procesos por terrorismo, no procede la Recusación contra los Magistrados intervinientes ni contra los Auxiliares de Justicia. (*) (*)
Inciso declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI-TC LIMA, publicado el 04-01-2003.

"i).- Podrá dictarse orden de comparecencia para el nuevo juzgamiento, en los casos en que la Corte Suprema declare la nulidad de la sentencia que absuelve al procesado." (*)

(*) Inciso agregado por el Artículo Único de la Ley N° 26590, publicada el 18-04-96.

Estas disposiciones legales constituyen las líneas directrices para la investigación y el juzgamiento a los procesados por delitos de terrorismo. Asimismo, se aplican, supletoriamente, las normas procesales contenidas en la Institución Procesal de 1940, y actualmente, para el estadio de la prisión preventiva, el Nuevo Código Penal de 2004.

Ley 30077.- Ley Especial Contra el Crimen Organizado

Esta ley procesal enuncia las reglas máximas para la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales:

1. Las diligencias preliminares tienen un plazo mayor al de los procesos comunes (art. 5).
2. Se declara, desde el inicio, proceso complejo (art. 6).
3. Se emplean técnicas especiales de investigación:
 - Intervención postal (art. 9)
 - Intervención de las comunicaciones (art. 10)
 - Agente encubierto (art. 13)
 - Acciones de seguimiento y vigilancia contra el investigado o a terceras personas relacionada a él (art. 14)
 - Prueba Traslada: se utilizan pruebas de otro proceso judicial (art. 20)
4. Agravantes especiales: **agravamiento de las penas en una tercera parte por encima del máximo legal: líder, financista o funcionario/servidor público** (art. 22)
5. Consecuencias accesorias: sanciones a personas jurídicas que participan en los planes de la organización criminal (art. 23)
6. **Prohibición absoluta de beneficios penitenciarios** (art. 24)
7. Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada en los Establecimientos Penitenciarios: control e información sobre situación penal, procesal y penitenciaria, así como el registro de las visitas con la finalidad de hacer un seguimiento administrativo (art. 25).

De lo visto, sucintamente, se observa que, inclusive, en un extremo, la ley constitucional y ambas legislaciones procesales penales, vulneran, clara y evidentemente, la dignidad humana de la persona al establecer y dar legalmente un trato diferenciado.

Ahora, las leyes procesales ordinarias son, a destacar, leyes especiales. En las que es notoria la diferenciación en cuanto a las formas de la actuación policial investigativa que, similares a la ley penal nazi de Extraños a la

Comunidad, otorgan atribuciones abiertamente desproporcionadas a la Policía, las que terminan afectando los derechos fundamentales de la persona investigada, como de su integridad personal, al ser, para empezar, detenida preliminarmente por un plazo máximo de quince días.

En cuanto a la detención preventiva, los plazos, para quienes cometen delitos a través organizaciones criminales, son de hasta cuarenta y ocho meses. Cuando para otros delitos el límite máximo es de dieciocho.

Asimismo, tales leyes vulneran la intimidad de la persona al regular que se pueda inmiscuir en la vida privada del investigado. Sobre todo, con la ley de lucha contra el crimen organizado, la que regula se intervengan las comunicaciones telefónicas, los correos postales, y se la somete a un seguimiento y a una vigilancia policial que llega hasta sus más cercanos seres queridos. Lo que agrede, inclusive, los derechos de éstos últimos, involucrándoseles en el proceso investigatorio.

En la parte procesal, lo más resonante es, para ambos delitos, una cuestión fundamental: ambos delitos son judicializados a través de Tribunales Ah doc o especializados. Tenemos así: Juzgado Penal Supraprovincial Especializado en Crimen Organizado y la Corte Superior de Justicia Especializada en delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios.

Se establece, además de la Fiscalía, la participación de la Procuraduría del Estado en el proceso penal. En el cual, ambas participan, y lo demuestra la praxis judicial, como si existieran dos Representantes del Ministerio Público frente a la defensa técnica del acusado. Lo que denota un desequilibrio en la balanza de la justicia. Más aun cuando ambos son entes del Estado, y ejercen, no cabe la menor duda, una clara y evidente presión a los Tribunales.

Además, en el proceso penal existe el mecanismo probatorio, a favor de los Fiscales y Procuradores, de la prueba trasladada. Que es la prueba existente en otro proceso judicial que, sin que éste haya concluido, puede utilizarse en un segundo proceso.

Finalmente, la Ley 30077 resulta ser más sofisticada en cuanto a una reglamentación normativa más violatoria de los derechos fundamentales de la persona humana. Pues, de lo visto, recoge y supera la experiencia anterior y ulterior.

Normas de ejecución penal de derecho penal del enemigo

Ley 29423

La Ley 29423, del catorce de octubre de 2009, anula beneficios penitenciarios a los condenados por delitos de terrorismo:

Artículo 1.- Derogación del Decreto Legislativo N° 927, Decreto Legislativo que regula la ejecución penal en materia de delitos de terrorismo.

Derógase el Decreto Legislativo N° 927, Decreto Legislativo que regula la ejecución penal en materia de delitos de terrorismo.

Artículo 2.- Improcedencia de beneficios penitenciarios Los condenados por delitos de terrorismo y/o traición a la patria no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad y la liberación condicional.

Decreto Legislativo 1296

Artículo 46º.- Improcedencia y casos especiales de redención de pena por trabajo o estudio.

No es procedente el beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo o la educación para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077 Ley Contra el Crimen Organizado.

Artículo 50º.- Improcedencia y casos especiales de los beneficios penitenciarios de semi-libertad o liberación condicional

No son procedentes los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077 Ley Contra el Crimen Organizado.

Tampoco son procedentes para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 189, 200, 279-A, 297, **317, 317-A, 317-B**, 319, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 346, 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafo del 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401.

En síntesis, las prohibiciones expuestas, para quienes cometen determinados delitos, no son sino regulaciones manifiestas, de un trato diferenciado, que contienen claramente la ejecución de una pena que implica en sí la aplicación estricta de sanción como medida de aseguramiento. Al no existir, para aquellos reos, la posibilidad alguna de una libertad anticipada mediante la obtención de algún beneficio. De tal manera que la ley busca la reclusión máxima del condenado.

En conclusión, a determinados ciudadanos no se les aplica el principio constitucional garantista preceptuado artículo 139, inciso 22, de la Constitución Política del Perú, que establece que el régimen penitenciario tiene como finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, sino una sanción punitiva que persigue su inocuización al ser considerado, en la praxis, enemigo de la sociedad. Pues, al excluírseles del gozo de beneficios penitenciarios, no se les trata como a ciudadanos.

El derecho penal del enemigo constituye un proceso de regresión cualitativo

De lo expuesto, queda evidenciado, sin duda alguna, que existen preceptos penales (sustantivos, procesales y de ejecución penal) que representan la aplicación manifiesta del derecho penal del enemigo en el sistema penal peruano.

Esta aplicación, en el tiempo, que nace desde la legislación antisubversiva y que está extendida a la criminalidad común, desde 1991, se posiciona, por sus

características peculiares, en un nivel paralelo al derecho penal existente dirigido a un determinado grupo de personas: los enemigos.

Esta fenomenología jurídica, materia de estudio en la presente tesis, que trata sobre la existencia de dos regulaciones penales, implica, no cabe duda, la negación absoluta del Estado Constitucional de derecho, su autodestrucción o autonegación.

Pues, la regulación penal contra los denominados enemigos no es sino el desconocimiento, en la ley y en la praxis jurídica, de la condición de persona de determinados ciudadanos. Lo cual contraviene, en esencia, el principio-derecho subjetivo de dignidad de la persona humana. Y en consecuencia, se les niega, en esa lógica, el reconocimiento y ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales, principios y garantías que la carta suprema reconoce a todos los ciudadanos.

En esta línea de pensamiento, la negación de la condición de persona a determinados ciudadanos no puede sino significar una regresión cualitativa en el sistema jurídico peruano. En el entendimiento de que el ser humano, por desarrollo social, debe adquirir, pues es una necesidad, mayores derechos constitucionales a su favor. Y no que se les restrinjan y mucho menos se les niegue y peor aún que se le arrebatase la condición de persona.

O sea, en vez que al ser humano se le favorezca o beneficie con nuevos y más desarrollados derechos constitucionales, por el contrario, se les niega. Y peor aún se le desconoce su condición misma de persona dándosele, además, por cuestiones de una denominada peligrosidad, un trato cruel e inhumano al excluirlo e inocuizarlo socialmente.

Para la sociedad peruana implica también una regresión cualitativa la aplicación del derecho penal del enemigo. Por cuanto a que el Estado, a través de los medios de comunicación fomenta, en la comunidad, la idea engañosa de que el derecho penal es el único mecanismo de control social que puede contribuir a solucionar los problemas sociales existentes. Cuando, además de crear una conciencia colectiva que clame por pura la represión y la cárcel, el problema de la criminalidad, lejos de disminuir se acrecienta día a día.

Buscando aun así, con propaganda represiva y con discursos de mano dura, la justificación y la aprobación de la población para el continuo incremento de las penas, la regulación de nuevos delitos y el consiguiente trato inhumano dado a los reos como si fueran bestias, a los que solo cabe encerrar de por vida y someterlos a las más duras condiciones de prisión, cada vez más crueles. El propio Tribunal Constitucional señala que en el Perú las condiciones de prisión son inconstitucionales.

2.3 Bases legales

Internacionales

- Declaración Universal de Derechos Humanos: arts. 1, 2, 3, 5, 7, 11, 12, 18, 19, 22, 25 y 28.
- Convención Americana de Derechos Humanos: arts. 5, 7.3, 8.2, 9, 11.1, 11.2, 12, 13. 24.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: arts. 7, 9.1, 10.1, 10.3, 14, 15. 2, 17, 18, 19 y 26.

Nacionales

- Constitución Política del Perú: arts. 1, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2, 24, d), e), h), y 139. 22.
- Decreto Legislativo N° 046. Ley Especial Antiterrorista: art. 5°.
- Ley N° 24651 que incorpora los delitos de Terrorismo al Código Penal de 1924: art. 288, b.
- Código Penal de 1991 (vigente) incorpora con el art. 317° el delito Asociación Ilícita.
- Decreto Ley N° 25475. Ley Especial Antiterrorista: arts. 5° y siguientes en relación a lo procesal.
- Ley N° 29423 que niega beneficios penitenciarios a los condenados por delitos de terrorismo.
- Ley N°29859 que incorpora el art. 317°-A al Código Penal: delito de marcaje y reglaje.
- Ley N° 29867 que incorpora el art. 368°-D al Código Penal: delito de posesión indebida de celulares en centros de reclusión.

- Ley N° 29936 que incorpora el art. 4°-A al Decreto Ley N° 25475: delito de financiamiento al terrorismo.
- Ley N° 30077: de Lucha contra el Crimen Organizado.
- Decreto Legislativo N° 1181 que incorpora el art. 108°- D al Código Penal: delito de conspiración y ofrecimiento para el sicariato.
- Decreto legislativo N° 1233 que incorpora el art. 6°-B al Decreto Ley N° 25475: delito de conspiración para el delito de terrorismo.
- Decreto Legislativo N° 1244 que modifica el art. 317° del Código Penal –de Asociación Ilícita a Organización criminal- e incorpora el art. 317-B: delito de banda criminal.
- Decreto Legislativo N° 1296 que regula el otorgamiento de beneficios penitenciarios, y que excluye de los mismos a quienes son condenados por delitos relacionados al crimen organización y por ser, asimismo, integrantes de una organización criminal y otros delitos más.

2.4 Definición de términos básicos

- **Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo**

El Derecho penal de ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo es de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.

(...) El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias. (Jakobs, G. 2003., p. 33).

- **Criminalización en el estadio previo**

Es la represión punitiva a determinados individuos sin que hayan exteriorizado conducta alguna, es decir, sin que hayan materializado alguna acción concreta contra un bien jurídico, pero que, por sus cualidades personales de “peligrosidad”, se considera los cometerán en el futuro. Es una criminalización anticipada.

- **Política criminal**

“(…) la elaboración de los criterios a tener en cuenta a la hora de adoptar decisiones en el ámbito del Derecho penal”. (Muñoz, F. y García, M. 2010., p. 196).

- **Bien jurídico**

El derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la *idea de protección de bienes jurídicos*. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. (Bacigalupo, E. 2016., pp. 43, 44).

- **Seguridad cognitiva**

Es la realidad ficticia que construye Jakobs, de su sociedad funcionalista, en la que los ciudadanos garantizan o deben garantizar la expectativa de un comportamiento personal de estricta fidelidad a las normas jurídicas que guían el desenvolvimiento de la sociedad. O sea, es la cierta seguridad o certeza de que se van a comportar conforme a Derecho.

- **Teoría del delito**

La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho penal. Ésta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los *principios básicos* del Derecho penal positivo y su articulación en un *sistema* unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de estas características. No es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito *debería ser* –no es una construcción *iusnaturalista*–, sino una elaboración sistemática de las características generales que el derecho

positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa sobre éste. (Mir Puig, S. 2016, p. 146).

- **Derecho penal de autor y derecho penal de acto**

El Derecho penal de autor imagina que el delito es síntoma de un *estado del autor*, siempre *inferior* al del resto de las personas consideradas *normales*. Este estado de inferioridad puede sostenerse desde el espiritualismo o desde el materialismo mecanicista. Para los espiritualistas tiene naturaleza *moral* y, por ende, se trata de una versión secularizada de un estado de pecado jurídico, en tanto que para los otros es de naturaleza mecánica y, por ende, se trata de un estado peligroso.

(...) el derecho penal de acto concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar. (Zaffaroni, R. 2006., pp. 49, 50).

- **Regresión cualitativa**

Es la consecuencia de la aplicación del derecho penal del enemigo en el ámbito constitucional, penal y social, en tanto que niega derechos fundamentales subjetivos, niega la teoría del delito sustentada en la acción y no sirve al desarrollo social pues es un derecho penal puramente represivo.

- **Acción**

“Movimiento corporal regido por la voluntad que desencadena un proceso causal dirigido a un fin”. (Muñoz, F. 1999, p. 181).

- **Resultado**

“Modificación en el mundo exterior producida por una acción”. (Muñoz, F. 1999, p. 186).

- **Relación de causalidad**

“Relación que permite imputar objetivamente el resultado a una acción determinada (también: imputación objetiva)”. (Muñoz, F. 1999., p. 186).

- **Tipo penal**

“Tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una normal penal”. (Muñoz, F. 1999, p. 32).

- **Principio de legalidad**

Este Tribunal Constitucional considera que el principio de legalidad penal se configura también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones; en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta, escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. (STC. Exp. N°3644-2015-PHC/TC LIMA, f. j. 8).

- **Principio de lex certa**

El principio de legalidad impone sus exigencias no sólo al juez que aplica la ley, sino también al Parlamento que la dicta. En otras palabras: del principio de legalidad surgen consecuencias para el dictado de la ley y para su aplicación. Las exigencias referentes al Parlamento tienen por objeto reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe. El cumplimiento de estas exigencias por parte de la ley dictada por el Parlamento es presupuesto de la eficacia de la función garantizadora de la ley penal. En este sentido, la ley dictada por el Parlamento sólo cumplirá con el principio de legalidad si contiene una

descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que pueda considerarse exhaustiva. (Bacigalupo, E. 2016, p. 126).

▪ **Principio de lesividad**

(...) la idea del bien jurídico merecedor de tutela penal como bien empíricamente determinado remite a la idea de su lesión como comportamiento a la vez determinado. De hecho, la lesión de un bien así no puede provenir sino de un comportamiento; es decir, de un hecho que se encuentre en una relación de causalidad con tal lesión, la cual consiste en un daño o en un peligro materialmente identificable. De esto se deriva un principio fundamental del garantismo penal: el principio de la inderogabilidad del hecho, expresando por la máxima *nulla poena sine crimine*, en virtud de la cual no se puede ser castigado por lo que se es, sino solamente por lo que se hace. La “libertad”, dice el art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, “consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás”. Por ello, se pueden configurar como delictivas, en garantía al mismo tiempo de las libertades y de la igual dignidad de las personas, solamente las acciones nocivas y no los sujetos nocivos. Y se pueden prohibir y castigar, en virtud de los principios de ofensividad y de estricta legalidad, únicamente los comportamientos lesivos y jamás las identidades o las condiciones personales, no siendo admitidas las identidades de por sí lesivas, o ilícitas, o a-normales, o desviadas, o extrañas, como en distintos modos lo plantean las distintas antropologías de la desigualdad. Por esto varias veces he hablado, en una aparente paradoja, de un derecho a la inmoralidad y a la maldad; es decir, un derecho a ser inmorales o malvados. Se trata de una garantía elemental del principio de igualdad y de las libertades fundamentales, que he expresado a través de la tesis de la inadmisibilidad, en materia penal, de las normas constitutivas; es decir, de las normas que penalicen el ser en lugar del hacer, constituyendo tipos de sujetos criminales y dañinos o peligrosos, antes que previendo tipos de acciones criminales y dañinas o peligrosas. (Ferrajoli, L., 2012, pp. 11, 12).

- **Inocuar**
Separar o aislar a un sujeto, considerado peligroso, de la sociedad para que no pueda provocar daño alguno en el futuro.

- **Medida de seguridad**
“Privación de algún bien jurídico (generalmente de la libertad) que se impone al autor de un hecho típico y antijurídico, aunque no sea culpable, siempre que sea peligroso (*medida de seguridad posdelictual*). (Si la medida se basa en la pura peligrosidad, aunque no se haya cometido ni siquiera un hecho típico y antijurídico, se le denomina *medida de seguridad predelictiva*). (Muñoz, F. 1999, p. 184).

CAPÍTULO III

PRESENTACIÓN, ANÁLISIS DE LAS TABLAS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1 Análisis de tablas

Anexo 2 Instrumentos entrevista

Entrevistas a peritos del problema planteado quienes han solicitado que no se registren sus nombres amparándose en el secreto profesional que la profesión les asiste.

Objetivo general: Analizar que la criminalización previa del derecho penal del enemigo (y sus dos características: drasticidad de las penas y la restricción de derechos y garantías constitucionales y penales) se aplica y expande en el Perú.

Pregunta 1. ¿Considera usted que la criminalización previa del derecho penal del enemigo se aplica y expande en el sistema penal peruano?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
Sí. Queda demostrado en los diversos tipos	Sí, considero que la criminalización previa del derecho	Efectivamente, tal cual sucede en el mundo entero, se	Sí, se expande. Si vemos su desarrollo y	Los cuatro peritos, en síntesis, afirman

penales contenidos en el código penal, en los cuáles se castigan o sancionan futuras conductas ilícitas, de manera que se anticipa la represión por considerarse que existe alta peligrosidad.	penal del enemigo se aplica y extiende en el sistema penal peruano. Es un adelantamiento punitivo y una violación del principio de lesividad.	viene implementando en el Perú la política criminal del Derecho Penal del Enemigo y, como parte de ello, su característica de la criminalización previa.	desenvolvimiento, antes solo se aplicaba para combatir a la subversión, ahora se aplica a la lucha de los maestros, de los trabajadores del campo, a los que luchan contra las mineras Tía María, por ejemplo, les llaman terroristas.	sin duda alguna que en nuestro país se aplica el derecho penal del enemigo.
--	---	--	--	---

Pregunta 2.- ¿Cuáles tipos penales considera usted son característicos del adelantamiento previo del derecho penal del enemigo?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
<p>Artículo 317° del Código Penal.- Delito de Organización Criminal</p> <p>Artículo 317°-B del Código Penal.- Delito de Banda Criminal</p> <p>Artículo 317°-A del Código Penal.- Delito de Marcaje y Reglaje</p> <p>Artículo 349° del Código Penal.- El que toma parte de una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín.</p> <p>Artículo 296°, cuarto párrafo, del Código Penal.- El que toma parte de una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas.</p> <p>Y otros.</p>	<p>El derecho penal del enemigo se aplica a quienes el estado considera enemigos, a quienes considera no personas, carentes de derechos, el tipo penal que se subsume dentro de esas características es el llamado delito de terrorismo, al que se le aplican penas draconianas, adelantamiento punitivista y violación de garantías procesales.</p>	<p>Podría mencionar como delitos que adelanta la barrera de punición los siguientes:</p> <p>-Conspiración y ofrecimiento para el delito de sicariato: Art. 108-D;</p> <p>-Promoción o favorecimiento al Tráfico de Drogas y otros: Art. 296;</p> <p>-Conspiración: Art. 349; primer párrafo del delito de Colusión: Art. 384;</p> <p>-Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo: Art. 399;</p> <p>-Tráfico de influencias: Art. 400; y otros.</p>	<p>En su desesperación el Estado ha ido creando muchos, baste destacar solo algunos, el DL. 25745 que es el más conocido, y creada para combatir a la subversión. El DL. 1181, que es para combatir y reprimir la conspiración del sicariato, el DL 1244 para combatir el crimen organizado, etc.</p>	<p>Los peritos, dentro de su comprensión del tema, dan a conocer, desde su perspectivas, cuáles son los tipos penales que constituyen derecho penal del enemigo. Los mismos que son tomados en cuenta, en su mayoría, por el autor de la presente tesis.</p>

Pregunta 3.- ¿Desde cuándo considera usted empezó a introducirse regulaciones propias del derecho penal del enemigo?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación

En el Perú, desde los años 80 con la legislación penal antisubversiva.	El Derecho penal del enemigo se introdujo en el Perú con la legislación antisubversiva a principios de los años ochenta, esto es el llamado delito de terrorismo, y luego ha ido expandiéndose a otros tipos penales.	Las regulaciones propias del derecho penal del enemigo empiezan a introducirse cuando en el Perú aparece el fenómeno subversivo desde inicios de la década del 80, a los cuales se buscara combatir con leyes penales, siendo la primera de ellas la Ley 046 de 1981, las cuales se irán endureciendo, llegando hasta crear el llamado delito de "traición a la patria". Muy importante reparar en que el Estado difunde como parte de su política criminal leyes de Lucha al terrorismo y al crimen organizado.	Desde la década de los ochenta con el gobierno de Belaúnde, cuando se emite el decreto legislativo 046, y más aún cuando entran las fuerzas armadas a combatir a la subversión, donde violaban los derechos de los detenidos. Llegando a su punto más alta expresión legal con el gobierno de Fujimori, y los otros gobiernos que lo han seguido haciendo.	Los peritos señalan, consolidando uno de los enunciados, que el derecho penal del enemigo comenzó a aplicarse cuando apareció la primera ley antiterrorista a inicios de los años ochenta del siglo pasado.
--	---	--	--	---

Objetivo específico 1: Analizar que en el Perú la criminalización previa del derecho penal del enemigo comenzó a aplicarse con la legislación antiterrorista y posteriormente se expande al combate de la criminalidad común.

Pregunta 4.- ¿Considera usted que es con la legislación antiterrorista cuando empieza a aplicarse el derecho penal del enemigo?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
Sí. Como se demuestra con el Decreto Legislativo N° 046, Art. 5°, que tipificaba el delito de pertenencia a organizaciones subversivas.	Efectivamente, con la introducción de la legislación antiterrorista a inicios de los años ochenta se introduce el derecho penal del enemigo en el Perú, lo cual a su vez implicó serios cuestionamientos por parte de algunas posiciones garantistas.	Sí, el art. 5 del Decreto legislativo 046 es una prueba palmaria de un adelantamiento de las barreras de la punibilidad no vista antes.	Considero que es con esta cuando se expresa en su más alto esplendor.	Esta interrogante, que tiene relación con la anterior, es respondida afirmativamente por todos los entrevistados.

Pregunta 5.- ¿Considera usted que en el Código Penal vigente existen tipos penales de criminalización anticipada?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
Si existen tipos penales, como indiqué anteriormente. Se observa que se criminalizan hechos preparatorios que servirían para la comisión de un futuro delito.	Efectivamente, además del artículo 5 del Decreto ley 25475 que tipifica la pertenencia a organización terrorista, tenemos el artículo 317 del Código penal sobre organización criminal.	Efectivamente y alguno de ellos los he mencionado en una pregunta anterior.	Por supuesto, el art. 317° del Código Penal de Asociación ilícita, hoy Organización Criminal, la conspiración para el sicariato, el tráfico de drogas, conspiración contra la rebelión, la sedición el motín. El delito de marcaje y reglaje, y otros que se adelantan a la represión de lo que serían actos preparatorios, incluso antes: la sola idealización.	Todos los peritos, revisando el Código Penal vigente, señalan que ahí existen tipos penales característicos del derecho penal del enemigo, mencionando, sobre todo, al delito de organización criminal.

Pregunta 6.- ¿Considera usted que existe una relación tipológica entre el artículo 5° del Decreto Legislativo 046 y 5° del Decreto Ley 25475 con el artículo 317° del Código Penal vigente, tanto cuando era el delito de Asociación Ilícita y ahora de Organización Criminal?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
Sí, existe una relación tipológica. Ambas tipifican como delito "la sola pertenencia a una organización", sin ser necesaria la comisión de un delito.	El artículo 5 del Decreto Legislativo 046 introduce el tipo penal de pertenencia a organización terrorista, luego se dan otras modificatorias que desenvuelven este derecho penal del enemigo, para terminar con el vigente artículo 5° del Decreto ley 25475, asimismo las modificatorias del artículo 317 del Código penal expresan la expansión del derecho penal de enemigo al delito de asociación ilícita y luego a organización criminal, esto es las características del derecho penal de enemigo de la	Sí, existe una evidente relación entre los tres tipos, dado que solo requieren de un elemento teleológico que es el de la asociación criminal, pues basta con esa finalidad asociarse. Por lo que no exige la comisión de hechos concretos que sean lesivos a algún bien jurídico, ni siquiera exige actos preparatorios, penalizando el solo hecho de afiliación.	Es correcto que se plantee de esa forma, si vemos entre ellas se señala: "el que forma parte de..." será reprimido..., tan solo por formar o ser miembro de una organización tal.	Siendo esta pregunta clave, por cuanto es base de los fundamentos de la presente investigación, es respondida afirmativamente para establecer que sí existe una línea de continuidad entre el tipo penal de asociatividad terrorista con el de asociación ilícita para delinquir, y el actual delito de organización criminal.

	pertenencia a organización terrorista se extienden a la pertenencia a organización criminal.			
--	--	--	--	--

Objetivo específico 2: Analizar que en el Perú se aplican dos derechos penales dentro de un mismo sistema penal.

Pregunta 7.- ¿Considera usted que en el sistema penal peruano se aplica un derecho penal para los ciudadanos y otro para los “enemigos”?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
Sí. Queda demostrado que, sustentándose en la alta peligrosidad de los delitos, se hacen diferenciaciones al momento de aplicar el derecho penal, vulnerando principios constitucionales como la presunción de inocencia, el debido proceso y la igualdad ante la ley.	El derecho penal del enemigo se aplica en el Perú a quienes el Estado peruano considera enemigos, no personas, sin derechos, como los llamados “terroristas” por lo que mantiene una legislación antisubversiva, a pesar que no existe base material que justifique la subsistencia de una legislación de excepción, esto es el conflicto armado que vivió el país termino hace más de 28 años, sin embargo se mantiene vigente el Decreto ley 25475, es más se emiten leyes que desarrollan la persecución política contra los condenados por delito de terrorismo, la mayor parte de ellos ahora excarcelados y se les impide la rehabilitación, reincorporación a la sociedad, y efectivamente a ese sector de la población se le aplica un derecho penal del enemigo distinto al derecho penal del ciudadano al que se le aplica el Código penal y normas comunes.	Eso resulta evidente si se tiene en cuenta que determinados tipos de criminalidad tienen un tratamiento diferente tanto en lo sustantivo como en lo procesal.	No cabe duda que en el sistema penal peruano se aplican dos tipos de derecho penal, uno para los ciudadanos y otro para los “enemigos”, entre comillas se previene desde ahora los delitos futuros que se puedan cometer.	Sin excepción alguna, los entrevistados, sostienen que en el país existen dos derechos penales paralelos.

Pregunta 8.- ¿Considera que el derecho penal del enemigo se va expandiendo cada vez más?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
Sí, considero que se está extendiendo cada vez más, basándose en la protección extrema y represión de delitos que se consideran de alta peligrosidad o riesgo para la sociedad.	Sin embargo, vemos con preocupación cómo el Derecho penal del enemigo se viene expandiendo y contaminando el derecho penal del ciudadano, vemos un aumento desproporcionado de las penas en los delitos, un abuso de la prisión preventiva, una negación de beneficios penitenciarios, una criminalización de la protesta popular, una extensión de la negación de la rehabilitación, de leyes que impiden que condenados ya no solo por delito de terrorismo puedan reincorporarse a la sociedad, trayendo como consecuencia un aumento exponencial de los internos en los penales hacinados; la emergencia sanitaria producto de la pandemia del coronavirus ha evidenciado esta realidad y la llamada despenalización fue un rotundo fracaso que conllevó el contagio de la gran mayoría de los aproximadamente 100,000 internos y cientos de muertos, lamentablemente el Estado ha pretendido ocultar esta realidad y las cifras de contagiados y fallecidos.	Considero que hay una política criminal y un derecho penal del enemigo que se extiende cada vez a otros sectores sociales.	Como se ha señalado en líneas anteriores, este derecho penal del enemigo se expande a otros ámbitos de la sociedad, antes era para el combate a la subversión ahora alcanza hasta para el crimen organizado.	La expansión del derecho penal del enemigo es percibida por todos los entrevistados.

Pregunta 9.- ¿Cuál será el futuro del derecho penal del enemigo en el Perú?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
Considerando que, actualmente en el Perú, el derecho penal se viene	Considero que el derecho penal del enemigo sigue extendiéndose en la actualidad y su perspectiva	En el Perú, siendo una sociedad de tradición	Desprendido de la anterior respuesta es a imponerse como sistema	Los cuatro entrevistados indican, solventando la

<p>politizando o mediatizando para tratar de demostrar una correcta administración de justicia y eliminación de la delincuencia, el derecho penal del enemigo seguirá aplicándose y no se descarta la creación de nuevos tipos penales a medida que la coyuntura o decisión política lo requiera.</p>	<p>sigue siendo esa, poniendo en riesgo el mismo Estado de derecho, sin embargo existen posiciones garantistas que lo cuestionan, aunque pocas, sin embargo existen posiciones críticas, pienso que esa contradicción seguirá desarrollándose.</p>	<p>autoritaria, las políticas criminales que recogen criterios del Derecho Penal del Enemigo tienen un terreno fértil y obviamente van a seguir profundizando los conflictos sociales por un buen tiempo.</p>	<p>punitivo para criminalizar y combatir las futuras luchas por venir de la población.</p>	<p>tesis, que la tendencia del derecho penal del enemigo es la de acentuarse en el país.</p>
---	--	---	--	--

Objetivo específico 3: Analizar que la aplicación de la criminalización previa del derecho penal del enemigo en el Perú constituye una regresión cualitativa en tres aspectos: en lo constitucional, penal y social.

Pregunta 10.- ¿Considera que la criminalización previa del derecho penal del enemigo niega la construcción sistemática de la teoría del delito moderna?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
<p>Sí, la niega. Porque se proyecta a hechos futuros y no acciones concretas, lo cual es base de la teoría del delito que rige en el Código Penal peruano, toda vez que se sustenta en el principio de hecho.</p>	<p>Considero que la criminalización previa del derecho penal del enemigo vulnera el principio de lesividad, y ha llevado a modificatorias que han desnaturalizado la coherencia de las penas del Código penal, la existencia de un derecho penal del enemigo amenaza el Estado de derecho es la negación del derecho y la dogmática jurídica sistemática.</p>	<p>El derecho penal del enemigo es la negación del modelo penal garantista, hay planteamientos que hablan de modernizar el derecho penal para más bien claudicar en la teoría del delito.</p>	<p>Obvio, y, además, no permite que se estructure una teoría propia del delito, "auténtica" acorde a la realidad de un país.</p>	<p>Cada uno, desde sus perspectivas, señala que el derecho penal del enemigo, en concreto, es una negación del derecho penal liberal y de la teoría del delito porque no reprime acciones sino lo que podría ocurrir en el futuro.</p>

Pregunta 11.- ¿Considera que el derecho penal del enemigo vulnera derechos y garantías constitucionales-penales?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
<p>Sí. Por ejemplo, a determinadas personas que son investigadas por delitos de corrupción o peculado, que tienen como agraviado al</p>	<p>Una de las características del derecho penal del enemigo es precisamente</p>	<p>Por supuesto, y su principal teorizador lo dice abiertamente, que al enemigo no puedes darle un</p>	<p>No quepa la mayor duda, uno de los principios que se ve casi a diario es el de inocencia, uno no es culpable mientras no</p>	<p>Todos lo han detectado. El derecho penal del enemigo colisiona con principios</p>

<p>propio Estado, su detención preliminar es, si es que no han sido imputadas de ser miembros de una organización criminal, de 48 horas, como máximo; sin embargo, en algunos delitos que conforman el derecho penal del enemigo (terrorismo, organización criminal, espionaje, TID, etc.) el plazo es diferenciado a 15 días, lo cual demuestra la vulneración del derecho constitucional de igualdad ante la ley. Otro ejemplo, es la restricción de acceso de derechos penitenciarios a los condenados por los delitos que conforman el derecho penal del enemigo, vulnerando la función resocializadora de las penas.</p>	<p>la negación de garantías procesales, amparados obviamente por la Constitución política, como el debido proceso, el principio de legalidad.</p>	<p>tratamiento con derechos y garantías que solo le corresponden al ciudadano.</p>	<p>se demuestre su culpabilidad, esto es luego de la investigación respectiva. La aplicación de la prisión preventiva es violatoria a las garantías constitucionales, y es parte de toda esta corriente: Derecho penal del enemigo.</p>	<p>constitucionales de reconocimiento internacional.</p>
---	---	--	---	--

Pregunta 12.- ¿Considera que el derecho penal del enemigo es eficaz, como política criminal, en el combate al delito?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
----------------	----------------	----------------	----------------	----------------

<p>Considero que no es eficaz. Prueba de ello, es que pese a la existencia de los delitos que conforman el derecho penal del enemigo, la criminalidad en estos delitos no ha cesado o no ha disminuido. La única forma de poder ser eficaz contra la criminalidad es a través de la educación e igualdad entre las personas.</p>	<p>Una de las banderas del derecho penal del enemigo es el eficientismo, sin embargo vemos que su aplicación lleva a agravar el problema de la delincuencia, llenando las cárceles, negando la rehabilitación a excarcelados por delitos comunes, impidiéndoles la reincorporación, muy por el contrario el problema de la delincuencia luego de cerca de 40 años de aplicación de derecho penal del enemigo se ha agravado en la sociedad, se pondera la cárcel y se descarta otro tipo de penas y medidas coercitivas.</p>	<p>El derecho penal del enemigo, como componente de la política criminal, que solamente actúa sobre los efectos, a la larga contribuye al incremento de los hechos delictuosos, como se.</p>	<p>No, por su carácter eminentemente represivo, y porque, además, los delitos son problemas sociales que la ley penal no resuelve.</p>	<p>Ninguno ha podido indicar la eficacia del derecho penal del enemigo. Es decir, no le ha encontrado razón alguna como medio de control y solución a la criminalidad en el país que día a día se incrementa.</p>
--	--	--	--	---

Pregunta 13.- ¿Considera que el derecho penal del enemigo sirve al progreso de la sociedad?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
----------------	----------------	----------------	----------------	----------------

<p>Considero que no sirve al progreso de la sociedad. Como mencioné anteriormente, el progreso de la sociedad no se mide en función a cuántas condenas se logran contra las personas que cometen delitos, sino que el progreso va en función a corregir las conductas humanas y evitar la comisión de actos ilícitos. Es decir, se debe poner mayor atención de atacar la causa de los problemas y no la consecuencia de los mismos.</p>	<p>Definitivamente, no. Todo lo contrario, implica un retroceso, una regresión poniendo en riesgo el mismo Estado de derecho constitucional, debe tenerse en cuenta que es un derecho penal del enemigo de raíces fascistas, y son bien conocidas las consecuencias del fascismo en la humanidad.</p>	<p>El DPE, al ser un componente de política criminal netamente discriminatorio y represivo solo sirve a la implementación de una sociedad más represiva y autoritaria.</p>	<p>Habría de tener en cuenta la pregunta. Debo señalar que ni este ni otro sistema punitivo sirven al desarrollo de un país, de una sociedad, porque, como ya lo he manifestado, es por la situación de quien conduce al Estado. Pues, mientras sea un Estado que solo beneficie a los grupos económicos de poder siempre se restringirán derechos y libertades democráticas a la población. Por ello habrá reclamos y protestas las que serán criminalizadas. Entonces, la represión estará presente en la sociedad. Y el derecho penal del enemigo es la mayor criminalización en perjuicio a los derechos de las personas. Por lo tanto, no sirve al desarrollo de una sociedad que reclama y necesita educación, trabajo y oportunidades.</p>	<p>Ninguno considera que su existencia y aplicación sean parte del progreso de la sociedad. Es más, lo cuestionan por cuanto es una negación del Estado de Derecho.</p>
--	---	--	---	---

PREGUNTAS	INTERPRETACIÓN GENERAL
<p>1) ¿Considera usted que la criminalización previa del derecho penal del enemigo se aplica y expande en el sistema penal peruano?</p>	<p>Sí, y esta afirmación proviene de lo visto de la investigación de las normas penales sobre delito de terrorismo y organización criminal, así como de otras que también cumplen con las características del derecho penal del enemigo. Y, asimismo, de lo visto en los antecedentes nacionales también se hace referencia, que consolida la posición de la tesis, que en nuestro país se aplica ese derecho penal.</p>
<p>2) ¿Cuáles tipos penales considera usted son característicos del adelantamiento previo del derecho penal del enemigo?</p>	<p>Principalmente, están el art. 5° del Decreto Ley 25475 –asociación terrorista-, y sus predecesoras. Así como también el art. 317° -organización criminal- del Código Penal. Y después están también los tipos referidos a la conspiración delictiva, y otros más que están citados en la parte pertinente de la investigación.</p>
<p>3) ¿Desde cuándo considera usted empezó a introducirse regulaciones propias del derecho penal del enemigo?</p>	<p>Desde la época de la lucha antiterrorista. Ya que con el decreto legislativo 046, de marzo de 1981, apareció el delito de pertenencia a una organización terrorista. La que sancionaba el solo hecho de integrar la organización sin que exista la necesidad de que el agente haya cometido un hecho delictivo previo.</p>
<p>4) ¿Considera usted que es con la legislación antiterrorista cuando empieza a aplicarse el derecho penal del enemigo?</p>	<p>Sí, puesto que además de lo antedicho, no existe una norma penal anterior con las características típicas que contiene el artículo 5° del decreto legislativo 046, y a la de hoy, el artículo 5° del Decreto Ley 25475. Debe tenerse presente que el tipo penal art. 5° del decreto legislativo 046 fue la base esencial de los tipos penales en delitos de organización que existen en el Perú.</p>

<p>5) ¿Considera usted que en el Código Penal vigente existen tipos penales de criminalización anticipada?</p>	<p>Por supuesto que sí. El delito de organización criminal, y los delitos de conspiración a la sedición, rebelión y motín, al tráfico ilícito de drogas, al sicariato. La posesión indebida de celulares en centros de reclusión, banda criminal y otros.</p>
<p>6) ¿Considera usted que existe una relación tipológica entre el artículo 5° del Decreto Legislativo 046 y 5° del Decreto Ley 25475 con el artículo 317° del Código Penal vigente, tanto cuando era el delito de Asociación Ilícita y ahora de Organización Criminal?</p>	<p>Sí, porque tales tipos penales sancionan punitivamente el solo hecho de formar parte de la organización. Construcción tipológica que nació con la legislación antiterrorista de 1981.</p>
<p>7) ¿Considera usted que en el sistema penal peruano se aplica un derecho penal para los ciudadanos y otro para los “enemigos”?</p>	<p>Efectivamente, y se traduce en que se condena a quienes no han cometido delito, sino que se piensa en que podrían cometerlos en el futuro y, por lo tanto, se les intercepta en un estadio previo antes que los vayan a cometer; mientras que a otros se les condena cuando han salido de su esfera interna, y han desplegado una conducta delictiva, ya sea en grado de tentativa o de la consumación de un delito.</p>
<p>8) ¿Considera que el derecho penal del enemigo se va expandiendo cada vez más?</p>	<p>Sí, porque lo que inició en el delito de terrorismo, se viene aplicando también en el delito común. Y, si bien en ambos casos, se criminalizan conductas que tienen como agraviados al Estado –la tranquilidad pública y la seguridad pública, respectivamente-, ahora, se sanciona la conspiración al sicariato que tiene como agraviados a particulares. Eso en sí es una expansión innegablemente.</p>
<p>9) ¿Cuál será el futuro del derecho penal del enemigo en el Perú?</p>	<p>Que seguirá cobrando mayor fuerza legal y reconocimiento jurisprudencial tanto por la Corte Suprema de Justicia como del Tribunal Constitucional.</p>

	<p>Porque, a la fecha, ambas instituciones lo niegan, pero, a su vez, aplican y validan todas las normas penales que configuran la aplicación de ese derecho penal antiliberal.</p>
<p>10) ¿Considera que la criminalización previa del derecho penal del enemigo niega la construcción sistemática de la teoría del delito moderna?</p>	<p>Sí, porque va en contra de lo esencial de la moderna teoría del delito: la acción desplegada contra bienes jurídicos. Y el derecho penal del enemigo no considera que debe esperarse a que se tengan que sancionar acciones pasadas, sino intervenir a lo que podría realizarse en el futuro. Razón por la que señala que el derecho penal no debe proteger bienes jurídicos, porque implicaría esperar a que se haya atentado contra ellos, sino lo que debería proteger es la norma jurídica, que representaría el interés jurídico que el legislador decida sobre lo que debe protegerse.</p>
<p>11) ¿Considera que el derecho penal del enemigo vulnera derechos y garantías constitucionales-penales?</p>	<p>Por supuesto, y fundamentalmente el principio de legalidad constitucional, toda vez que este principio establece que las leyes penales deben sancionar ACTOS, y que para tal fin sus descripciones típicas deban estar taxativamente claras y precisas. Asimismo, vulnera y transgrede, o niega, el principio de lesividad penal, el cual establece que para que haya sanción punitiva debe haber una acción o una omisión humana que ofenda a un bien jurídico protegido. De lo que se desprende que sin acción no puede haber sanción penal.</p>
<p>12) ¿Considera que el derecho penal del enemigo es eficaz, como política criminal, en el combate al delito?</p>	<p>No. En primer lugar, porque el derecho penal jamás va a resolver problemas sociales. Puesto que la criminalidad es un problema social que tiene raíces económicas, políticas e ideológicas.</p>

	Y, en segundo lugar, porque el derecho penal del enemigo es únicamente represión ante lo que podría ocurrir en el futuro. Mientras que la sociedad día a día, por las crisis que padece, pare delincuentes por doquier. De tal forma que así se desenvuelva una extralimitada represión penal no se va a detener el incremento de la incidencia delictiva.
13) ¿Considera que el derecho penal del enemigo sirve al progreso de la sociedad?	No, porque barre todos los derechos y principios fundamentales de la persona humana propios del Estado de Derecho. Y es más, niega la condición de tales a determinados ciudadanos, volviéndonos o haciéndonos retroceder a periodos de la antigüedad en donde al esclavo, siendo un ser humano, no se le consideraba como tal, sino como a un objeto o cosa. Tan igual a como se les trata a quienes se les condena por integrar organizaciones delictivas sin que hayan realizado acto alguno.

3.2 Discusión de resultados

La presente investigación, además de contar con ideas enunciativas que se orientan a demostrar que en nuestro país se aplica y expande el derecho penal del enemigo, y las implicancias que ello trae consigo, nace, se alimenta y motiva en, sobre todo –aplicando el método dialéctico-, dar una respuesta rotunda y objetiva, sustentada en la normatividad, a la tesis estatal que sostiene que en el Perú no se aplica esa doctrina penal.

Es por eso que la principalía de la investigación está centrada en demostrar su cabal y expansiva aplicación. Siendo esto lo central del trabajo. Y través de lo cual se desarrollan los demás tópicos de la investigación en forma accesoria y subordinada.

Es imperativo mencionar que, a efectos de contextualizar el fenómeno tratado, casi todas las investigaciones citadas supra, en el marco de los antecedentes -internacionales y nacionales-, concluyen que el derecho penal del enemigo se aplica y expande en los ordenamientos penales de occidente, entre los cuales, como resulta obvio, se encuentra el peruano. E, inclusive, la tesis de Palacios (2014), afirma que esa aplicación se posiciona ya en el ámbito del derecho penal internacional. Es decir, en las instancias supranacionales.

Sin embargo, antes de continuar, es preciso mencionar que existe una tesis, la del abogado peruano, Almeyda (2015), en la que, analizado el tipo penal de afiliación a organización terrorista (artículo 5° del Decreto Ley 25475), se concluye que dicho delito, *per se*, no sería un tipo penal característico del derecho penal del enemigo, sino que, a lo más, existe, entre la teoría del enemigo y la norma penal aludida, una coincidencia formal. O que, en todo caso, es una de las posibles interpretaciones que pueden realizarse al respecto, más no que sea en sí un delito típico del derecho penal del enemigo. Criterio con el cual se discrepa irremediabilmente. Pues no se asume, en el trabajo, que lo visto en la legislación nacional sea una simple coincidencia formal con dicha teoría, sino que es la aplicación misma, desde 1981.

Razón por la cual, el citado abogado, dentro de sus recomendaciones finales, busca mejorar la construcción del referido texto legal, así como de establecer una mejor interpretación jurídica para su mayor alcance, y que sea realizada por la máxima instancia del Poder Judicial: la sala penal de la Corte Suprema. A fin de que dicho dispositivo legal pueda estar armonizado, sin lugar a dudas, con el Estado de derecho. O sea, el propósito es que sea aceptado en el ordenamiento jurídico nacional.

Lo cual es, desde la perspectiva crítica que asume la tesis expuesta, una aberración jurídica y una discrepancia absolutamente de principios. Por cuanto jamás el derecho penal del enemigo podrá ser compatible con el Estado Constitucional de Derecho y el principio constitucional de legalidad penal, sobre todo, puesto que este principio implica que necesariamente la ley penal deba describir y sancionar previamente actos punibles, y no lo que podría cometer alguien en el futuro.

Asimismo, la posición de Almeyda es contraria a la expuesta por Santa Rita (2012), quien, defendiendo y justificando la necesaria aplicación del delito de afiliación terrorista en el ordenamiento penal español, lo considera como propio del derecho penal del enemigo, y se sustenta en los propios postulados jakobsianos.

Santa Rita, asimismo, se esfuerza por precisar su aplicación sosteniendo que *“se exige que indiscutiblemente la desestabilización que motiva el adelantamiento sea comprobable objetiva e indudablemente”*, para que *“por medio de la anticipación de la barrera de protección se consigu[a] evitar la generación de víctimas”*. O sea, para él, es necesario que se adelantase la criminalización de la comisión futura de delitos.

Sin embargo, y es lo más solvente, la posición jurídica de Almeyda se contradice a la postura del propio Günther Jakobs, por cuanto este jurista sostiene claramente, en abundante material escrito, que los delitos de organización, sean para terrorismo y delitos comunes, son típicos del derecho penal del enemigo, al contener, en su construcción típica, un carácter prospectivo, es decir, que su finalidad normativa sea la de reprimir, anticipadamente, lo que podría realizar un agente infractor en el futuro, sin la necesidad que materialice previamente una acción que lesione o ponga en peligro de un bien jurídico protegido tutelado por la ley penal.

Otro de los puntos cardinales que se concuerda con la mayoría de las demás tesis es respecto a que la aplicación del derecho penal del enemigo constituye una trasgresión insalvable e irreconciliable con los principios, derechos fundamentales y garantías que asisten a la persona y, por ende, a la dignidad humana. Lo que, en esencia, colisiona con del Estado de derecho y de los principios y valores que lo inspiran.

Lo que se colige con las palabras de Zarate (2013), quien señala que *“el Derecho penal del enemigo en la legislación boliviana importa la supresión y/o relativización de libertades fundamentales y garantías mínimas cuyas fuentes se encuentran en principios propios del Derecho Penal Liberal...”*. Palacios (2014), en esa línea, indica que con el derecho penal del enemigo *“se acude a un debilitamiento de las garantías penales en detrimento de los derechos humanos”*

y que esa situación *“está transformando desde diferentes puntos de vista la concepción tradicional del Derecho penal violentando de manera flagrante la dignidad humana como eje central del Estado Social de Derecho...”*. Escudero (2017), refiriéndose a su país natal, dice que *“en Ecuador se ha usado como herramienta política de Estado al derecho penal, para la lucha contra la delincuencia organizada, contra el terrorismo, todo ello justificado en el lema de proteger a los ciudadanos...”*, y que esa situación, según su apreciación, ya no se da en Ecuador, pero que ha provocado *“la flexibilización de las garantías procesales, [y] el endurecimiento de las políticas penitenciarias”*.

El autor peruano, Norabuena (2015), asevera que *“la investigación ha demostrado que el derecho penal del enemigo no solo flexibiliza los principios constitucionales que fundamentan el derecho penal sustantivo y procesal, sino que es incompatible con el Estado democrático...”*. Posiciones que son las asumidas en la tesis, y que se resumen en la literalidad del subtítulo.

Finalmente, se tienen presentes las conclusiones a las que arribó Grandez (2018), en donde señala que el incremento de las penas, la eliminación de beneficios penitenciarios y la abolición del principio de absorción de penas son expresiones claras del derecho penal del enemigo, pues niegan la condición de personas a determinados ciudadanos.

En síntesis, de las tesis citadas, existe, con la gran mayoría, un acuerdo en reconocer que el derecho penal del enemigo existe y se expande en el sistema jurídico penal, tanto en el peruano como en el de otros países de occidente, y que el delito característico de su aplicación concreta es el delito de organización, de afiliación o de asociatividad, tanto terrorista como criminal.

Asimismo, que existen otros tipos penales (conspiración y marcaje) que también, al reprimir anticipadamente, constituyen, no cabe duda, la aplicación del derecho penal del enemigo. Y cuya aplicación provoca, también, una colisión insalvable con los principios del Estado de derecho y con los alcances jurídicos máximos alcanzados a favor de la persona humana y su dignidad. Lo cual contribuye a generar un proceso de regresión cualitativo para el Derecho penal peruano.

3.3 Conclusiones

1. La criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico como característica fundamental del derecho penal del enemigo se aplica y expande en el sistema penal peruano.

2. El derecho penal del enemigo comenzó a aplicarse en el Perú a partir de la legislación antiterrorista (1981) expandiéndose a la criminalidad común.

3. En el Perú existen dos derechos penales que actúan en paralelo: uno para los ciudadanos, y otro para los enemigos: terroristas e integrantes de organizaciones criminales, así como de conspiradores al delito y otros.

4. La aplicación del derecho penal del enemigo ocasiona una regresión cualitativa en el ordenamiento jurídico nacional, toda vez que colisiona con principios, derechos y garantías de orden constitucional y penal, y erosiona, en consecuencia, con el Estado de Derecho. Lo cual constituye un retroceso en el desarrollo del derecho peruano, muy especialmente en el ámbito constitucional y penal.

3.4 Recomendaciones

Que, los ciudadanos, a través de una acción jurídica ante el Tribunal Constitucional, exijan la declaratoria de inconstitucionalidad de los referidos preceptos penales (autónomos), de claras características del enemigo, para que sean expulsados del ordenamiento jurídico del país. En el propósito de adecuar nuestra estructura punitiva a los principios y garantías que la Constitución y las normas penales preliminares establecen.

Que, los magistrados de las distintas sedes jurisdiccionales del país, desde la Corte Suprema, aplicando la supremacía de la Constitución y el control difuso, inapliquen, fundadamente, tales tipos penales por más legitimidad que tengan, toda vez que colisionan insalvablemente con los principios de legalidad y lesividad penal. Ya que sancionan la mera integración y no la realización de actos ilícitos.

O, de no ser posible su expulsión del ordenamiento penal, que procuren tener muchísimo cuidado y reparo en su aplicación, siendo ésta determinada bajo parámetros legales establecidos jurisprudencialmente –más restrictivos- , de tal forma que cualquier situación fáctica no pueda ser subsumida para ser comprendido de integrar una organización terrorista o criminal.

Que, los defensores del Derecho penal garantista cuestionen el avance derecho penal del enemigo desde todas las ópticas posibles, a fin de quitarle la careta de un derecho penal eficiente y moderno, cuando, por el contrario, muestra ser la máxima negación de los progresos alcanzados por el derecho constitucional y penal.

Fuentes de información

Bacigalupo, E. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2da edición.

Behar Rivero. (2008). *Metodología de la investigación*. Buenos Aires: Shalom.

Bernal Torres, C. A. (2010). *Metodología de la Investigación*. México: Pearson Educación, 3ra edición.

Calla, G. J. et al (2019). *¿Cómo se hace una tesis – APA?* Lima: Editores Aylan Kurdi

Carrasco, S. (2009). *Metodología de la Investigación Científica*. Lima: San Marcos.

Fontana, J. (2011). *Por el bien del Imperio. Una historia del mundo desde 1945*. Barcelona: Editorial Ediciones de Pasado y Presente, 1ra edición.

Hegel, F. (1968). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Claridad, 5ta edición.

Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw – Hill interamericana.

- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Editorial Civitas, 1ra edición.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UMA ediciones y Editorial Civitas, 1ra edición.
- Jakobs, G. y Cancio M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Editorial Civitas, 1ra edición.
- Jakobs, G. (2006). *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Editorial Civitas, 1ra edición.
- Mir, S. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 10 edición.
- Muñoz, F. (1999). *Teoría General del delito*. Bogotá: Editorial Temis, 2da edición.
- Muñoz, F. (2003). *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 4ta edición.
- Muñoz, F y García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 8 edición.
- Parma, C. (2018). *Derecho Penal Pasado Presente y Futuro*. Buenos Aires: Editorial Acercándonos, 1ra edición.
- Reyes, H. (2015). *Metodología y Diseños de la Investigación Científica*. Lima: Visión Universitaria.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Editorial Civitas, 1ra edición.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2da edición.

Schmitt, C. (2009). *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un Prólogo y Tres Corolarios*. Madrid: Alianza Editorial, 7 edición.

Villavicencio, F. (2013). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Grijley, 1ra edición, 4ta reimpresión.

Zaffaroni, E. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2da edición.

Zaffaroni, E. (2018). *El enemigo en el Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1ra Edición, 5ª reimpresión.

ANEXOS

Anexo 1 Matriz de consistencia

Anexo 3 Validación de experto