

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO ¿REALIZACIÓN DE UNA OPCIÓN POLÍTICO CRIMINAL O DE UNA CRIMINAL POLÍTICA DE ESTADO?

Eduardo Alcócer Povis

Abogado

Doctorando en Derecho Penal, Universidad Pompeu Fabra – España.

I. LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL MARCO DE UN ESTADO DE DERECHO Y LA NECESARIA ORIENTACIÓN DE LA DOGMÁTICA A SUS CONSECUENCIAS

§1. Se afirma que gracias a la obra de ROXIN¹ la gran mayoría de quienes actualmente se dedican a la dogmática penal asume como algo natural la introducción de valoraciones político-criminales² en la construcción de los conceptos que se manejan en la teoría del delito³. En este sentido, puede sostenerse que han quedado prácticamente superados los planteamientos que entendían que dichos conceptos venían ontológicamente dados y que en su definición el intérprete no estaba legitimado para introducir valoración alguna⁴.

¹ Citado por RAGUÉS I VALLES, Ramón. “Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: hacia una visión integrada”. En: Anuario de Derecho penal. Reforma del proceso penal peruano. Lima, 2004, p.144

² ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del Derecho penal. Buenos Aires, 2000. p.68. Considera que “*el Derecho penal es la forma en que objetivos de política criminal son traducidos en términos jurídicamente válidos*”.

³ ROMEO CASABONA, Carlos María. Las transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio. Volúmen 1. Arequipa, 2004. p.9. Sostiene que: “[...] *la visión integradora que aporta la conjunción de la Dogmática y de la Política Criminal ha contribuido en el plano conceptual a una moderación de las tesis intervencionistas en las últimas décadas. Por el contrario, cuando tal conjunción no ha sido posible, por la propia naturaleza de las cosas, como sucede con los fines de las penas, la tendencia intervencionista no encuentra frenos, si no tal vez al contrario, estímulos*”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Adonde va el Derecho penal. Madrid, 2004, p.44 Agrega que hoy en día: “[...] *sigue siendo imprescindible una dogmática presidida por la orientación al fin del Derecho penal, pues una dogmática en la que no tengan cabida la Política criminal, las teorías sobre el fin y fundamento de la pena, y una amplia gama de problemas procesales, acaba no sirviendo para nada más que la satisfacción del primer y más elemental paso: la interpretación del derecho positivo, pero no para formular un sistema penal*”.

⁴ En contra: JAKOBS quien elabora su construcción normativa del Derecho penal desde una posición acrítica, sobre las premisas de un modelo de sociedad, donde las funciones vienen a constituirse en prestaciones que mantienen dicho modelo. Ver: JAKOBS, Günther. Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional. Madrid, 1996, pp. 17–18. En ese sentido, el sistema penal de JAKOBS resulta ser un sistema cerrado en cuanto cada sociedad, en un espacio y tiempo histórico determinado, marca la orientación de sus propios límites, de ello que “... *el jurista carezca de límites en la elaboración de las reglas de imputación que determinan la reconstrucción normativista de los conceptos. En todo caso, los límites operan de modo inmanente y se hallan en la constitución o la autocomprensión del respectivo modelo social*”. Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. Barcelona, 1997, p. 24. Por ser un sistema cerrado, en calidad que opera sin la

Se puede definir a la política criminal, en sentido amplio, como un sistema de decisiones estatales tomadas por todos los (p. 293) poderes⁵, incluido el constituyente, a través de los cuales se organizan respuestas públicas para prevenir, y sancionar los delitos, se establecen los órganos de la persecución y juzgamiento, los procedimientos⁶ y los límites dentro de los cuales las decisiones serán válidas⁷; encausando a lo que Max WEBER⁸ denominaba “*El monopolio legal de la coerción*”.

necesidad de la asistencia de otras fuentes que no sean las estrictamente positivas, la política criminal, recibe un trato indiferente, siendo aceptada como parte del sistema, en la medida que forme parte del entorno del mismo, es decir que acepte y respete lo señalado por la línea del derecho positivo, de esta forma las consideraciones valorativas que pudiesen ser incorporadas, por el aspecto renovador de la política criminal, no serán tomadas en cuenta; resultando aún más inoperante, puesto que una vez desarrollada ésta línea de pensamiento, cualquier intento de una orientación político criminal, que intentara asumir cualquier proyecto de modernización del Derecho penal realizaría su trabajo en vano, pues el funcionalismo no bebe como fuente postulados empíricos, opera en el plano normativo, Ver: SCHUNEMANN, Bernd. “Consideraciones Críticas sobre la situación Espiritual de la Ciencia Jurídico – Penal Alemana”. En: Revista peruana de ciencias penales. N° 5, Lima, 1995, p. 264. En la opinión de JAKOBS, el Derecho penal debe ser neutral en cuanto no “*debe constituirse en la base de una revolución social*”. Ver: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho penal: La influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de HABERMAS en la selección de los valores penales”. En: La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José CEREZO MIR, Madrid, 2003, p.138.

⁵ Podría sostenerse que su misión es captar la continua metamorfosis de la sociedad y ver cómo enfrenta el Derecho penal esos cambios, además de recoger los resultados de la aplicación del mismo, analizarlos con espíritu crítico y proponer soluciones o vías alternativas al Derecho penal vigente, conformando así un círculo que se retroalimenta en forma permanente en busca de un sistema penal dinámico, ágil, actual y eficiente. En ese sentido, DELMAS MARTY. Citado por: BINDER, Alberto. Política criminal: De la formulación a la praxis. Buenos Aires, 1997, p.33 sostiene que la “*política criminal es el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal*”.

⁶ RAGUÉS I VALLES. Ramón. Op. Cit. p.132 Sostiene que cualquier análisis político criminal con unas mínimas pretensiones científicas no puede ignorar el importantísimo papel que muchas instituciones procesales desempeñan en una lucha eficaz contra el delito. La certeza de que no puede llevarse a cabo una política criminal con sentido, pensando únicamente en el Código penal e ignorando las instituciones procesales, ha obligado a muchos penalistas a volver su mirada hacia el proceso. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles. Madrid, 2004, p.184. Afirma que “*Es en verdad curioso observar cómo los penalistas y los procesal-penalistas coinciden en sus obras generales en declarar formalmente que la otra parte del derecho es absolutamente imprescindible para la propia. Los procesalistas comienzan por proclamar que el derecho procesal encarna la garantía jurisdiccional del derecho penal, y por lo tanto es una parte del derecho penal en sentido amplio. Los penalistas también advierten que la realidad del derecho penal no puede entenderse sin contemplar la vida de ese derecho en el proceso, y que la Política criminal se ejecuta tanto a través de uno como de otro*”.

⁷ STRASORIER, Daniel. “Política criminal de estados neoliberales. Latinoamérica. necesidad de una transformación”. En: Libro de ponencias del “XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho penal y Criminología” celebrado en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. 2003, p.546

⁸ Citado por NEUMAN, Elías. El Estado penal y la prisión-muerte. Buenos Aires, 2001, p.92

§2. En sí, la política criminal no sólo actúa en el ámbito de lo estrictamente penal, sino que incursiona en otras ramas del derecho como lo policial, procesal y penitenciario⁹. Al respecto, BINDER¹⁰ agrega acertadamente que el conjunto de instituciones que habitualmente llamamos “penales” (penales, procesales, penitenciarias, entre otras) no pueden, en modo alguno, ser analizadas de una forma independiente porque en su funcionamiento real actúan estrechamente interrelacionados. Cada uno de estos ámbitos forma parte del llamado “*sistema penal*”¹¹, integrados funcionalmente en virtud de una “*necesaria coherencia político criminal*”. Subraya el jurista argentino que: “*Dicho en palabra más sencilla: no se puede tener un Código Penal que responda a una orientación, un Código Procesal Penal que responda a otra y una Ley Penitenciaria que responda a una tercera. La política criminal es la que va a plantear los grandes objetivos de todo el sistema y cada uno de los subsistemas debe ser coherente con la preservación de esos objetivos*”.

Por todo esto y por más, se puede afirmar que la visión crítica político criminal no sólo alcanza a las normas, sino a las instancias concretas en que actúan los operadores sociales: policía, el proceso penal y el subsistema penitenciario¹². De tal manera que una buena ley no es suficiente, se necesita

⁹ Ya BELING afirmó que el Derecho penal no le toca al delincuente ningún pelo, el mundo de los criminales puede burlarse de los párrafos que sólo viven en el papel hasta cuando el Derecho Penal no actúe realmente, tarea que le es propia al Derecho procesal penal. Empero, esa realidad normativa, que denominados Legislación procesal penal, para afianzar la aludida “justicia penal” se ha tornado para quienes estamos interesados en el estudio de las ciencias penales en un objetivo de difícil comprensión. Más todavía, si tenemos en cuenta aquellas palabras de BINDER, que en el prefacio de la primera edición de su Introducción al Derecho procesal penal, en 1993 escribía lo siguiente: “*Este libro es una introducción al estudio de los mecanismos que utilizamos los seres humanos para encerrarnos unos a otros dentro de unas jaulas*”. Indicando, con razón, que el estudio del Derecho Procesal Penal, al final de todo está la cárcel. En todo caso, el proceso penal –para hacerlo más ajustado a Derecho y en la cual habrá que seguir desarrollando- debe regirse de determinados principios y garantías que en su mayoría están receptados en la Constitución, de ahí que MAIER diga que “*Es por ello que se piensa que el Derecho procesal penal de hoy en día es, desde uno de los puntos de vista principales Derecho constitucional reformulado o Derecho constitucional reglamentado*” Ver: MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal argentino. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires, 1989, p.195. Por todo ello, no puede haber válida construcción sobre el proceso penal que no se asiente sobre una exégesis constitucional, hacia ello debe de estar orientado la política criminal.

¹⁰ BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Segunda Edición Buenos Aires, 1999, p. 27

¹¹ ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Madrid, 1997, p.193. Nota 4. Se entiende por “*sistema*” dentro de este contexto jurídico y según la formulación kantiana, a “*la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea, un todo del conocimiento ordenado según principios*”. El Sistema Penal entendido como tal, comprende la suma de medidas de control social de carácter penal y que a la vez son parte del conjunto de medidas de carácter político-criminal que un determinado Estado adopta para el logro de sus objetivos en materia criminal, por lo que el Derecho Penal de un Estado es el parámetro caracterizador de dicho Estado.

¹² Ver: FREUNDT, Georg. “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal”. En: WOLTER, Jürgen, y FREUNDT, Georg (eds). El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid/Barcelona, 2004. p.126. Considera que

también de operadores sociales que funcionen en coherencia con los principios político criminales que inspiran a un orden social y democrático de Derecho como declara ser el peruano¹³.

§3. En efecto, una política criminal fundada en el castigo sin contar con los límites que le impone el Estado social y democrático¹⁴, deja de ser una política criminal preventiva, para convertirse decididamente en una de carácter represiva¹⁵. Ya lo dijo ROXIN¹⁶ al formular la siguiente interrogante: “¿de qué sirve la solución de un problema jurídico, que a pesar de su hermosa claridad y uniformidad es, desde el punto de vista político criminal, erróneo?”.

La política criminal de cada Estado depende del rol que los ciudadanos le asignen, del valor que se le reconozca a la persona humana, del concepto que se

por sistema integral del Derecho penal no sólo el Derecho penal sustantivo y el Derecho de la determinación de la pena, sino también del Derecho procesal penal como auténtico campo de aplicación de los dos anteriores, pues el Derecho sustantivo sólo puede acercarse a la realidad por medio de un proceso y las modificaciones que éste comporta. En el mismo sentido, REANO PESCHIERA, José Leandro. Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias. Lima, 2004. Sostiene que [haciendo alusión a lo dicho por FREUNDT]: “(...) Se trata de articular estos tres subsistemas del Derecho penal en orden al mismo fin, de suerte que sólo se consideren legítimas aquellas medidas intromisivas en la esfera de derechos del imputado que aparezcan como solución adecuada al conflicto de intereses objeto de controversia, esto es, cuando los costes de la imposición de tales medidas lleven aparejados un beneficio que las justifique (restauración de la paz jurídica perturbada por el presunto delito)”.

¹³ ROJAS VARGAS, Fidel. “Las funciones del Derecho penal y los principios de subsidiaridad y *ultima ratio*”. En: Estudios de Derecho penal. Lima, 2004, p.32: “La matriz humano-profesional, en tanto vector responsable de interpretación de la ley y operador de la misma puede jugar por igual un rol dual, sólo que en planos diferentes de acción y en contextos distintos de decisión. Un derecho bueno y justo a extramuros de las rígidas o flexibles construcciones normativas puede encontrar su más sensible o humana configuración en la labor de los operadores de justicia, en su diversidad de argumentaciones confluyentes (forense, fiscal, judicial), pero puede también ser trocado en un derecho intencionado y manipulador a través de las acciones motivadas o no de los agentes que operan oficialmente con las normas jurídicas”. MEINI MÉNDEZ, Iván. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima, 1999, p.225. Afirma que “La actividad punitiva del Estado peruano, en tanto Estado Democrático de Derecho, tiene que estar sometida a determinados principios y límites. Como quiera que la Constitución Política del Estado se constituye en el eje central de nuestro Ordenamiento jurídico, tanto la actividad sancionadora del Estado como los referidos límites al *ius puniendi* tienen que encontrar amparo en la Carta Magna. Así, la necesidad de respetar las reglas mínimas de convivencia y la participación libre de los ciudadanos en una sociedad democrática por un lado, y el respeto al principio de humanidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, de subsidiaridad y carácter fragmentario (en definitiva, un Derecho penal de mínima intervención), de exclusiva protección de bienes jurídicos, y de legalidad, por otro lado, representan un feliz equilibrio que justifica la intervención punitiva de un Estado Democrático de Derecho”

¹⁴ Ver: ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Facticidad y normatividad en Derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica”. En: Revista Nueva Doctrina penal, Buenos Aires, 1998/B: “En un Estado social y democrático de derecho la persona no sólo es responsable frente al Derecho: “súbdito”, sino responsable del Derecho: “ciudadano”, de tal forma que tanto las obligaciones como las libertades, los márgenes de imputación y las garantías mismas, han de ser determinadas al amparo de un procedimiento en condiciones de igualdad, claro ejemplo de ello está representado en el contrato social”.

¹⁵ Ver: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Política criminal. Madrid, 2001, p. 40

¹⁶ ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del Derecho penal. Buenos Aires, 2000. p.19

tenga del delito y de la forma particular en que se regule la relación entre administrador y administrados. Es decir, como bien ha sido definido la política criminal, no es más que el rumbo y plan de acción del Estado para enfrentarse a la criminalidad y que para cumplir su tarea, pone en práctica los medios más adecuados para el logro de los fines del Derecho penal, indicando las metas a las que éste debe aspirar y los límites que debe respetar¹⁷. De esta manera, el Derecho (p. 294) penal se encuentra “penetrado” por la política criminal¹⁸, conforme lo justifica y legitima, claro está, si es que se adscribe al orden constitucional¹⁹. El peligro de una instrumentalización política del Derecho penal queda contrarrestado en buena medida gracias a la concreción en la Carta Magna de una serie de garantías del ciudadano que cumplen el papel de límites al ejercicio del *ius puniendi*²⁰.

Asimismo, se sostiene que la política criminal de cada Estado depende del sistema al cual se encuentre enrolado. Habrá un sistema autoritario cuando las ideas de libertad e igualdad quedan subordinadas a la de autoridad²¹, en cambio, habrá un sistema liberal cuando ésta idea se somete a los principios de libertad e igualdad, aquí el poder estatal se autolimita con los parámetros de legalidad y certidumbre, reconociendo el derecho a la diferencia, a la vida privada, a la libertad, o a un sistema igualitario que pretende el acceso a la justicia de todos los

¹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal. Segunda edición. Bogotá, 1994, p.124 sostiene que: “Los ciudadanos, dentro de un Estado de derecho, no pueden vivir bajo la amenaza constante de violencia; tampoco de la que ejerce el Estado, pues ello significaría la negación de ese propio Estado de derecho.”

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. Prólogo. Valencia, 2004, p.12. Sostiene que hoy por hoy, la visión puramente dogmática de la problemática penal esta siendo criticada y se puede decir que ha entrado en crisis hasta en la propia Alemania, donde muchos penalistas cuestionan la importancia y el valor excesivo que se le ha dado en detrimento de otras cuestiones más importantes y con consecuencias prácticas inmediatas.

¹⁹ TOCORA, Fernando. Política criminal contemporánea. Bogotá, 1997, p.5 Sostiene que la dogmática junto a lo político criminal conforman una unidad. Un concepto dogmático que se oponga a otro concepto político-criminal, conduce a la construcción de un "sistema penal disfuncional". La política criminal es, ante todo, una *praxis*, que se incrusta dentro de la acción política general. Como tal, se impone al concepto de teoría, y aunque estos dos conceptos conservan una relación de interacción y complementariedad, o de alimentación y retroalimentación, lo predominante en esta área de la política es la prevalencia inicial de las prácticas o de los métodos. Agrega que “De hecho, uno de los grandes rasgos de la política criminal contemporánea ha sido su deficiencia programática, su falta de estudio y planificación, que se aprecia claramente en las respuestas oficiales de exacerbación de la represión penal dictadas ante situaciones coyunturales, que buscan efectos de apaciguamiento social, ante una reacción social alarmada que reclama contragolpes”.

²⁰ GARCÍA RIVAS, Nicolás. El poder punitivo en el Estado democrático. Cuenca, 1996, p.43.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid, 1989, p.852 y ss. Quien apunta que el modelo autoritario se caracteriza fundamentalmente por subordinar el valor libertad al principio de autoridad, desconociendo la idea de límites al poder penal o reduciéndola a consideraciones meramente cosméticas. Este modelo de intervención punitiva del Estado, se expresa a través de un programa político eminentemente eficientista y guiado por un plan preventivo de corte radical.

ciudadanos sin distinción alguna²². A partir de ellos es posible enrolar a nuestro país, desde un punto de vista formal, en el modelo liberal²³.

§4. Sin embargo, varios sectores de la doctrina han cuestionado la posibilidad de mantener en la actualidad los postulados propios del llamado de manera irónica por Lüderssen²⁴ “*buen y viejo Derecho penal liberal*”. En efecto, quienes describen al “*nuevo Derecho penal*”²⁵ consideran que el mundo del Derecho no es inerte ni estacionario, ni tiene una existencia coercitiva propia porque no es producto de un trabajo de laboratorio, sino que el Derecho es variable y dinámico impuesto por factores extrínsecos de carácter social, político, económico y cultural que van a condicionar la vigencia de un ordenamiento jurídico determinado²⁶.

En esa medida, se sostiene que la sociedad actual no se organiza en función a un modelo de “*luchas de clases*” o exclusivamente del desarrollo industrial del siglo XIX y probablemente de la primera mitad del siglo XX²⁷. Los cambios acaecidos en los parámetros sociales han afectado su regulación por parte del Derecho, en estricto, en la planificación político criminal. Hoy somos todos testigos que ante los nuevos peligros producidos por la sociedad post-industrial o “*sociedad de riesgos*”²⁸ se ha dado paso a un “*Derecho penal de riesgos*” o “*moderno Derecho penal*” donde, entre otras cosas²⁹, ha sido insoslayable la participación

²² Ver. STRASORIER, Daniel. Op. Cit. p.547.

²³ Ante la actual sensación de impunidad y, en especial, en países que como el nuestro se encuentran enrolados en una política criminal liberal donde el Estado limita su poder a principios de legalidad e igualdad, la política criminal debe de valorar desde su perspectiva si los métodos aplicados para combatir el delito son los adecuados o, en su caso, dar respuestas concretas para la prevención y sanción de conductas delictivas. El presente trabajo tiene este objeto.

²⁴ Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, 2001, p.117. Nota 199.

²⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. “¿Qué es la modernización del Derecho penal?”. En: La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José CEREZO MIR. Madrid, 2003, p. 349 y ss.

²⁶ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “La presencia de personas jurídicas como característica del moderno derecho penal del riesgo”. En: Materiales de enseñanza del curso de Derecho penal económico dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del Derecho penal... Cit. p. 31

²⁸ CARO CORIA, Dino. “Bienes jurídicos colectivos en la “sociedad de riesgo” y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo”. En: II Congreso Internacional de Derecho Penal, Lima, 1997, p.51. Sostiene que las sociedades de riesgos, vendrían hacer aquellas situaciones donde la realidad inevitablemente se percibe y estructura a nivel cognitivo como una constante tensión o controversia entre seguridad y riesgo.

²⁹ Ver: NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. “Reconfiguración’ del sistema de fuentes del derecho penal y ‘amenaza’ de crisis del principio de legalidad: la incorporación del derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización”. En: FARALDO CABANA, Patricia (coord.). El Derecho penal de la globalización ante los nuevos riesgos sociales. Valencia, 2003, p... Sostiene que “La

activa de la ciudadanía en las políticas criminales quienes ponen en tela de juicio las bases dogmáticas del Derecho penal clásico³⁰. En efecto, la tensión provocada por el “*moderno Derecho penal*” en los cimientos hoy ya no tan rígidos del Derecho penal clásico de corte individualista o liberal-iluminista del siglo XVIII y XIX ha puesto en cuestionamiento, sin lugar a dudas, el carácter subsidiario del Derecho penal. La flexibilización y hasta eliminación, en algunos casos, de principios político-criminales de garantía es “*moneda común*” y a su vez el resultado de una tendencia universal que responde a la idea de mayor eficacia con el menor costo, convirtiendo al Derecho penal de *ultima ratio* en un sistema de *prima ratio* o, en no pocos casos, de *sola ratio*.

§5. Ante esto, ROXIN³¹ ensaya una respuesta –creemos, más política que penal- al cual me adhiero, afirmando que: “...no se podrá renunciar totalmente a la intervención del Derecho penal en este campo. Pero también al luchar contra el riesgo mediante el Derecho penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del Estado de Derecho; y donde ello no sea posible, debe abstenerse de intervenir el Derecho penal”. En ese sentido, y a pesar de la crítica al que ha sido objeto³², sostengo que este “*nuevo Derecho penal*” responde a una “*nueva sociedad*”, la

expansión del Derecho penal puede ser enfocada desde dos perspectivas La primera, de corte descriptivo, se refiere a un proceso en el cual el derecho penal aumenta sus fronteras de protección, es decir, incorpora sectores o campos de la vida social que antes quedaban fuera de su alcance regulatorio. La segunda, completamente valorativa, como crítica frente a una decisión estatal de aumentar los ámbitos sociales que quedan dentro del marco regulatorio del derecho penal. En esta segunda perspectiva, la cantidad y calidad de las prohibiciones y penas establecidas de que se compone el modelo normativo, determinadas los ámbitos de la vida social sobre los cuales el sistema penal ejerce su influencia y la entidad de las consecuencias jurídicas asociadas a la trasgresión de las prohibiciones. Es decir, cada vez que el sistema extiende sus fronteras o agudiza sus mecanismos estaremos en presencia de una expansión, un fenómeno de una indiscutibles repercusiones político-criminales”

³⁰ GRACIA MARTIN, Luis. Estudios de Derecho Penal. Lima, 2004, p. 720. Critica el concepto del Derecho penal de la Ilustración como clásico en el sentido que pretende HASSEMER, es decir, como “*un ideal, una aspiración por la que medir a dónde debemos dirigirnos, cuáles son los pasos que hay que dar para seguir el buen camino y evitar el malo, y cuáles son los que hay que desandar antes de llegar a las proximidades de la meta*”. Opina GRACIA que “*bajo ningún concepto, empero, puede ser atendible la pretensión de que sean precisamente los objetos y enunciados históricos del discurso penal de la Ilustración – o bien un determinado entendimiento de los mismos -, los que tengan que tomarse referencia y medida de lo accesible legítimamente a la intervención penal actual. El estado actual de las legislaciones penales, y, sobre todo, el hecho de que importantes y muy cualificados sectores de la doctrina...desarrollen argumentaciones concluyentemente favorables a la legitimidad de la asunción por el Derecho penal de nuevos contenidos, o de su extensión a nuevos ámbitos... son claras pruebas de que lo que aquí está en juegos y en discusión es precisamente la validez de ese modelo de Derecho penal o de un determinado modo de comprenderlo, y, por consiguiente, una razón más que suficiente para negar a dicho modelo el atributo de clásico”*

³¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Cit. p. 61

³² Los juristas próximos a la Escuela de Frankfurt, como es el caso de HASSEMER, ALBRECHT y HERZOG, se han mostrado críticos del llamado “*moderno Derecho penal*”, sostienen la posibilidad de retornar al “*viejo y buen Derecho penal liberal*”, rechazando todo tipo de manifestación que rebase las fronteras de tutela de bienes fundamentales y tradicionalmente salvaguardados por esta rama del Derecho, comulgando con la alternativa que el Derecho penal sólo atienda a la protección de bienes jurídicos tradicionales, ya tutelados por el Derecho penal clásico (Por ejemplo; la propiedad, vida, salud,

de riesgos, que exige legítima protección al Estado quien la debe (p. 295) brindar sin socavar las bases de un Estado social y de derecho. Entonces, queda como tarea poner un límite a la actividad estatal de creciente represión sobre la base del modelo de Estado recogido constitucionalmente.

II. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: LA EXPANSIÓN DE LA VIOLENCIA ESTATAL

2.1 APROXIMACIÓN INICIAL

§6. Tal como se observó en el acápite anterior, en la actualidad somos testigos del efecto expansivo del Derecho penal que se manifiesta en una vorágine de intervencionismo estatal sustentada en una creciente flexibilización de los principios, antes rígidos, del Derecho penal clásico.

Sin embargo, hoy por hoy se pone en duda la legitimidad de una política criminal que introduce “*más Derecho penal*” anulando o suspendiendo la tutela de los principios “*justificándose*” en criterios de utilidad, eficiencia y excepcionalidad. A la aplicación de esta forma de ejercer el poder penal se le ha llamado “*Derecho penal del enemigo*”. El análisis de este concepto, el cuestionamiento al que ha sido sometido por un grueso sector de la doctrina, lo nada anecdótico de sus manifestaciones en la política penal de diversos países y del nuestro, y la demostración de su inviabilidad desde una perspectiva económica; constituyen el objeto de este acápite.

2.2 CONSIDERACIONES TEÓRICAS

§7. Al hablar del “*Derecho penal del enemigo*” se hace referencia a una singular forma de manifestación de poder estatal de reelaboración dogmática reciente³³, así como de conocida raigambre filosófica³⁴ y política³⁵.

etc.). Entre quienes asumen una posición intermedia, tenemos, principalmente a SILVA SANCHEZ, quien niega que toda manifestación expansiva sea nociva *per se*, sino sólo los desbordamientos de la pena privativa de la libertad. Sostiene que “*el problema no es tanto la expansión del Derecho penal en general, sino específicamente la expansión del Derecho penal de la pena privativa de libertad*”, agregando que “*es esta última la que debe ser realmente contenida*”. Ver: SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho penal.... Cit. p.152

³³ LASCANO, Carlos. La cruzada de Ricardo Núñez contra el Derecho penal autoritario. Conferencia pronunciada el día 1 de octubre de 2003 en el acto inaugural del “XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho penal y Criminología” celebrado en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. La expresión “*Derecho Penal del enemigo*”, fue también mencionada en 1882, por Von LISZT, en su célebre “Programa de Marburgo”, empleándola según la concepción belicista propia de la civilización industrial para explicar el ejercicio de la potestad punitiva estatal como una *guerra a la criminalidad y a los criminales*, que constituían una especie inferior al género humano. En palabras de Von

LIZT: *“Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, así el cáncer de los cada vez con mayor rapidez crecientes delincuentes habituales penetra en nuestra vida social...Se trata de un miembro, pero del más importante y peligroso, en esa cadena de fenómenos sociales patológicos que acostumbramos llamar con el nombre global de proletariado. Mendigos y vagabundo, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, estafadores y gentes del mundo galante en el más amplio sentido de la palabra, degenerados psíquicos y físicos. Todos ellos forman un ejército de enemigos básicos del orden social, en el que los delincuentes habituales constituyen su Estado mayor”*.

³⁴ BUELA, Alberto. “Alcmeon de Crotona y la distinción amigo-enemigo”. En: Revista Yachay. N° 25, Buenos Aires, 1997, pp. 99 y ss. Sostiene que la distinción entre amigo-enemigo, fue esbozada por PLATÓN en su obra la “República” cuando hablaba de la conducta de los soldados griegos respecto de sus enemigos vencidos: *“Para mí es evidente que a las dos palabras distintas que hay para designar la guerra (pólemos) y la discordia (stasis), corresponden dos realidades que son también distintas en razón de sus sujetos. Uno de estos se define por la comunidad de familia y de raza y el otro por sernos ajeno y extraño. Ahora bien, la enemistad entre parientes se llama discordia y entre extraños guerra”* (470 b 4). De esta forma, PLATÓN distingue dos tipos de enemigos: el allegado, que de alguna manera participa de los mismos valores de uno y el bárbaro o extranjero que según sus palabras *“no considera a Grecia como su patria y no participa en las mismas solemnidades religiosas”* (470 a 1). Con el primero la lucha es circunstancial, *“no se arrasarán sus campos ni se incendiarán sus viviendas”* (470 d 3), con los segundos la lucha es a muerte, ya sea *“esclavizándolos o aniquilándolos”*. Esta distinción platónica entre dos tipos de enemigos se mantiene al pasar a la lengua latina. Y así, el *ejthrás* griego tiene su correlato en el *inimicus* latino, cuya etimología proviene de *amicus*:amigo, más el sufijo in. De modo que *inimicus* significa antes que nada no-amigo. PEREZ DEL VALLE, Carlos. “Sobre los orígenes del Derecho Penal del Enemigo. Algunas reflexiones en torno a HOBBS y ROSSEAU”. En Cuadernos de política criminal, Madrid, pp. 596-597. Agrega que en el Contrato Social hace ROSSEAU algunas consideraciones sobre el Derecho penal, en las que introduce el concepto de enemigo. Precisamente alude a él al justificar la pena de muerte: *“...todo malhechor, cuando ataca el derecho de la sociedad, se convierte por sus crímenes en rebelde y traidor de la patria; él cesa de ser miembro de ella violando sus leyes, e incluso le hace la guerra. Entonces la conservación del Estado es incompatible con la suya; es necesario que uno de los dos perezca; y, cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. Los procesos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que él ha roto el tratado social y, en consecuencia, ya no es miembro del Estado”*. ROSSEAU considera “enemigos” a aquellos que son culpables de la comisión de crímenes graves que suponen una infracción *“esencial del pacto social”*, quienes dejan de ser considerados personas morales porque no son ciudadanos ni súbditos. Estas reflexiones podrían estar relacionadas con otras precedentes de HOBBS: *“... rebeldes, traidores y todos los convictos de lesa majestad han de ser castigados con el derecho civil (estatal), sino con el derecho natural, no como malos ciudadanos, sino como enemigos de la civitas (estado), y no con el derecho del poder o de la autoridad, sino con el derecho de guerra”*. Según HOBBS, la existencia de un Derecho penal del enemigo se explica en la propia defensa de un Estado fundado en el pacto entre individuos que temen a los individuos que no han asumido dicho acuerdo, así *“... si un súbdito niega la autoridad del representante de la república de hecho, de palabra, a conciencia y deliberadamente (sea cual fuere la pena ordenada previamente para la traición), debe legítimamente hacérsele sufrir lo que el representante quiera. Pues negando el sometimiento niega el castigo ordenado por la ley; y, por tanto, sufre como un enemigo de la república, esto es, según la voluntad de su representante. Porque los castigos enunciados en la ley se refieren a los súbditos, no a los enemigos, como son quienes tras haber sido súbditos por su propio acto se rebelan deliberadamente y niegan el poder soberano”*. Ver: HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Buenos Aires, 2003, p.269.

³⁵ SCHMITT, Carl. El concepto de lo político. Madrid, 1999, pp 56 y ss. Considera que la política constituye el terreno idóneo para la distinción entre amigo-enemigo. Sostiene el autor que en primer lugar: *“todos los conceptos, nociones y vocablos políticos tienen un sentido polémico (pólemos), se refieren a un antagonista concreto, están ligados a una situación concreta, cuya última consecuencia (que se manifiesta en forma de guerra o de revolución) es la agrupación amigo-enemigo. En segundo lugar, dentro de un estado pluralista de partidos...el vocablo política se usa como sinónimo de ‘política de partido’*. La falta de objetividad inevitable de toda decisión política es sólo el reflejo de la distinción amigo-enemigo”. El enemigo no puede pensarse en términos de cualquier competidor o adversario, como lo planteaba el liberalismo, ni tampoco como el adversario privado (*inimicus*). La oposición o antagonismo de la relación *amigo-enemigo* se establece *si y sólo si* el enemigo es considerado

§8. Ensayando una definición, puedo decir que se trata del soporte teórico que explica la constitución de un orden político criminal caracterizado por una constante restricción o, más bien, anulación de principios, asociado con el establecimiento de fenómenos sociales –digamos, graves- como el terrorismo, la criminalidad organizada, tráfico ilícito de drogas, etc. Ciertamente, las actividades de tales individuos se concretan en la realización de hechos delictivos que ponen en cuestión la existencia misma de la sociedad. Asimismo, se habla de la aparición de un sustento doctrinal que nos muestra la existencia de un Derecho penal de doble dirección: con garantías para las personas y sin garantías para las no-personas³⁶.

Para ser más explícito, JAKOBS³⁷, principal ponente de esta tendencia, realiza una elaboración que dota de contenido al Derecho penal del enemigo, distinguiéndolo del Derecho penal del ciudadano. Para el mencionado jurista alemán, aquel que por principio, o de manera permanente o sostenida, se comporta de modo desviado, en contra del ordenamiento jurídico, no ofrece

público (*hostis*). "Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, 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". MEDINA, Gabriela. "Como la relación amigo-enemigo es un hecho básico, la política y el conflicto son aspectos insuperables de la condición humana. El conflicto político está ligado a la condición humana, mientras que el orden se presenta como lo contingente". En: <http://www.ciudadpolitica.com>. Considera que el presupuesto fundamental de la acción política es para SCHMITT la posibilidad de la guerra, y el enemigo político es aquel con quien el conflicto puede llevar a la guerra. Esta se considera como una alternativa siempre presente en la relación amigo-enemigo, o sea como algo que no está superado totalmente como alternativa en el sistema político moderno. Por eso, todo antagonismo, puede adquirir carácter político siempre y cuando se agudice lo suficiente como para agrupar a los individuos en bandos opuestos, y puedan enfrentarse en una guerra. En ese orden de ideas; DELGADO PARRA, María Concepción: "El criterio amigo-enemigo en Carl SCHMITT". En: http://www.filosofia.net/materiales/num/num14/n14d.htm#_ftnref16. Opina que el criterio *amigo-enemigo*, planteado por SCHMITT como una expresión de la necesidad de diferenciación, conlleva un sentido de afirmación de sí mismo (nosotros), frente al otro (ellos). Así pues, es posible observar el contenido positivo de la relación amigo-enemigo como conciencia de la igualdad y de la *otredad*, la cual se define marcando al grupo entre los que se distinguen de los otros con base en ciertos referentes. El autor inglés menciona que la diferencia *nosotros-ellos* establece un principio de oposición y complementariedad. La percepción que un grupo desarrolla de sí mismo en relación con los otros es un elemento que al mismo tiempo que lo cohesiona, lo distingue. La posibilidad de reconocer al enemigo implica la identificación de un proyecto político que genera un sentimiento de pertenencia..

³⁶ RIQUERT, Fabián y Leonardo PALACIOS. "El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes". En: *La Ley*, Revista Universitaria, Año V, N° 3, junio de 2003, p.5. Sostiene que bajo este concepto se identifica al "enemigo" como "no persona", y de esta forma el Estado con su poder punitivo puede intervenir de la forma más agresiva violando garantías y derechos que ya se encontraban pacíficamente consagrados en las Constituciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos. (Por ejemplo: confesión bajo tortura, comunicaciones prolongadas, detenciones sin estar expresados los motivos y sin control del imputado ni judicial, etc.).

³⁷ Citado por MARÍN FRAGA, Facundo. "Derecho penal de enemigo". En *La Ley*. Actualidad. En su edición del 15 de febrero de 2005. p.1 y ss.

garantía de conducirse como persona. Por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo. Con esto se quiere decir que en la sociedad actual el delito no surge como “*el fin o apocalipsis de la comunidad*”, sino tan sólo como alteración de ésta, cuyo orden resulta subsanable. Por esta razón es que el Estado moderno ve al autor de un delito no como un enemigo a destruir sino como ciudadano que ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico (o dañado la vigencia de la norma en la concepción de JAKOBS). Hasta aquí todo va bien, siempre y cuando el autor ofrezca, a pesar de su hecho disvalioso, garantías de que se comportará como ciudadano que actúa fielmente en relación con (p. 296) el ordenamiento jurídico. El punto de inflexión radica en aquellos individuos que no ofrecen las garantías mencionadas por su abierto y quizás permanente enfrentamiento contra el orden existente. Así como la vigencia de la norma no puede mantenerse de forma completamente contrafáctica, lo mismo ocurre con la condición de persona que se atribuye al individuo en una comunidad. En este sentido, si se pretende que la norma determine la configuración de una sociedad, el comportamiento de acuerdo con ella debe ser realmente esperable. Las personas deben partir de que los demás integrantes de esa comunidad se conducirán de acuerdo con dicha norma, no infringiéndola. Por ello, no alcanza con saber que tengo el derecho de atravesar a pie cierto barrio de la ciudad sin ser atacado. La certeza en este derecho no me hará cruzarlo si no tengo una seria necesidad de hacerlo. Porque además del derecho es necesaria una seguridad cognitiva, esto es, una razonable expectativa de que ese derecho será respetado y no se convertirá en una promesa vacía.

Dicho de otro modo, tomando el ejemplo propuesto por MARÍN³⁸ “*cierto es que todos los ciudadanos tienen el derecho a recorrer a pie el denominado barrio de Fuerte Apache, pero aunque este derecho es por todos conocido y a nadie se le ocurriría ponerlo en cuestión, del mismo modo ningún sujeto irá allí de paseo sin una imperiosa necesidad de hacerlo. La expectativa de salir ileso es más bien poco esperable y las garantías de que nuestro paseo no sea alterado se esfuman. Este mismo razonamiento se emplea en la elaboración doctrinal del Derecho penal del enemigo, respecto a la personalidad del autor de un delito, a su condición de persona. Es decir, que su tratamiento como persona no se erige por sí mismo, sino que se trata de una expectativa normativa que debe ser corroborada de manera cognitiva, en el mundo real. Cuando la expectativa de un comportamiento fiel al Derecho es defraudada de modo permanente, la disposición a tratar al delincuente como persona disminuye sensiblemente. Las medidas de seguridad constituyen un buen ejemplo, aunque en Derecho penal hay más muestras de ello. De esta forma es como el legislador actual tiende a confeccionar cuerpos normativos denominados de lucha; ello ocurre en materia de terrorismo, criminalidad organizada, tráfico ilegal de drogas o delitos sexuales, por ejemplo. Así es como se pretende combatir a ciertos*

³⁸ *Ibidem*

individuos que se han apartado de forma, probablemente duradera, del ordenamiento jurídico. Este grupo de sujetos no prestaría la garantía material mínima necesaria para su tratamiento como persona". Por los motivos expuestos, a decir de quienes fundan la aplicación de este Derecho de enemigos, el tratamiento como persona que se brinda al delincuente tradicional, se torna dificultoso cuando el autor actúa movido por una tendencia o bien es que se encuentra dentro del esqueleto de una organización enfrentada con el Derecho. En estos últimos casos surge la necesidad de reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a Derecho. Todo lo cual conduce a proporcionar en estos supuestos un tratamiento no como persona, sino como individuo peligroso; de lo contrario se impone al Estado una atadura que resulta inadecuada.

Además, conforme a esta concepción, lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado³⁹. En buena cuenta, se trata de un Derecho penal donde los derechos de todo ser humano se ven reducidos y hasta acortados por criterios de intervención estatal de necesidad y eficacia⁴⁰.

§9. Resulta de obligatorio abordaje lo dicho por JAKOBS en una reciente contribución⁴¹, en el que reafirma lo dicho anteriormente, es decir, que hay que distinguir: *Derecho penal del ciudadano* (que se aplica a quienes no organizan su vida en torno al delito, respecto de los cuales la pena busca la *contradicción* de un hecho para asegurar la vigencia normativa) del *Derecho penal del enemigo* (que se aplica a quienes organizan su vida en torno al delito, respecto de los cuales lo importante es la *eliminación de un peligro*). En efecto, este autor reconoce que para ciertas concepciones, en principio, todo delincuente es un enemigo; sin embargo, que ese no es el concepto de enemigo con el cual se manejará puesto que de otra manera no podría hablarse de un Derecho penal del ciudadano. Así enemigo será quien vive del delito, para el delito y por el delito. En palabras del profesor de la Universidad de Bönne: "1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura.

³⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "La legislación de lucha contra las no personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado del 11 de septiembre del 2001". En: <http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>.

⁴⁰ VIRGOLINI, Julio. Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción. Buenos Aires, 2004, p.276: "Los derechos penales de emergencia suelen construirse sobre supuestos de este tipo, en los que la relación existente entre el derecho y el infractor n es la de ciudadanía sino la de hostilidad: se trata, más que nada, de un modelo bélico inspirado en la relación amigo-enemigo".

⁴¹ JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIA. Derecho penal del enemigo. Madrid, 2003, pp. 55-56

Ambos tipos pueden ser legítimos. 2. En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (ROSSEAU, FICHTE). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el status de ciudadano para aquellos que no se desvían por principio (HOBBS, KANT). 3. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”.

JAKOBS⁴² sostiene, además, que el “Derecho penal del enemigo” se caracteriza, en primer lugar, por un “amplio adelantamiento de la punibilidad”, es decir, por la adopción por parte del ordenamiento de una perspectiva fundamentalmente prospectiva (punto de referencia: hecho que va a cometerse) frente a la normal orientación retrospectiva (punto de referencia: hecho cometido) del Derecho penal. En segundo lugar, por un incremento comparativo notable de las penas frente al Derecho penal “normal”. En tercer lugar, por la supresión de determinadas garantías procesales individuales. Añade el jurista alemán⁴³ lo siguiente: “Con este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más duras, limitando las garantías procesales-, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. El enemigo es un individuo que no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual ‘peligroso’ según el párrafo. 20 a [del] Código alemán) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o principalmente a través de su vinculación a una organización (Terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente tráfico ilícito de drogas o el ya antiguo ‘complot de asesinato’), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y muestra este déficit a través de su comportamiento” (p. 297).

En consecuencia, el pensamiento jakobsiano⁴⁴ demuestra una racionalización extrema de su teoría de la prevención general positiva. En efecto, JAKOBS, siguiendo a Niklas LUHMANN, cree que la pena refuerza la confianza en el sistema penal en particular y en el sistema social en general. En este contexto, las normas son expectativas de comportamientos esperados por la comunidad en virtud de que su cumplimiento estabiliza lo social. El delito desestabiliza el orden de las cosas y por ello surge para contradecirlo la pena.

⁴² JAKOBS, Günther. Estudios de Derecho Penal. Madrid, 1997, p.294.

⁴³ JAKOBS, Günther. “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. Valencia, 2004, p.59.

⁴⁴ PARMA, Carlos. El pensamiento de Günther JAKOBS. Mendoza, 2001, pp. 33 y ss.

Ahora bien, cuando la contradicción no es suficiente, puesto que el mensaje del infractor es de una evidente carga destructiva, y contiene un *plus* de desestabilización, es necesaria, entonces, la eliminación del peligro; lo que da lugar al “*Derecho penal del enemigo*”. Por ello quienes viven del delito, quienes organizan su vida sistemáticamente en torno a él, quienes nada temen de las autoridades estatales (policía, fiscales, jueces, etc.), quienes no valoran los grandes principios de una convivencia pacífica, y quienes, en definitiva, cometen actos atroces, de lesa humanidad, y similares, son enemigos acérrimos de la sociedad. A ellos, por considerarlos *no-personas* se les debe *eliminar* y *no contradecir*. Esta postura, evidentemente, no se aparta de un Derecho penal de peligrosidad, con todas las consecuencias que ello implica; pues aquí lo que importa es la seguridad “*frente a agresiones futuras*”.

Las apreciaciones de JAKOBS han tenido eco en un sector de la doctrina penal alemana, así LESCH⁴⁵ considera que sólo cuando el individuo acepta el orden social constituido adquiere el status de persona; por el contrario, de no aceptarlo, se convierte en una criatura animal (!) y, en consecuencia, el Ordenamiento carece de razones para defender sus intereses.

§10. En el trabajo ya mencionado en el párrafo anterior y que fue publicado precisamente junto con el ensayo de JAKOBS, el profesor español CANCIO deslinda las carencias del Derecho penal del enemigo descrito por el profesor de la Universidad de Bonn, sostiene que su definición es incompleta, pues sólo se corresponde de manera parcial con la realidad. Agrega, en primer lugar, que “*aún sin llevar a cabo un estudio de materiales científicos relativos a la psicología social, parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo ("cárteles de la droga"; "criminalidad de inmigración"; otras formas de "criminalidad organizada" y terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de "enemigos" en este sentido pseudoreligioso que en la acepción tradicional-militar del término*”. Con ello, según CANCIO, el Derecho penal del enemigo no llega a estabilizar normas (prevención general positiva), sino “*demoniza determinados grupos de infractores*”. En segundo lugar, agrega CANCIO, que el “*Derecho penal del enemigo*” abre la perspectiva para una segunda característica estructural: “*no es sólo un determinado 'hecho' lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos*”, en buena cuenta, nos enfrentamos frente a un Derecho penal de autor y no de hecho⁴⁶. Afirma CANCIO, que los fenómenos a los cuales responde el “*Derecho penal del*

⁴⁵ Citado por BARONA VILAR, Silvia. Seguridad, celeridad y justicia penal. Valencia, 2004, p.32.

⁴⁶ ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Cit. p.177. Afirma que “*lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino sólo el que el autor sea "tal" se convierte en objeto de la censura legal*”

enemigo” no importa, como se predica, “*una especial peligrosidad terminal para la identidad de las sociedades en cuestión*”, si bien constituyen conductas graves, lo cierto es que no constituyen riesgos extraordinarios, por lo que la reacción penal altamente represiva es meramente simbólica.

§11. Para SILVA SÁNCHEZ⁴⁷, las reacciones estatales propias de un “*Derecho penal del enemigo*” se configuran dentro de lo que él denomina “*Derecho penal de tercera velocidad*” y la discusión fundamental versa sobre su legitimidad. Agrega el jurista español que para ello habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia. Menciona a continuación⁴⁸: “*Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo ‘Derecho’ o es ya, por el contrario, un ‘no Derecho’, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos ‘excluidos’*”. Agrega que la justificación del Derecho Penal de la *tercera velocidad* -ensayada por algunos en el sentido que se trataría de un “*mal menor*” frente a fenómenos excepcionalmente graves que no ofrezcan peligro de contaminar al Derecho Penal “*de la normalidad*”- obliga a una revisión permanente e intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulación de esa índole. Concluye: “*...en mi opinión eso no está sucediendo, sino que los Estados, por el contrario, van acogiendo con comodidad la lógica, que Moccia criticara con agudeza, de la ‘perenne emergencia’*”. *A la vista de dicha tendencia, no creo que sea del todo aventurado pronosticar que el círculo del Derecho penal de los “enemigos” tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer*”.

§12. Las críticas a esta especial forma de reacción estatal siguen, en ellas se ponen en cuestión los elementos que la constituyen, como qué se entiende por “*enemigo*” o si realmente “*ataca*” a criminales que ponen en peligro constante a las bases de la sociedad (a la que ya hiciera alusión CANCIO). De esta forma, tenemos la posición de MUÑOZ CONDE⁴⁹ quien ha dicho que: “*el problema principal que plantea este derecho penal y procesal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del Estado de derecho, porque ¿dónde están las diferencias entre ciudadano*

⁴⁷ Ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho Penal... Cit. pp. 163 y ss. El jurista español menciona una primera velocidad del Derecho penal para referirse al núcleo duro del Derecho penal y frente al cual las diversas garantías del derecho penal liberal deben mantenerse indemnes, explica la existencia de una segunda velocidad del Derecho penal cuando, en virtud a la menor intensidad de la reacción penal (pena limitativas de derechos o pecuniarias) cabe admitir cierto nivel de flexibilidad en las garantías del derecho penal. Por último, explica que la tercera velocidad del derecho penal se caracteriza porque las garantías del ciudadano están sumamente limitadas y por ende propensas a vulneraciones.

⁴⁸ Citado por LASCANO, Carlos Julio. “Principio de culpabilidad y Derecho penal del enemigo”. En: Libro de ponencias del XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Lima, 2004, p.244.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE; Francisco. “¿Hacia un derecho penal del enemigo?”. Publicado en el Diario “El País” el 15 de enero de 2003.

y enemigo?, ¿quién define al enemigo y cómo se le define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley?». Así también, vale resaltar la crítica esbozada por GRACIA MARTÍN⁵⁰, quien sostiene que: “El derecho penal moderno, dentro del cual se ubica el derecho penal del enemigo, está destinado a las actividades inequívocamente delictivas como terrorismo, narcotráfico, tráfico de personas, etc y en general de una criminalidad organizada... pero las actividades de tales individuos se concentran en la comisión de delitos de asesinatos, lesiones, daño, secuestros, extorsiones, etc., que no constituyen la base de la regulación del derecho penal del enemigo pues en nada difieren de los delitos realizados por las personas vinculadas al derecho penal del ciudadano”.

Resulta necesario tomar siquiera un extracto de lo dicho por HASSEMER⁵¹, principal representante de la ya nombrada “Escuela de Frankfurt”, quien critica al “Derecho penal del enemigo” desde lo utópico de sus finalidades: *“En última instancia hay que preguntarse si un Derecho penal políticamente funcionalizado y utilizado de esta manera puede (p. 298) ocupar todavía en el conjunto de todos los sistemas de control social el lugar que le corresponde. Si sus principios son disponibles, perderá – incluso a largo plazo a los ojos de la población – su poder normativo de convicción y su distanciamiento moral de la infracción jurídica. Un Derecho penal así concebido no podrá sobrevivir como un instrumento estatal de solución de problemas más o menos idóneo entre otros más...”*. Agrega el profesor alemán que el “Derecho penal del enemigo” está constituido por normas simbólicas⁵² que ofertan una falsa eficiencia. El excesivo pragmatismo político criminal impregnado en los fundamentos de esta forma de ejercer el poder penal, dice HASSEMER, importa el superponer ilegítimo interés del Estado en fortalecer su poder con el sacrificio de la libertad de los individuos.

La sensación de encontrarnos inmersos en un proceso expansivo penal de carácter disfuncional ha sido también advertida por ZAFFARONI⁵³ quien, en una entrevista brindada a un medio periodístico argentino, critica la aplicación de un “Derecho penal de enemigo” al que considera propio de regímenes autoritarios, en sus palabras: *“de un autoritarismo cool”*, en tanto afirma que éste tipo de política represiva es superficial, que atiende a la moda, que se usa distraídamente sin asumir una convicción profunda. El jurista argentino se adscribe a la lucha *“por sostener con firmeza los principios del derecho penal liberal y oponerlos al derecho penal cool”*.

⁵⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. “Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia”. Valencia, 2003.p.120

⁵¹ HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad. Valencia, 1999, p.96

⁵² Ver: HASSEMER, Winfried. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” traducido por LARRAURI. En: Revista pena y estado, N° 1, 1991, p. 34: Sostiene que con esta denominación se atribuye al Derecho penal la función meramente simbólica de tranquilizar a la sociedad moderna ante la imposibilidad de cumplir los fines de prevención general y especial.

⁵³ ZAFFARONI, Raúl. “No me gusta el autoritarismo cool”. Entrevista publicada el 29 de agosto de 2004 en el diario *Página 12* de Argentina.

LASCANO⁵⁴, sostiene que nos encontramos frente al retorno de la solución inocuizadora del que había hablado VON LIZT en su programa de Marburgo, declarando la guerra no sólo a la criminalidad, sino también a los criminales, en estricto, al delincuente peligroso incorregible, quien resulta ser, como diría JAKOBS: una “*no persona*”, a quien el Estado no puede concederle ni siquiera piedad. Ante esto, agrega el profesor argentino, sería más apropiado hablar de una “*marcha atrás*” del Derecho penal, que de una “*tercera velocidad*”, pues “*no estamos para nada convencidos que dentro del Estado de Derecho sea viable la coexistencia pacífica de dos modelos diferentes de Derecho penal, uno respetuoso de las garantías y los derechos fundamentales, y otro puramente policial, para ‘enemigos’. Que renuncie a la aplicación de los principios característicos del Estado de Derecho, los cuales son vinculantes por el Estado Constitucional*”.

2.3 ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

2.3.1. APROXIMACIÓN INICIAL

§13. Con el análisis económico del derecho (en adelante, AED) se busca aplicar los métodos o herramientas de la economía a lo jurídico. Así, con él, a decir de algunos, no sólo se aprehende que el derecho constituye un incentivo para el cambio de comportamiento, sino que resulta un instrumento adecuado para el logro de los objetivos de las políticas: eficiencia y distribución. Así, se afirma que con este método nos damos cuenta que no es posible entender las instituciones jurídicas únicamente con argumentos legales, sino que es esencial considerar los efectos (económicos) que tales instituciones tienen sobre la sociedad y los resultados que generan para los ciudadanos⁵⁵.

La economía ofrece una teoría científica del comportamiento que resulta útil para pronosticar cómo responderán los individuos ante el derecho y las políticas públicas. Con él se persigue predecir las conductas de los seres humanos partiendo de un principio: que las personas actúan en base a incentivos, y que, en consecuencia, buscan lo que les favorece y evitan lo que les perjudiquen⁵⁶.

⁵⁴ LASCANO, Carlos Julio. “Principio de culpabilidad y Derecho penal del enemigo”. Cit. p.245

⁵⁵ Desde su formulación originaria, para el AED el bienestar social es la sumatoria de los diversos bienestares individuales. Se trata de maximizar el bienestar individual para alcanzar la utilidad social.

⁵⁶ El comportamiento maximizador y el análisis del derecho es uno de los elementos esenciales del enfoque económico en que se basa el análisis económico del derecho, puesto que los sujetos tienden a

§14. El AED basa su metodología en las premisas conductistas de la ciencia económica que supone que los hombres son seres racionales que pueden establecer sus propias prioridades y buscar alcanzarlas de manera libre y soberana, según sus preferencias⁵⁷.

A través del análisis económico se traslada al derecho, desde el mundo de los conceptos, a la realidad; simplificando las expectativas de las personas a un razonamiento costo-beneficio⁵⁸. En ese orden de ideas, redactar una ley o preparar una sentencia, son actos, respecto de los cuales, los ciudadanos necesitamos saber cómo influirán en la sociedad⁵⁹.

De esta manera, el AED traslada sus premisas conductistas del nivel individual al nivel social y, por tanto, afirma y supone que la eficiencia en la asignación de los recursos disponibles a los fines sociales está directamente relacionada con el grado de democracia de las sociedades, y concluye en que entre menos democrática sea una sociedad más ineficiente e inequitativa será la asignación de tales recursos. Ahora una pregunta: ¿nuestro actual sistema anticorrupción responde a un modelo democrático capaz de maximizar beneficios sociales? A manera de inicio de respuesta a la pregunta anterior (respuesta que se verá ampliada, como usted verá, a lo largo de este trabajo), requiero desarrollar una idea concreta que se plasmará en el siguiente punto.

2.3.2 INVIABILIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO OPCION POLITICO CRIMINAL DESDE UNA PERSPECTIVA ECONOMICA

maximizar algo, ya sea riqueza o utilidad en condiciones que deben corresponderse con los parámetros establecidos de racionalidad en sus elecciones.

⁵⁷ BULLARD, Alfredo. Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales. Lima, 2003, p. 37. CARO CORIA, Carlos. “Sistema penal y mínima intervención: De una función simbólica a una función real”. En : Themis N° 27.28. Lima, 1994, p. 192. Agrega que “Uno de las ideas básicas del análisis económico del derecho consiste en calificar a los individuos como sujetos racionales, que intentan ampliar al máximo su bienestar dentro de las limitaciones en que se mueven: limitaciones de información, conflicto con otros valores, etc...”.

⁵⁸ Ahora bien, debemos de entender que los costos y los beneficios no son sólo elementos expresables en dinero, sino todo elemento favorable o no (positivo o negativo) que el sujeto sufre o disfruta. De allí el concepto errado de entender que el análisis económico del derecho sólo se orienta al estudio del Derecho civil o patrimonial (básicamente referidos a los temas de derecho de propiedad, responsabilidad civil y contratos), argumento superado y que se evidencia con el estudio económico de temas como el Derecho administrativo, Derecho laboral, Derecho penal, etc.

⁵⁹ Ver: BULLARD, Alfredo. Op. cit. p.37

§15. Aplicado al estudio del Derecho penal⁶⁰, para un sector de la doctrina, la perspectiva del AED puede contribuir a identificar la naturaleza del problema de la criminalidad, reconocer a los agentes y evaluar los incentivos de comportamiento lícito e ilícito ante una determinada normativa⁶¹ o política judicial⁶².

Es así que desde una visión económica y en pos de la eficiencia, se considera que sólo a través de la sanción más dura o decisiones extremas, se va a poder disuadir a los ciudadanos de la comisión (p. 299) de crímenes graves⁶³. Opino en sentido contrario; se ha probado, en demasía, que dar una función pedagógica al Derecho penal a través de instrumentos simbólicos, sólo produce deslegitimarlo⁶⁴. Los estudios empíricos demuestran que no existe una correlación significativa entre la severidad de las penas y la disminución de la criminalidad⁶⁵. No se puede ni debe dar al Derecho penal la función de

⁶⁰ Ver: POSNER, Richard. Análisis económico del derecho. Lima, 1999. Este autor sostiene que muchas áreas del Derecho tienen el sello del razonamiento económico, así la teoría de la eficiencia del Derecho se explica mejor como un sistema para maximizar la riqueza de la sociedad y proclama a la teoría económica del Derecho como la teoría positiva del Derecho más prometedora que existe en la actualidad.

⁶¹ RODRÍGUEZ LOPEZ, Fernando. “¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho”. En: RODRÍGUEZ GARCIA, Nicolás y Eduardo Fabián CAPARROS. “La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar”, Barcelona, 2004, p. 15.

⁶² COOTER, Robert y Thomas ULEN. Derecho y economía. México, 1997, p. 537

⁶³ Este postulado no es más que la afirmación de la tesis preventiva general negativa incluida dentro del estudio de la llamada teoría de la pena.

⁶⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Citado por CANCIO MELIA, Manuel. Cit. p. 160. “Dentro de este balance debería tenerse en cuenta de modo muy especial que las normas de estas características tienden a contaminar otros ámbitos de incriminación —como muestran múltiples ejemplos históricos—, de modo que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan convivir en un mismo ordenamiento jurídico. Aparte de ello, en el balance de efectividad” ha de considerarse que el Derecho penal del enemigo puede representar en alguna ocasión un éxito parcial, precisamente, para “el enemigo”; sobre la falta de “efectividad”, que supondría abrir un capítulo distinto”.

⁶⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Cit. p. 40: “Paradigmático es el caso de la pena de muerte en los estados Unidos, donde su mayor adopción en diversos Estados no ha significado un descenso de las tasas de criminalidad. Tal parece, que a la Sociedad norteamericana tal pena le produce un efecto simbólico de mayor seguridad”. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Tratado de criminología. 2ª edición, Valencia, 1999, p.224: “La supuesta eficacia preventivo-general de la pena, tal y como se formula para los juristas y teóricos de la prevención, no deja de ser probablemente más que una pálida e ingenua imagen de la realidad, a la luz de los conocimientos empíricos actuales”. HASSEMER, Winfried. “El destino de los derechos de los ciudadanos en un Derecho penal ‘eficaz’”. Inédito. Sostiene que “Las experiencias habidas con los “déficits de funcionamiento” del moderno Derecho, penal y con el llamado “Derecho penal simbólico” enseñan que una mayor contundencia de los instrumentos jurídicos penales (“more of the same”) no siempre ha mejorado su idoneidad en la solución de los problemas. Ello quizás podría deberse a que la subsidiariedad del Derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, estatales o sociales, no sólo es un principio normativo, sino también un principio empíricamente fundado: los medios jurídicos penales sólo son idóneos para resolver muy pocos problemas”.

transformación⁶⁶ o de ingeniería social⁶⁷ a través de normas duras o extremas⁶⁸, sino buscar aplicar la sanción más justa como producto de un proceso también justo. Esta idea no pervive, como muchos creen, sólo en quienes propugnan un derecho con fines utópicos, sino que tiene en la actualidad una importante utilidad práctica⁶⁹.

Así, reglas claras, adecuadas y respetadas por los ciudadanos y por el órgano estatal facilitan la convivencia y genera confianza; esta confianza genera bienestar. Por ejemplo, un Poder Judicial que no brinda certeza sobre el derecho que le asiste a cada quien genera desconfianza, desorden y, finalmente, desperdicio de recursos⁷⁰; evitar el desperdicio en una sociedad como la nuestra es una forma de ser justo⁷¹.

El Derecho penal debe cumplir una función activa en el mantenimiento y fortalecimiento del consenso y de la seguridad de la ciudadanía, no ir contra ella. Mediante el Derecho penal no sólo se realiza la lucha contra el delito, sino también se reafirma la juridicidad, la formalización del modo social de sancionar

⁶⁶ Esto no debe interpretarse como la reivindicación de un sistema penal cerrado sobre sí mismo. Por el contrario, a la política criminal debe exigírsele una orientación a las consecuencias, las mismas que deben tener, como punto de referencia, la protección de la vigencia de un Estado de Derecho y no la ejecución de ilimitados programas políticos.

⁶⁷ DIEZ RIPOLLES, José. “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”. En: Jueces para la democracia. Madrid, 1998, p.16.

⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal y Estado. En: Revista peruana de ciencias penales. N° 5, Lima, 1997, p.137-138. Sostiene que *“una política criminal destinada simplemente a intimidar a las personas, de partida implica rebajar su dignidad de tal, en cuanto estima que todas ellas configuran sus relaciones sólo en base a la amenaza, a la violencia. Por otra parte, su punto de partida resulta tan falso que tampoco logra empíricamente comprobar que ello es cierto o por lo menos que la amenaza de la penal tiene la cualidad en relación a las personas. En otras palabras, las personas reivindican su carácter de tal y no de animales, con lo cual echan por tierra el presupuesto básico de esta política criminal, que además para ser coherente tiene necesariamente que llegar al terror estatal y aún a trastocar la jerarquía de los derechos fundamentales de la persona en cuanto sólo tiene que guiarse por la frecuencia de los hechos delictivos (o por su pretendida gravedad puntual, la llamada alarma pública)”*.

⁶⁹ Procurar que el ejercicio del poder sancionador del Estado se conduzca por lo debido y que nos brinde seguridad jurídica llevará, por ejemplo, a que los ciudadanos nacionales y extranjeros se vean incentivados de participar en la vida económica peruana, maximizando a mediano plazo los beneficios de la inversión, reduciendo cada uno sus costos de participación.

⁷⁰ Cabe recordar que el análisis económico del derecho, entre muchos de los beneficios que conlleva su aplicación, sirve para orientar el contenido en la redacción de normas o de quienes las aplicarán, logrando así el objetivo de buscar su eficiencia; asimismo, ayuda en la anticipación del resultado que las diversas normas producirán en el mundo real, toda vez que vivimos en una sociedad con recursos escasos y necesidades humanas ilimitadas; así, el derecho sólo servirá si nos permite alcanzar los objetivos deseados, al menor costo posible, evitando el desperdicio de recursos.

⁷¹ Bajo esta perspectiva, el concepto de eficiencia contiene una serie de valores expresados en el objetivo de evitar el desperdicio en un mundo donde los recursos son escasos. Ver: CARO CORIA, Carlos. Cit. p.184.

el delito⁷² el que debe ir acorde con el respeto de los derechos fundamentales para ser legítimo.

§16. El AED, como se ha visto, no analiza la norma o las decisiones judiciales en un sentido abstracto, sino en base a su consecuencia social. El “*Derecho penal del enemigo*” viene a ser sólo un concepto, una creación dogmática que trata de explicar una opción político criminal y que aplicado, según nuestra propia perspectiva, no hace sino desprestigiar al derecho por maximizar los costos sociales.

Desde esta perspectiva, sostenemos que el Derecho penal tiene como fin genuino, aunque en *ultima ratio*, crear libertad y seguridad jurídica⁷³ para que los ciudadanos tengan las mismas posibilidades democráticas de participación en los procesos de relación⁷⁴.

Así las cosas, la “*consolidación de la gobernalidad democrática y el funcionamiento de las fuerzas del mercado requieren de un sistema judicial independiente, confiable, fuerte, eficiente, equitativo y moderno que no sólo asegure un ambiente de inversión y crecimiento sino también que sea una garantía de legitimidad a la hora de asegurar el acceso a la justicia y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Dicha legitimidad va asociada con la capacidad del sistema judicial de hacer respetar la ley y ejercer su papel contralor frente a los otros órganos de gobierno*”⁷⁵. Además, no debemos de olvidar que, conforme formula ATIENZA⁷⁶ “*La racionalidad judicial es inalcanzable sin una previa racionalidad legislativa*” por lo que sólo mediante una política legislativa racional, acorde con lo propugnado en la Constitución, a mi modo de ver, se va a provocar incentivos en los ciudadanos para que modifiquen su conducta.

⁷² HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona. 1984, p. 391 y ss.

⁷³ PASQUEL, Enrique. “Amparo vs. Amparo. Entre el derecho al proceso y la seguridad jurídica”. En Themis. N° 43, Lima, 2001, p.195. Sostiene que la seguridad jurídica implica una serie de factores que deben encontrarse presentes en el ordenamiento. Podemos mencionar, entre otros: El adecuado funcionamiento y cumplimiento de la Constitución y de las leyes por parte del Estado, la predictibilidad de los efectos jurídicos que tendrán las acciones de los sujetos, la prohibición de alterar derechos adquiridos, la carencia de efecto retroactivo de las leyes, el respeto del principio de legalidad en materia penal, la aplicación del principio de preclusión y la seguridad que el órgano jurisdiccional pondrá fin al conflicto de manera definitiva, entre otros.

⁷⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. 6° edición. Barcelona, 2002, p. 123. Sostiene que el principio de mínima intervención resulta “una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado Social, que busca el mayor bien social”. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho penal. Introducción. Madrid, 2000, p.379. Afirma que “*el principio de intervención mínima busca el mayor bien estar con el menor coste social*”.

⁷⁵ CARRILLO FLOREZ, Fernando. “Los retos de la reforma de la justicia en América Latina”. En: Reforma Judicial en América Latina: Una tarea inconclusa. Bogotá, 1999, pp. 38.

⁷⁶ Citado por DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”. En: Revista peruana de ciencias penales. N° 15. Lima, 2004, p.166.

En ese orden de ideas, en el presente trabajo se hace hincapié en resaltar la importancia de predecir las externalidades negativas⁷⁷ o los costos sociales mediatos e inmediatos de una opción política criminal de carácter altamente represivo, expresado en una falta evidente de seguridad jurídica. Una defensa irrestricta de la eficiencia puede conducirnos al círculo vicioso de la imposibilidad de alcanzar la misma eficiencia tan deseada⁷⁸ (p. 300).

2.4 TOMA DE POSTURA

§17. La rigidez en el respeto de los principios del Derecho penal clásico resultó funcional a una particular forma o aspectos de la vida social de inicios del siglo XIX y que, digámoslo claro, todavía tiene vigencia o utilidad cuando nos enfrentamos a analizar problemas propios de la criminalidad tradicional. Sin embargo, hoy en día, lo que realmente impera en la sociedad es una alta probabilidad de riesgo de afectación de bienes jurídicos, peligros provocados por el creciente progreso científico, que si bien otorgan bienestar, también traen consigo problemas para la seguridad de la sociedad; estos inconvenientes difícilmente pueden ser resueltos acudiendo a los tradicionales instrumentos y categorías jurídicas, sustentados en la ignorancia de datos fundamentales sobre esos riesgos que se desea enfrentar.

Ante la ya aludida sociedad moderna se debe optar por flexibilizar aquellos principios tradicionales del Derecho Penal propio de una política criminal de corte liberal, sólo así podrán ser satisfechos los fines del Derecho punitivo. Lo que quiero decir es que el Derecho penal debe superar su natural tendencia a la hipertrofia (alimentada -aún más- por quienes postulan una vuelta al pasado clásico) con su adecuación a los cambios sociales; tarea que debe de realizarse de manera controlada y acorde con los modelos del Estado de los países que la practican⁷⁹. Así como hoy cada vez son menos la voces que cuestionan el uso de

⁷⁷ ¿Qué es una externalidad? Las externalidades se definen como la influencia de las acciones de una persona en el bienestar de otra. Estas pueden ser positivas o negativas. Las externalidades positivas son aquellas que afectan favorablemente a terceros, como la contratación de un velador por parte de un vecino, esto genera una externalidad positiva, ya que disminuye la probabilidad de robos a las viviendas o autos de los demás vecinos. Las externalidades son negativas cuando afectan desfavorablemente a los demás, como es el caso de fumar en el salón de clase, ya que se afecta a quienes no fuman. Ver: <http://usic13.ugto.mx/economia/cardenas/peconomia/apuntes/cap10.pdf>

⁷⁸ TALLEDO DE LAMA, Jaime. Análisis económico del derecho y teoría de la justicia. En: Revista Jurídica del Perú. N° 58. Lima, 2004, p.194.

⁷⁹ DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. En: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>. Afirma que es *“Pecado original del garantismo ha sido su inmovilismo. La defensa de ciertos principios considerados intocables le ha llevado a convertirse en un peso muerto, en una fuerza negativa, a la hora de abordar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles*

los delitos de peligro en cuanto técnica legislativa, relativizando el principio de lesividad; tampoco debe sorprender cuando se utiliza agentes encubiertos para desbaratar organizaciones criminales complejas. Sin embargo, el nuevo contexto social de ninguna manera puede llevar a aceptar como adecuadas las decisiones que socavan o flexibilizan al extremo los principios, por ejemplo, cuando en lo procesal, se permite normativamente que una persona permanezca más de tres años detenida de manera preventiva, pues de eso modo se convierte a la prisión provisional en una pena anticipada.

Por ese motivo, ante la pregunta formulada a manera de título del presente trabajo, creemos que cualquier respuesta del Estado basada en la teoría de la *barbarie* se encuentra *per se* deslegitimada, y que, más allá de ser política criminal o ejercicio de poder estatal, lo cierto es que aplicarlo no resulta sino un criminal diseño que fundamenta una exacerbada violencia estatal.

No es menos cierto que responder vía “*Derecho penal del enemigo*” a la falta de efectividad del Derecho penal en el plano preventivo produce un mayor coste para el sistema jurídico penal y para las personas, en comparación con los beneficios preventivos que eventualmente se podrían lograr⁸⁰. De este modo, la eficacia que propugna el “*Derecho penal del enemigo*” como fin resulta ser sólo una utopía, pues con su aplicación sólo se acrecienta la inseguridad jurídica perturbando la satisfacción de las expectativas sociales de bienestar en virtud de una autoritaria y mayor intromisión en el ámbito de la libertad de los ciudadanos.

No estimo que las nuevas políticas criminales sean la solución y modalidades tales como las ofertas de “*tolerancia cero*” o del “*Derecho penal del enemigo*”, caracterizadas por la dotación de mayores poderes a organismos policiales,

necesidades sociales. Eso se puede ejemplificar, por el momento, en tres aspectos: El primero podría ser su olímpico desprecio hacia todo lo que suponga abandonar el cómodo hogar de los principios. Su descuido de las aproximaciones empíricas a la realidad del delito y del delincuente ha permitido que su discurso político criminal se haya mantenido inmune a los cambios sociales que se han ido sucediendo. No se trata tanto de recordar una vez más la incomprensible desconsideración por su parte del estatus científico que se merece la criminología, sino de llamar la atención sobre la capacidad del modelo garantista para ignorar ciertas realidades que contradicen sus orientaciones políticocriminales (...) A estos últimos efectos, el garantismo se ha servido machaconamente de un principio tan poliédrico y confuso como el de intervención mínima para descalificar un buen número de iniciativas de activación del derecho penal que luego, sin embargo, han mostrado una eficacia o efectividad aceptables sin que, por lo demás, hayan puesto en peligro principios básicos. Pensemos en las duras críticas formuladas al nuevo código penal por la criminalización de conductas en el campo del derecho societario, bursátil o del ámbito socioeconómico en general, en las reticencias a las reformas penales encaminadas a una mejor persecución del terrorismo callejero o de baja intensidad, y en las objeciones de principio a una utilización del derecho penal para afrontar la violencia doméstica. El que ahora tales actuaciones no sean objeto de crítica por el garantismo no nos exime de recordar lo que se dijo en el momento de su implementación (...).”

⁸⁰ CANCIO MELIA, Manuel. “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo” En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Número 13. Lima, 2003, p.160

disminución de la edad de imputabilidad penal, incremento de escalas penales, admisión de pruebas en violación de garantías constitucionales, arrepentidos, de “incapacitación” o “incapacitación selectiva”, de “inocuiización de delincuentes peligrosos”, de “medidas de seguridad indeterminadas”, entre otros; sólo nos muestran arbitrariedad. La solución debe venir dentro de las mismas bases que presupone un Estado de Derecho⁸¹ y que se permita alcanzar un punto de equilibrio entre el patrón empírico de “eficacia” y el patrón valorativo de “garantías”, es decir entre el Derecho Penal como manifestación de la pretensión punitiva del Estado en pro de la convivencia social y la reglamentación garantística de un debido proceso que resguarde la dignidad humana de la persona; y de ninguna manera marcharnos hacia construcciones jurídicas que buscan “proteger” mejor a la sociedad mediante la vulneración de principios clásicos de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal, porque no debe de olvidarse que en la postura de JAKOBS, el mayor riesgo lo representa la incertidumbre de las pautas y la persona encargada de determinar quien es “el enemigo”.

Es un ejercicio cotidiano procurar que el péndulo que se desplaza entre los dos polos opuestos de “Seguridad-Utilidad” y “Justicia-Garantías” se ubique en un término medio, y así la sociedad pueda sentirse protegida dentro del marco que comprende un Estado de Derecho.

§18. El “Derecho penal del enemigo” se constituye, entonces, como una manifestación de un nuevo Derecho penal autoritario y cuando hablamos del “nuevo Derecho penal autoritario” nos estamos refiriendo, en palabras de MUÑOZ CONDE, a un Derecho penal más autoritario de lo normal; de un Derecho penal que se ha colado de rondón, “por la puerta falsa” de un ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado. Denunciar este Derecho penal, que algunos han llamado, y parece que asumido como inevitable, “Derecho penal de enemigos”, es hoy en día una tarea urgente y necesaria⁸².

§19. A pesar de las justificadas críticas del que es objeto, considero que conocer el concepto de “Derecho penal del enemigo” resulta útil, pues permite identificar y describir sectores del ordenamiento penal existente, que son algo más que indeseables o ineficaces para distinguir de modo crítico lo que es verdadero Derecho penal de lo que sólo se llama así⁸³.

⁸¹ HASSEMER, Winfried y Francisco MUÑOZ CONDE. Introducción a la criminología. Madrid, 2001, pp.386 y ss

⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco. Citado por LASCANO, Carlos. Op. Cit. (nota 15).

⁸³ CANCIO MELIA, Manuel. “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo” Cit. p.160

§20. Debatir sobre el fin de la prevención de la norma penal siempre es posible y debes de hacerse, lo importante es que éste no se sustente en una persecución o sanción moral. Al respecto, hace referencia APONTE⁸⁴ cuando menciona que *“En este caso, la lógica de la prevención encuentra límites, y es posible armonizarla con los fines del Estado de derecho. Al contrario, la pena ‘ejemplarizante’, asentada sobre presupuestos morales o sobre la idea de una justicia de vencedores, no encuentra límites”* (p. 301).

⁸⁴ APONTE, Alejandro. Cit, p.14.