

## § 2 Política criminal, dogmática penal y criminología

*I. Política criminal. II. Dogmática penal. III. Criminología. 1. Biología criminal. 2. Sociología criminal. 3. Psicología criminal. 4. Concepciones mixtas. 5. Teoría de la estigmatización. IV. Política criminal y realidad social.*



## I. Política criminal

La actividad del Estado dirigida a enfrentar las acciones delictuosas (*lato sensu*) que amenazan la cohesión y el desenvolvimiento armónico de la comunidad<sup>135</sup>, se le denomina política criminal. Cuanto más evolucionada es la sociedad, ésta deviene una estrategia elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva<sup>136</sup>. Con la misma denominación se designa la disciplina o el estudio de la reacción contra la delincuencia, tal como es, efectivamente, practicada. Son tareas de esta disciplina tanto describir la reacción social contra la delincuencia, como determinar los lineamientos que deben seguirse para lograr una mayor eficacia. 130

Esta reacción institucionalizada contra la delincuencia forma parte del control social, el cual es una manifestación concreta de la política general del Estado. De esta manera, éste cumple su función destinada a coordinar, disciplinar y organizar la vida comunitaria. Para lo cual debe desactivar los conflictos y tensiones sociales o individuales<sup>137</sup>. El desarrollo y la orientación de esta actividad deben ser apreciados considerando el contexto social y político en el que ésta tiene lugar. No se trata de un proceso neutro o imparcial. 131

Sin embargo, toda reacción estatal dirigida a evitar la comisión de comportamientos delictuosos o suprimir ciertos factores que favorecen su comisión no forma parte, siempre, de la política criminal<sup>138</sup>. Ésta constituye sólo una parte de la política social del Estado, aunque goza de una cierta 132

---

<sup>135</sup> ANCEL, 1974, p. 23.

<sup>136</sup> ANCEL, 1975a, p. 222; PRADO, 1985, p. 13 ss.; VELÁSQUEZ, 2009, p. 38 ss.

<sup>137</sup> GURVITCH, 1947, p. 297; MAIHOFER, 1970, p. 28. Cfr. MAZUELOS COELLO, 2004, p. 241 ss.

<sup>138</sup> SCHULTZ, 1985a, p. 791 ss.

autonomía al interior de la política estatal. Una buena política social es, sin duda alguna, una condición indispensable para una política criminal eficaz<sup>139</sup>.

- 133 El contexto en el que se implanta y desarrolla la política criminal no constituye, sin embargo, un dato puramente objetivo. Las nociones de “delincuencia”, “crimen” y “criminal” son el resultado, precisamente, de intensos debates sobre los criterios de la misma política criminal, los cuales condicionan la elección de los comportamientos que serán criminalizados y de los medios que serán empleados para evitarlos<sup>140</sup>. En efecto, ningún comportamiento es delito en sí mismo. En realidad, su carácter “delictuoso” varía según los tiempos y los lugares en donde es cometido.
- 134 La programación y realización de una correcta y coherente política criminal dependen del conocimiento del fenómeno delictuoso y de los diferentes modos de reacción social<sup>141</sup>. Cuanto más amplio y profundo sea, será menos complicado determinar las “estrategias apropiadas para frenar el avance de la criminalidad, así como los excesos del control social”<sup>142</sup>. De esta manera, se evitará que la reacción sea espontánea o inorgánica, motivada sólo por el afán de dar satisfacción a los movimientos de la “opinión pública”, originados por la comisión de ciertas infracciones (política criminal del “golpe por golpe”, del “*coup par coup*”)<sup>143</sup>, o destinada a sosegar, mediante la multiplicación o agravación indiscriminada de la represión, a un público impresionado o temeroso ante la frecuente comisión de ciertos delitos.
- 135 La política criminal está, pues, en particular relacionada con la criminología<sup>144</sup>. En su elaboración juegan un papel decisivo los resultados de las investigaciones criminológicas y, en especial, de las propuestas que sobre la base de éstas para mejorar la manera de enfrentar la delincuencia. La admisión o el rechazo de las medidas de seguridad, por ejemplo, depende en mucho de la perspectiva que se adopte para explicar las causas de la delincuencia, el desarrollo de ésta y la eficacia de los medios a disposición.

---

<sup>139</sup> MAURACH/ZIPE, 1992, § 3 N° 3.

<sup>140</sup> La definición de delito está estrechamente condicionada por las leyes penales y, por tanto, por las condiciones en las cuales éstas son establecidas; Cfr. KILLIAS, 1991, N° 802 ss.

<sup>141</sup> Cfr. a este respecto ANCEL, 1975b, p. 15 ss.

<sup>142</sup> KILLIAS, 1991, N° 104.

<sup>143</sup> ANCEL, 1981, p. 190 ss.

<sup>144</sup> Cfr. *infra* N° 155 ss.

En cuanto a las relaciones de la política criminal con el derecho penal, en sentido amplio, hay que señalar que el poder coercitivo de las sanciones es uno de los medios que el Estado tiene para alcanzar sus objetivos. Mediante este poder, organiza un sistema específico formalizado, llamado sistema de justicia penal. El cual está compuesto, por un lado, de un conjunto de normas que prevén tanto el comportamiento delictuoso y las sanciones aplicables, como el procedimiento a seguir para pronunciar y aplicar estas sanciones. Por otro, de una red de órganos encargados de poner en práctica las normas penales, tales como la policía, el Ministerio Público, las autoridades responsables de instruir y juzgar procesados y los servicios de ejecución de las penas. El derecho penal juega así un papel importante a nivel de la organización y de la determinación de las relaciones sociales, en el seno del control social. Sin embargo, no sólo limita la libertad de los individuos, sino que también crea las condiciones necesarias para que éstos puedan desarrollar su personalidad y sus proyectos de vida. 136

Las reformas penales suponen que se conozca suficientemente la realidad delictiva y la eficacia de la reacción estatal. Sólo así se puede establecer la estrategia adecuada para combatir con eficacia la delincuencia. Un aspecto esencial es que la legislación penal, en particular la contenida en el Código, responda a este objetivo. Lamentablemente, en nuestro país, no se han efectuado las investigaciones indispensables. Lo que explica que tanto la reforma de 1991 como las iniciativas concretadas en los anteproyectos de 2004 y 2009 se caractericen más por su orientación dogmática que por sus innovaciones de política criminal. Si bien, en 1991, el sistema de sanciones penales fue modificado de manera importante, las razones no fueron el fruto de un análisis sobre la manera de como deberían ser reguladas para que sean eficaces en un medio como el peruano. 137

Una coherente y racional política criminal supone, por tanto, un esfuerzo de sistematización y de actualización de las instituciones que luchan contra la delincuencia; instituciones que deben estar integradas en un conjunto coordinado dentro del cual se complementan, en lugar de oponerse; y que deben ser adecuadas a las condiciones sociales<sup>145</sup>. 138

<sup>145</sup> ANCEL, 1975a, p. 226; ZIPF, 1973, p. 2 ss.

## II. Dogmática penal

- 139 El hecho de que el derecho sea lenguaje y que siempre requiera ser interpretado, implica que exista una relación estrecha entre el derecho positivo (objeto de estudio) y el derecho disciplina jurídica que se ocupa de dicho objeto. Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta tanto para comprender bien qué es la dogmática penal, como para percibir correctamente en qué consiste la labor del jurista al estudiar las normas y sistematizar los resultados de su trabajo. Esta distinción tiene su origen en la consolidación del principio de legalidad<sup>146</sup>, en la medida en que éste determina y circunscribe el derecho como conjunto de normas legales positivas.
- 140 En Alemania y en los países fuertemente influenciados por el pensamiento germánico, la «ciencia del derecho penal» es designada bajo el nombre *Strafrechtsdogmatik*<sup>147</sup>. En Francia, se prefiere el término “ciencia”, “disciplina” o, en teoría general del derecho, “doctrina”. De esta manera, se trata de señalar, por un lado, la actividad intelectual de los penalistas (criminalistas) y, por otro, el conjunto de trabajos resultantes de sus investigaciones.
- 141 En especial entre los penalistas, con frecuencia se utiliza el término dogmática, pero sin mayor reflexión. Se le emplea, por un lado, como equivalente de ciencia. El jurista que cultiva esta ciencia es un científico y los resultados de sus investigaciones constituyen trabajos de este carácter. Su labor es descrita como el estudio del derecho con la finalidad de hacer más fácil su aplicación. Por otro, se le niega este carácter y, al mismo tiempo, se da al sustantivo “dogmática” y al adjetivo “dogmático” una significación peyorativa. Además, se la define como la actividad jurídica caracterizada por la elaboración de razonamientos teóricos con la pretensión de revelar verdades absolutas<sup>148</sup>.
- 142 Estas diferencias de opinión se deben, en parte, a las diferentes maneras de concebir la ciencia. La negación del carácter científico de la dogmática tiene como base, a menudo, el criterio clásico de la ciencia empírica o experimental. El mismo que ha sido superado no sólo por la simple admisión de otro tipo de ciencias, como las humanas, sino por los nuevos análisis

---

<sup>146</sup> FERRAJOLI, 1995, p. 869 ss.

<sup>147</sup> Mediante esta expresión se hace referencia a la “disciplina que abarca la interpretación, la sistematización y el perfeccionamiento de las normas legales y de los conceptos jurídicos en materia penal”, ROXIN, 2006a, § 7 N° 1; GARCÍA CAVERO, 2008, p. 18 ss.; VELÁSQUEZ, 2010, p. 10 ss.

<sup>148</sup> HASSEMER, 1990a, p. 92; ANCEL, 1981, p. 211.

en el ámbito de la teoría del conocimiento, que han cambiado profundamente la manera de percibir las ciencias, como las matemáticas o la física. Un aspecto importante es que no debe asociarse el carácter científico a la determinación del objeto del conocimiento, ni a la neutralidad u objetividad de los análisis, sino más bien al método o métodos utilizados según las pautas que sean aceptadas en un contexto determinado. De modo que la dogmática debe ser considerada como ciencia en la medida en que cuando se deban resolver problemas se ajuste a las exigencias que rigen la práctica científica<sup>149</sup>. En esta perspectiva, debe analizarse la noción de dogmática, sus métodos y finalidades.

Para contrarrestar las críticas que se les hace, los juristas han tratado de 143  
atenuar su tendencia hacia un razonamiento demasiado abstracto y de tomar en consideración los aportes de las ciencias humanas. Así, buscaron abandonar la “mala dogmática” (vinculada a criterios conceptualistas caracterizados por su autoritarismo intelectual, formalismo lógico y “neutralismo” axiológico) en beneficio de una “buena dogmática”, crítica, abierta a las ciencias sociales y a todo debate de orden axiológico.

Sin embargo, el cuestionamiento de la dogmática no puede ser afrontado 144  
de esta manera. Conviene precisar en qué consiste la actividad real de los juristas, para lo cual deben delimitarse sus intenciones y sus objetivos más allá de sus alegaciones.

Sin polemizar demasiado, hay que admitir que el jurista, para fijar mejor el 145  
sentido de las normas legales, busca comprender sus enunciados y, de esta manera, complementar y perfeccionar el derecho positivo, inevitablemente imperfecto. También, trata de organizarlas en un sistema ordenado y coherente. Resulta, así, comprensible que la dogmática penal haya sido descrita como una ciencia cuyo objetivo es investigar el sentido de las reglas y organizarlas en un sistema, para contribuir al desarrollo del derecho<sup>150</sup>.

Los malentendidos surgen<sup>151</sup> cuando la labor de los juristas es explicada 146  
afirmando, primero, que la doctrina jurídica sólo tiene la función de descubrir, mediante un análisis conceptual, las soluciones implícitas en el dere-

<sup>149</sup> SASTRE, 2001, p. 601.

<sup>150</sup> SCHULTZ, 1977 I, p. 38; HASSEMER, 1974, p. 176: “por eso se puede decir que, en un plano formal y negativo, la dogmática penal tiene por función la diferenciación sistemática del derecho penal plasmado en el código penal y la jurisprudencia penal, para llevarlas luego a la práctica judicial”.

<sup>151</sup> NINO, 1974, p. 21.

cho positivo; segundo, que los conceptos jurídicos tienen una significación “realista” en el sentido de que corresponden a las estructuras reales y, por último, que los juristas describen el derecho positivo vigente de manera objetiva y neutra a nivel axiológico.

- 147 En este sentido, de manera tradicional, la dogmática ha sido caracterizada<sup>152</sup> señalando los siguientes aspectos: primero, el derecho es concebido como un sistema cerrado que permite dar respuesta a todo conflicto jurídico. Segundo, la ley adquiere -una vez promulgada- vida autónoma. Su significado evoluciona conforme a los cambios sociales. Tercero, es asunto de los juristas -científicos del derecho- revelar y consolidar esta evolución. Con este fin, los juristas proceden, mediante la ayuda de sus métodos científicos, a elaborar abstracciones de primer grado a partir de las normas legales (material de base) y logran así formular conceptos jurídicos claros y precisos. Por último, el dogmático se limita a descubrir la regla general que será aplicada al caso concreto. Para esto, realiza la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos propios al orden jurídico.
- 148 Al respecto, hay que aceptar que se encuentra muy enraizada, sobre todo entre nosotros, la convicción de que la función del jurista no es otra que la de descubrir, mediante el análisis de conceptos, las soluciones implícitas en el derecho positivo. Así mismo, que se admite aún una “significación realista” de los conceptos jurídicos; es decir, se cree que tales conceptos son conformes a las estructuras del mundo real. Además, que se afirma, con frecuencia, que los juristas describen el derecho positivo de manera objetiva y neutral. Por último, hay que tomar conciencia de que la persistencia de estas ideas y la opacidad del debate son el resultado de que no se ha esclarecido en qué consisten las funciones de la dogmática.
- 149 De manera abreviada, puede afirmarse que la dogmática tiene doble función, una declarada y la otra latente u oculta. La primera, la “oficial” consiste en describir el derecho positivo. La segunda, es la de reconstruir el sistema legal despojándolo de sus imprecisiones. Esta dicotomía crea dificultades. Ante todo, debido a que la eliminación de las imprecisiones de la ley conduce necesariamente a escoger como correcta una de las soluciones que se deducen de ésta. Luego, porque este acto de escoger no se realiza mediante el simple análisis descriptivo del derecho positivo, ni sin que el jurista tenga que determinar el grado de conformidad axiológica de

---

<sup>152</sup> NINO, 1974, p. 21 ss.; TROLLER, 1968, p. 23.



las diversas alternativas. Esta dificultad no puede ser superada dando la preponderancia a una de las funciones (la de describir o la de reconstruir el derecho positivo), en detrimento de la otra. Se trata, por el contrario de asumir al mismo tiempo las dos funciones de la dogmática, que deben ser cumplidas con rigor. Esta dimensión práctica hace que la dogmática pueda también ser concebida como una técnica, lo que le atribuye en gran parte el prestigio que se le reconoce<sup>153</sup>.

La descripción del derecho positivo será acertada, en la medida en que sean presentados con claridad los diversos resultados obtenidos mediante la interpretación de la ley; en lugar de tratar de convencer que uno sólo de estos resultados es el correcto o posible. En esta perspectiva, debe evitarse hablar de principios, conceptos y teorías como si formasen parte del sistema positivo, cuando no son, en realidad, más que productos elaborados por la misma dogmática. 150

La reconstrucción del sistema legal sería más satisfactoria si no fuera concebida como el hecho de explicitar el contenido latente de las reglas jurídicas, sino más bien como el análisis abierto de los juicios de valor en que se basan las soluciones dogmáticas. De esta manera, se evitarían al menos dos críticas importantes: primero, el abuso del “juridismo”. Es decir, el “recurso a ficciones que son tomadas luego como realidad y que, debido al abuso de razonamientos abstractos, ocultan, por el contrario, la realidad de la criminalidad”. Segundo, el ocultamiento de la toma de posiciones axiológicas subyacentes en la renovación del derecho positivo. Esta simulación del aspecto esencial de la labor del jurista constituye un obstáculo para la discusión exhaustiva y franca sobre la justificación del criterio axiológico adoptado. Hace, también, imposible elaborar un sistema coherente de valores implícitos en las proposiciones dogmáticas destinadas a renovar la estructura del sistema jurídico positivo. 151

La toma de conciencia de las dos funciones que tiene la dogmática, así como de su real cumplimiento, exigen del jurista, en general, y, en particular, de los penalistas, una visión más modesta teniendo en cuenta que las concepciones que elaboran no son verdades absolutas. Se trata más bien de proposiciones destinadas a ayudar al legislador, juez e intérprete para encontrar la respuesta adecuada a los problemas jurídicos. 152

<sup>153</sup> NINO, 1974, p. 9 ss.

- 153 El dogmático parte de la ley, considerándola como fundamento y límite, estudia el contenido conceptual de los principios jurídicos, sistematiza su material, recurriendo a la jurisprudencia<sup>154</sup> y opiniones doctrinales. Una descripción y sistematización de normas jurídicas positivas, como lo sostiene Gioja, no satisface el saber del derecho. También se requiere conocer sus efectos en las conductas efectivas de los hombres, su influencia sobre otras valoraciones como las morales y sus motivos constituyentes<sup>155</sup>. La tarea de los juristas no se limita a describir el conjunto de normas vigentes o la manera como son aplicadas por los tribunales. Ellos cumplen, asimismo, una labor consistente en precisar el significado de los enunciados normativos, en eliminar sus contradicciones, en subsanar sus insuficiencias<sup>156</sup>. Esto no se realiza, ni debe efectuarse sin explicitar los criterios axiológicos que sirven de base.
- 154 La dogmática penal sirve, de esta manera, para un mejor conocimiento del sistema normativo y para garantizar su aplicación coherente e igualitaria, concurriendo así a la proyección de una correcta política criminal.

### III. Criminología

- 155 De acuerdo con nuestros objetivos, nos limitaremos a indicar algunos aspectos que justifican relacionar estrechamente la criminología con la política criminal y el derecho penal. Esta descripción esquemática y, en buena parte arbitraria, sólo busca destacar el contexto humano del derecho penal. A diferencia de la dogmática penal, la criminología se ocupa del estudio del fenómeno delictuoso, de la reacción de la sociedad, investigando sus causas, su significación en la vida del individuo y de la comunidad y, así mismo, de la personalidad del delincuente, de sus características físicas y psíquicas, de su desarrollo y de sus posibilidades de tratamiento. Para alcanzar sus objetivos, recurre a los diversos métodos que ofrecen las ciencias naturales y sociales.
- 156 Desde sus orígenes y hasta hace unas décadas, las investigaciones criminológicas estaban orientadas, sobre todo, hacia el estudio de la delincuencia en tanto que fenómeno individual y social. Hoy en día, el objeto principal

---

<sup>154</sup> PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 17 ss.

<sup>155</sup> GIOJA, 1973, T. II, p. 42.

<sup>156</sup> NINO, 1980a, p. 65; idem, 1980b, p. 321. Este autor afirma que la función principal de la dogmática es la creación de derecho y que esta constatación debe ser tomada en cuenta por cualquier modelo de investigación jurídica que proponga, más allá de los perjuicios acerca de su presunto carácter científico.

de estudio son el control social y los órganos que lo ejercen. Así, la etiología de la delincuencia ha dejado de ser la preocupación central. Ésta se dirige más bien hacia la reacción social que condiciona el hecho de que se califique de criminales a las personas y como delitos sus comportamientos. *Grosso modo*, es posible distinguir una corriente centrada en el delincuente y su comportamiento de otra dirigida hacia el fenómeno de la criminalización.

Veamos, brevemente, las orientaciones y los progresos de las investigaciones criminológicas. La reacción contra la concepción metafísica de la Escuela Clásica del derecho penal fue provocada por el desarrollo de las ciencias humanas y sociales y fue encabezada por la llamada Escuela Positiva. Bajo su amparo surgió la criminología tradicional, la misma que evolucionó en direcciones divergentes de acuerdo con la ciencia que les servía de base (antropología, biología, psicología o sociología). 157

### 1. Biología criminal

Lombroso<sup>157</sup>, médico, orientó sus trabajos hacia la persona del delincuente. Consideró que la delincuencia era un fenómeno atávico, generado por deformaciones biológicas y que, en consecuencia, el delincuente era un “criminal nato”, miembro de una especie particular del género humano<sup>158</sup>. Si bien matizó sus concepciones recurriendo a nociones sociológicas y psicológicas, no abandonó su preocupación biológica y antropológica central<sup>159</sup>. 158

Las investigaciones destinadas a determinar las causas biológicas del comportamiento delincuente, han sido continuadas sin gran éxito<sup>160</sup>. Sin olvidar los estudios puramente anatómicos<sup>161</sup> y caracterológicos<sup>162</sup>, pensamos, en particular en tres trabajos que lograron notoriedad. En primer lugar, las investigaciones realizadas sobre los comportamientos de gemelos<sup>163</sup> de 159

<sup>157</sup> LOMBROSO, 1896-1897.

<sup>158</sup> El título de la principal obra de CESARE LOMBROSO muestra con claridad su pensamiento: *L'uomo delinquente studiato in rapporto all'antropologia, alla medicina legale e alle discipline carcerarie*.

<sup>159</sup> Cfr. LOMBROSO CESARE/FERRERO GUGLIELMO 1893. Cfr. KILLIAS, 1991, N° 514 ss.

<sup>160</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1988, 333 ss.

<sup>161</sup> Cfr. p. ej., los estudios de PERRIER, de inicios del siglo XX, sobre la talla, el busto, los pies o la contextura de los delincuentes.

<sup>162</sup> MANNHEIM, 1973, I, p. 275 ss.

<sup>163</sup> LANGE, 1929; STUMPFL, 1936; KRANZ, 1936; ZERBIN-RÜDIN, 1984.

bagaje hereditario similar. En los años 30, se llegó a la conclusión que, en el caso de los gemelos univitelinos, la coincidencia de comportamientos criminales era más frecuente que en el de los gemelos bivitelinos. Mediante estas investigaciones, se quiso demostrar la justeza de una hipótesis exagerada que consideraba a la herencia fuente de toda criminalidad.

- 160 El mismo objetivo fue perseguido por los estudiosos de las aberraciones cromosómicas<sup>164</sup>, que pueden resultar de un defecto (ausencia de un cromosoma) o de un exceso (presencia de un cromosoma suplementario o supernumerario). Estas aberraciones se manifiestan por un desequilibrio del organismo y tienen consecuencias desastrosas en su desarrollo. Observando las estadísticas de la criminalidad, se afirmó que la aberración por exceso sería la más frecuente. Así mismo, se creyó descubrir en los delincuentes habituales peligrosos un cromosoma excedente “y”, que fue de inmediato calificado de “cromosoma asesino”. Estas perturbaciones resultarían de un funcionamiento defectuoso de las células cerebrales afectadas por la presencia, en su núcleo, de este cromosoma sobrante y determinarían que su portador cometiera actos violentos<sup>165</sup>.

## 2. Sociología criminal

- 161 Contra esta manera de concebir y explicar la criminalidad, se afirmó que el delincuente y el comportamiento criminal no deben ser observados como fenómenos aislados, ya que ambos se encuentran condicionados por factores externos. A pesar de estas críticas y de la poca influencia que esta concepción ha tenido en la política criminal y en la legislación, generó en la opinión pública el prejuicio consistente en creer que el delincuente es reconocible por su apariencia externa. Creencia que tiene aún efectos negativos en la reacción social contra la delincuencia.
- 162 Ferri<sup>166</sup>, otro promotor del positivismo italiano, se preocupó sobre todo por explicar la delincuencia desde una perspectiva social, sin dejar del todo de lado las causas biológicas y psíquicas. En su opinión el delincuente estaba fatalmente determinado a delinquir y era responsable por el simple hecho de vivir en sociedad. Por tanto, propuso “substitutos penales” en lugar de las penas y los definía como medidas de prevención destinadas a desalentar la criminalidad.

---

<sup>164</sup> VALENTINE, 1968; MURKEN, 1973; GRAVEN, 1968, N° 4, p. 277.

<sup>165</sup> Cfr. al respecto FOX, 1971, p. 59 ss.; MOOR, 1967, p. 116 ss.

<sup>166</sup> La obra capital de FERRI es “La sociología criminale”.

- En la evolución de la criminología, la corriente sociológica ha tenido una gran influencia. Entre las principales investigaciones sociológicas, debemos mencionar la teoría de la “asociación diferencial” de Sutherland<sup>167</sup>. Según este autor, el comportamiento criminal es una conducta aprendida. El aprendizaje comprende dos etapas: primero, la enseñanza de las técnicas de comisión de la infracción y segundo, la orientación de los móviles, tendencias impulsivas y diversas inclinaciones. Las posibilidades de que una persona se transforme en criminal estarían así en relación con la naturaleza, la intensidad y la duración de sus diversos contactos con quienes cometen delitos y consideran esta actitud como correcta. Sin embargo, es indispensable subrayar que, para Sutherland, el proceso de socialización o de asimilación cultural es el mismo en el caso del delincuente que en el de las demás personas. 163
- El sujeto deviene delincuente porque no tiene ante sí un modelo no criminal. De manera más general, cada individuo asimila invariablemente la cultura del medio en que vive, a menos que otros modelos no vengán a oponerse a esta cultura. Es decir, que la formación criminal por asociación no se adquiere sólo por imitación sino también mediante los otros mecanismos presentes en todo proceso de formación. 164
- En opinión de Cohen<sup>168</sup>, el comportamiento delictuoso tiene su origen y se desarrolla, más bien, al interior de una “subcultura criminal”. Los grupos delincuentes producen valores y normas propias contrarios a las normas de la cultura predominante. La oposición no es sólo negativa en la medida en que supone la elaboración de “modelos paralelos” de comportamiento. El acto delictuoso sería así una alternativa y no simplemente una desviación. Refiriéndose a la delincuencia juvenil, afirma que la estructura social genera esa oposición a la cultura dominante, sin que los agentes tengan objetivos económicos. 165
- Sobre la base de los trabajos de Durkheim y Parson<sup>169</sup>, Merton afirma, según su tesis de la anomia social, que el comportamiento delictuoso está condicionado por los insuficientes medios legales ofrecidos por la sociedad a ciertos grupos de personas para alcanzar el estado de bienestar material que promete para todos. De modo que hay un desacuerdo entre los fines (la cultura) y los medios (la sociedad), debido a que todas las personas no dis- 166

<sup>167</sup> SUTHERLAND, 1924; SUTHERLAND, 1966; Cfr. KINBERG, 1960.

<sup>168</sup> COHEN, 1955; SHORT/ALBERT, 1974, p. 372.

<sup>169</sup> MERTON, 1949.

ponen de los mismos recursos. Es decir, no tienen las mismas posibilidades de acceso al bienestar social. Este desequilibrio entre los fines propuestos y los medios legítimos ofrecidos para alcanzar dichos fines, constituye la anomia. Esta situación empuja a ciertas personas a recurrir a medios ilícitos para lograr tales objetivos. La sociedad se caracteriza, en consecuencia, por una ruptura en su estructura sociocultural. Merton va aún más lejos en sus conclusiones respecto a la manera como la anomia social influye en el comportamiento del individuo. Lo hace mediante la descripción de modelos de adaptación individual.

- 167 El aspecto positivo de las explicaciones sociológicas consiste en ofrecer un buen número de medios de análisis para comprender mejor la criminalidad. Su orientación común no impide que fracasen al tratar de explicarla de manera homogénea. Su afán de buscar identificar el factor criminógeno decisivo les impide percibir la complejidad de los factores que se encuentran en sus orígenes. En todo caso, hay que destacar que todas estas explicaciones no tienen como objetivo suministrar una justificación concreta del comportamiento delictuoso individual. Su objetivo es aclarar en qué consiste el fenómeno social de la delincuencia y, así, facilitar la comprensión de los casos particulares.

### **3. Psicología criminal**

- 168 Frente a las explicaciones sociológicas, se han desarrollado análisis psíquicos. Así, mediante el análisis detallado del aspecto psicológico del comportamiento criminal se ha tratado de responder a una pregunta capital, que había sido dejada de lado por las tesis biológicas y sociológicas: ¿Por qué las personas sometidas al mismo condicionamiento biológico o social no siempre se convierten en delincuentes? Los psicólogos tratan de responder a esta pregunta investigando por qué la adaptación social del criminal no es igual a la de las demás personas<sup>170</sup>.
- 169 La orientación psicológica, desarrollada a partir de la teoría de Freud (psicoanálisis clásico) y las doctrinas de Jung y Adler, destaca la importancia de los conflictos afectivos y del desarrollo sexual en el origen de traumatismos y, por lo tanto, de complejos (p. ej., el complejo de Edipo), que pueden conducir a cometer delitos. Junto a esta concepción, cabe mencionar también la corriente fenomenológica construida sobre la base del análisis y de la

---

<sup>170</sup> ECHÈNE, 1975; MUSS, 1975; ALEXANDER/STRAUSS, 1929; JEAN PIAGET, 1970; PINATEL, 1954, N° 2, p. 281.

interpretación clínica de la relación interindividual e inspirada en las ideas filosóficas de la fenomenología y del existencialismo (Husser, Heidegger, Jaspers). Así mismo, la orientación tipológica, basada en las doctrinas constitucionalistas que elaboraron las “tipologías criminales”. Por último, señalemos la tendencia behaviorista que busca, a partir de indagaciones sobre la fisiología cerebral, explicar el comportamiento humano.

#### 4. Concepciones mixtas

Como reacción contra la explicación unilateral propuesta sobre una base sólo psicológica, se presentan las corrientes de orden psico-social y psicofisiológico. Por ejemplo, las teorías de la inadaptación social diferencial de Sutherland, de los conflictos de cultura de Sellin, ecológica de Shaw y McKay, la orientación fenomenológica de Greeff o Hesnard. Así, la evolución de la criminología tradicional fue orientada hacia la síntesis de las corrientes bioantropológicas, sociológicas y psicológicas. 170

#### 5. Teoría de la estigmatización

Buscar la causa del crimen en la persona del delincuente (concepciones biológica o psicológica) o en las condiciones sociales en que se desenvuelve (concepciones sociológica y psico-sociológica) supone la certeza de que es posible distinguir las personas delincuentes de las que no lo son. Dicho de otro modo, es necesario identificar al hombre criminal o al grupo criminal. 171

La factibilidad de dicha distinción ha sido cuestionada por las investigaciones realizadas sobre la denominada “cifras negras” de la criminalidad<sup>171</sup>. Estos trabajos han demostrado que numerosos comportamientos delictuosos permanecen ignorados y que, en consecuencia, un buen número de delincuentes no son identificados ni castigados. Ellos cohabitan con las personas no-criminales, sin que sea posible saber quienes son. 172

De ser aceptada esta descripción, sería indispensable reconocer que todas las teorías destinadas a detectar el o los estigmas del delincuente no tienen objeto real de estudio. Esta es, al menos, la opinión de los sustentadores de la teoría de la estigmatización o del etiquetamiento (*labeling approach*)<sup>172</sup>. 173

<sup>171</sup> BLANKENBURG/SESSAR/STEFFEN, 1978; KÜRZINGER, 1978; Cfr. BERND-RÜDIGER, 1978, p. 36 ss.; HAFERKAMP, 1972.

<sup>172</sup> SAC, 1972, p. 3; KECKEISEN, 1974; BORGHI, 1980, p. 28 ss.

Los criminales en sí no existirían. Se trataría sólo de personas marcadas por un proceso llevado a cabo por las instituciones encargadas de la reacción social contra el delito (policía, Ministerio Público, jueces, etc.)<sup>173</sup>. Un individuo deviene criminal mediante un proceso de etiquetaje llevado a cabo por los órganos encargados de la represión. Se trata de un estereotipo resultante del fenómeno de la criminalización, el cual es una creación de orden social. Si se desarrollan estas teorías hasta sus últimas consecuencias, se concluye admitiendo la abolición del derecho penal<sup>174</sup>, preconizada sobre todo por Hulsman, quien propone reemplazar la categoría de infracción por la de situación-problema<sup>175</sup>.

- 174 Estas teorías de la reacción social han aportado un buen número de informaciones y análisis positivos, en especial por haber estudiado el crimen o la desviación en su contexto de interacción social. Sin embargo, no justifican ni el abandono de las investigaciones realizadas según las orientaciones tradicionales de la criminología, ni la renuncia al sistema punitivo legal. Si es verdad que no se puede, sólo a través de los hechos o de las normas legales, discernir al delincuente o el acto delictuoso, es también inaceptable que la identificación de una persona en tanto que delincuente sea únicamente la obra de las instancias del control social. Si, desde un punto de vista formal, la desviación es efectivamente una creación social, ésta no es arbitraria y se basa en la índole perjudicial de los comportamientos, lo que resulta evidente, por ejemplo, en la incriminación de actos como el homicidio, el hurto, las lesiones corporales, la violación.
- 175 Si la estigmatización fuera el único medio para detectar la delincuencia, “las cifras negras de la criminalidad” serían inconcebibles. Los actos ignorados no podrían ser calificados de “crímenes” y los autores desconocidos no merecerían la de “criminales” mientras no hayan sido etiquetados por los órganos de control social. La teoría de la estigmatización tiene el efecto no deseado de neutralizar el argumento crítico que ella misma ha formulado contra las teorías biológicas, psicológicas y sociológicas, consistente en denunciar la ausencia del objeto preciso de análisis. Los estudios criminológicos deben comprender, con la ayuda del método comparativo, todos los aspectos de la delincuencia y tanto las circunstancias sociales y personales que condicionan su aparición, como los medios penales empleados para

---

<sup>173</sup> Cfr. BECKER, 1963; SCHUR, 1971.

<sup>174</sup> GASSIN, 1988, p. 219.

<sup>175</sup> Cfr. HULSMAN/DE CELIS, 1982.



combatirla y las consecuencias de la utilización de éstos en el sistema punitivo<sup>176</sup>.

La delincuencia y el delincuente son fenómenos reales aunque no sea posible delimitar la primera de manera precisa, ni identificar el segundo con la ayuda de criterios unívocos. No obstante, es cierto que, actualmente, no se puede continuar ignorando ingenuamente el efecto estigmatizador del sistema penal. La elaboración de una política criminal eficaz y el desarrollo de un derecho penal conforme a la dignidad de la persona suponen que se tomen en consideración, de manera crítica y coherente, los resultados alcanzados por las diversas investigaciones criminológicas. 176

En el marco de una correcta política criminal, se puede intentar armonizar el derecho penal y la criminología teniendo en cuenta los imperativos del primero y los datos de la segunda. Pues existe una vinculación estrecha y una integración recíproca entre el derecho penal y la criminología. Si los aportes de las investigaciones criminológicas deben inspirar la elaboración del derecho penal, las leyes penales proporcionan el punto de partida de las investigaciones criminológicas, ya que es a partir de la aplicación de éstas que la criminología puede estudiar los delitos y los delincuentes<sup>177</sup>. 177

Una lucha eficaz contra la delincuencia es imposible sin un buen conocimiento de la realidad de la criminalidad. Al respecto, Ancel dice con razón que “el problema no consiste por tanto, como lo han creído algunos espíritus simplistas, en la supresión del derecho penal o en la subordinación absoluta del jurista a la criminología, sino en la utilización racional en el ámbito jurídico de los diferentes datos de la ciencia criminológica”<sup>178</sup>. 178

#### **IV. Política criminal y realidad social**

La descripción que hemos hecho, de manera esquemática, de como el Estado ha reaccionado legislativamente frente al fenómeno delictivo, no puede ser bien comprendida si no se tiene en cuenta el contexto sociopolítico en que se produce. Este libro no es donde deba analizarse en extenso esa realidad. Pero, así como lo hacemos más adelante, al presentar la 179

<sup>176</sup> HAFERKAMP, 1987, p. 172 ss.

<sup>177</sup> BOUZAT/PINATEL, 1975, III, p. 6.

<sup>178</sup> ANCEL, 1981, p. 18 ss.; KILLIAS, 1991, N° 105, afirma que “cada una de las dos disciplinas busca responder a las preguntas que le son propia: se complementan y no competidoras”.

evolución histórica de nuestro derecho penal, creemos conveniente hacer las siguientes reflexiones.

- 180 Aunque sea una verdad trivial, no se puede dejar de decir, que el orden jurídico, en general, y el penal, en particular, están vinculados, estrechamente, a la realidad social, económica y cultural del país. Todo cambio socio económico y político repercute en la legislación y en la administración de justicia. Esta vinculación se refleja, también, respecto a la labor que realizan los juristas. La concepción doctrinaria que elaboren no puede dejar de tener en cuenta estas circunstancias. De igual manera, no es posible -sin un adecuado conocimiento de la realidad- construir y aplicar una Política criminal coherente y eficaz.
- 181 Para analizar las relaciones entre los factores sociales y el sistema punitivo, es indispensable tener en cuenta la diferencia notoria e inmensa que existe entre los países desarrollados y los subdesarrollados. En nuestro caso, sobre todo, porque las explicaciones doctrinarias, formuladas con pretensiones de universalidad, son el resultado de la labor de los juristas de los países europeos. Sus explicaciones y conclusiones deben ser constantemente confrontadas con nuestra realidad.
- 182 El cambio es un elemento propio de todo grupo social. Su naturaleza e intensidad varían en función de la sociedad en la cual se produce. En las sociedades desarrolladas, el progreso de orden científico y técnico genera modificaciones sociales profundas, que repercuten de manera evidente en la legislación. Es el caso, por ejemplo, de la evolución de la informática, de los medios de comunicación y de la genética. La libertad de las personas, la formación de su personalidad y su supervivencia son afectadas, directamente, por estos progresos: así, por ejemplo, la invasión de la pornografía gracias a la electrónica y las experiencias de fecundación humana en probetas. La estabilidad social y política reinante en esos países permite canalizar los cambios evitando perturbaciones sociales de carácter radical.
- 183 Diferente es la situación en los países subdesarrollados, donde el contexto socio-económico se caracteriza por una violencia e inestabilidad subyacentes en todo el sistema. Las desigualdades sociales son enormes. La desocupación es crónica y afecta a una gran parte de la población. La organización política es insuficiente, no ofreciendo a las personas la posibilidad de participar en el gobierno del país. Esta descripción, necesariamente esquemática, debe ser apreciada considerando que la estructura social de estos países no es homogénea. En su interior, existen zonas más

ricas que otras, vinculadas de manera peculiar entre ellas y con los países desarrollados.

En el Perú, constituye un factor decisivo las poblaciones indígenas de las zonas andina y amazónica. La pluralidad étnica y cultural del país ha determinado que, constitucional y legislativamente se estatuya la pluralidad jurisdiccional, en la medida en que se reconoce a las comunidades indígenas y nativas la competencia de aplicar su derecho consuetudinario (art. 149 Const.). De modo que el Estado central no es el único en ejercer el control de la población, el poder de crear disposiciones jurídicas y en combatir los comportamientos delictuosos. La pluralidad cultural y jurisdiccional origina problemas de control social y de aplicación del derecho penal oficial; un caso particular es el referente a las denominadas rondas campesinas (sobre todo a las que no pertenecen a una comunidad campesina o nativa), las cuales exigen y asumen, en la práctica, funciones que, en principio, corresponden a los órganos estatales. 184

Un aspecto social muy importante es, igualmente, las relaciones desequilibradas y discriminadoras entre mujeres y hombres. Los movimientos feministas, defensores de los derechos de las primeras, han influenciado de manera importante las políticas sociales y legislativas. En el ámbito penal, han impulsado reformas dirigidas a eliminar los tratamientos discriminatorios respecto a la previsión de determinados delitos (p. ej., contra la integridad sexual, la familia) o a la fijación y aplicación de sanciones penales. 185

Un Estado inestable y pobre no dispone de medios suficientes para realizar una política criminal eficaz. Frente a la delincuencia común, una de cuyas causas es el orden económico, el Estado tiene como medio de lucha más accesible el poder punitivo en su aspecto puramente represivo. La amenaza penal deviene indispensable. Se recurre a sanciones severas para tratar de limitar el avance de la criminalidad. Con el fin de alcanzar este fin de prevención general, el Estado multiplica las disposiciones penales. Así, por ejemplo, éstas figuran en casi todas las leyes de orden económico, laboral o administrativo. 186

La hipertrofia de la legislación penal provoca la intervención frecuente de los órganos judiciales y policiales. La consecuencia normal es el retardo en la administración de justicia. La maquinaria judicial no está en condiciones de despachar tan elevado número de procesos, muchos de naturaleza grave. A pesar de la ausencia de estadísticas oficiales seguras, se puede estimar que la gran parte de detenidos en las cárceles no han sido juzgados y, por tanto, no condenados. 187

- 188 La severidad de la pena prevista en la ley respecto del acto imputado al detenido determina las condiciones de su detención. Lo mismo puede decirse de la pena requerida por el Ministerio Público -determinada a su vez por la fijada legislativamente- que condiciona el juzgamiento del acusado. Así se origina un círculo vicioso de consecuencias desastrosas para quien es privado de su libertad como un simple sospechoso.
- 189 El problema se origina no tanto debido a la incapacidad funcional de los órganos de juzgamiento o del número de funcionarios, sino, sobre todo, al carácter eminentemente represivo del sistema penal. Además, su aplicación es realizada de acuerdo con reglas procesales deficientes e incompletas que los magistrados interpretan de manera demasiado legalista. Aunque las leyes procesales y también la Constitución consagran los principios fundamentales del derecho liberal y a pesar de que éstos son, con frecuencia, invocados por los jueces en sus resoluciones, es innegable que muchas veces son desnaturalizados. Así, la presunción de inocencia del inculcado pierde casi toda su significación cuando, antes de declararlo inocente, se le somete a una larga detención preventiva y no se le indemniza. Lo mismo sucede con el principio *in dubio pro reo*: en relación con el tráfico de drogas o de terrorismo, por ejemplo, los jueces de primera instancia prefieren -cuando dudan sobre la responsabilidad del inculcado- condenarlo para evitar -en caso de absolución- la suspicacia de corrupción y dejar, de esta manera, la decisión definitiva en manos de la instancia superior.
- 190 La suerte del inculcado, sospechoso de ser responsable de una infracción, está determinada -en la mayor parte de los casos- por la manera cómo la Policía ha hecho sus constataciones. La investigación policial realizada, casi siempre, luego de haberse producido el delito, constituye la fuente de la obtención de las fuentes de prueba. La intervención y la vigilancia del Ministerio Público se orienta a darle las garantías mínimas. De modo que la investigación a cargo del juez instructor, prevista en el CdePP, en la práctica ha demostrado ser una tardía e incompleta repetición de la investigación policial. Esta situación ha tratado de ser modificada, mediante el NCPP, dándose la conducción de la investigación preliminar y la investigación preparatoria al Ministerio Público. Sin embargo, en la práctica, contrariamente a lo prescrito en la ley (art. IV del NCPP), éste delega a la policía la realización de las investigaciones, sin que la controle directa y efectivamente.
- 191 Por tanto, el papel de la Policía en el funcionamiento del sistema punitivo es capital. Su importancia práctica sobrepasa los límites legales de su poder,

pues, es el órgano estatal confrontado directamente contra la delincuencia y con toda actividad política subversiva. Este poder de policía ya no puede ser comprendido sólo en el sentido estrecho en que era concebido en el derecho administrativo. Su carácter multifacético constituye su principal peculiaridad.

La naturaleza particularmente represiva de la legislación penal, la frecuencia con que se ordena la detención de los inculpados, la lentitud con que se desarrollan las investigaciones y se llevan a cabo los juzgamientos, son causas determinantes de la sobrepoblación de los establecimientos carcelarios. Estos no son sino simples depósitos donde los detenidos (condenados o no) sobreviven en condiciones inhumanas. 192

La incipiente política penitenciaria no es realizada en función de las necesidades del país. La contenida en el Código y en el CEP constituye -por ejemplo- una utopía, pues, resulta ilógico pretender organizarla de acuerdo con las exigencias de una ciencia penitenciaria elaborada conforme a las posibilidades de los países económicamente desarrollados. Como sucedió en los demás países latinoamericanos, en el Perú también se hicieron prisiones “modelos”. Construidos en la Capital, tales establecimientos funcionaron poco tiempo según el sistema de detención previsto. El número de detenidos aumenta, las instalaciones se deterioran y la administración del establecimiento deviene imposible. Esto permite comprender por qué las autoridades están obligadas a realizar, periódicamente, “censos penitenciarios” con la finalidad de saber, cuántos detenidos hay o quedan en la prisión. 193

Los resultados de los esfuerzos realizados por los funcionarios son poco positivos, debido a que no ejercen, en la práctica, un control eficaz al interior de las prisiones. Los detenidos se organizan en bandas, dirigidos o sometidos por los más peligrosos, con el fin de dominar la vida de la prisión. Es así como el tráfico ilícito de drogas y de bebidas alcohólicas se instala, contando con la complacencia o complicidad de funcionarios o empleados del mismo establecimiento. 194

La realidad penitenciaria influye mucho en la marcha de la administración de justicia. La investigación judicial y el desarrollo del juzgamiento son con frecuencia perturbados por la ausencia del procesado. Esto es consecuencia de la desorganización de las prisiones. Es suficiente que para evitar comparecer, por diversos motivos, el procesado no responda cuando vienen a buscarlo o no sea simplemente llamado por el o los detenidos que asumen 195

de facto esta función. De donde surge la necesidad de realizar los juzgamientos en los establecimientos penales mismos, con las desventajas que acarrea en detrimento del debido proceso.

- 196 Es evidente que en estas condiciones, personales y materiales, los establecimientos de reclusión no cumplan con los fines de resocialización o de reeducación. Ni siquiera, con el objetivo primario de aislar a los detenidos de su medio. Éstos son corrompidos moralmente y también destruidos físicamente. ¿Qué hacer ante tal situación? Responder seriamente supone la realización de estudios suficientes sobre la realidad delictiva y la capacidad del Estado para actuar eficazmente. La falta de dichos análisis no nos permite evitar ensayar una respuesta provisional. Se podría pensar -en primer lugar- que sería necesario multiplicar el número de “prisiones modelos” o desarrollar un programa educativo en favor de los detenidos. Pero, todas estas buenas intenciones, además de inadecuadas a nuestra realidad, están en desacuerdo con la capacidad económica del Estado, que no puede alojar, alimentar, educar y dar trabajo a las personas honradas. En segundo lugar, podría pensarse si no sería, por último, preferible concebir una política penitenciaria y, de manera general, una política criminal más modesta en sus pretensiones y adaptada a la realidad de los países subdesarrollados.
- 197 En el dominio penitenciario, parecería suficiente, debido a la mala situación económica, tratar de construir una red de establecimientos -aun rudimentarios- que permitieran practicar una detención en condiciones higiénicas y morales satisfactorias. De esta manera, se lograrían respetar, al menos, los derechos fundamentales de la persona. Dichos establecimientos deberían dar la seguridad a la persona que es internada que no será olvidada y que saldrá en buen estado de salud o, al menos, en el mismo que ingresó. Toda promiscuidad debería ser evitada.
- 198 Esta reflexión no tiene otra pretensión que la de difundir algunas apreciaciones fruto de la experiencia personal; así como la de incentivar el estudio de nuestra realidad delictiva y de nuestro sistema punitivo. Sin este estudio, el desarrollo de la doctrina y la elaboración de las leyes penales continuarán siendo incompletos e improductivos.
- 199 Para terminar, señalemos que ante la intensificación de la delincuencia violenta, organizada y, así mismo, la internacional, se ha propuesto constituir un sistema represivo apropiado, el mismo que se caracterizaría, sobre todo, por el abandono en gran parte de las garantías del derecho penal liberal y por el recurso a penas muy severas. Los partidarios de esta idea hablan

de “derecho penal del enemigo”<sup>179</sup>. El enemigo es identificado de manera diversa según los criterios ideológicos que se manejan. Con este objeto se hace referencia a personas que, mediante su actividad delictuosa, se sitúan en una oposición radical a los valores y normas de la sociedad. Esta caracterización de este sector social permite considerarlos como desleales al sistema, marginales o extraños a la comunidad; es decir, como sus enemigos, negándoseles su condición de persona.

En consecuencia, la sociedad necesita recurrir a medios extremos para neutralizarlos y, así, mantener el sistema social. Esto no significaría, según sus defensores, el abandono total de la juridicidad, pues debe llevarse a cabo respetando ciertas formas procesales mínimas tanto en el juzgamiento como en la ejecución de las penas. Así, se afirma, sólo se negaría parcialmente la condición de persona del enemigo. 200

El derecho penal de enemigo se caracteriza, en esta perspectiva, por la previsión de penas altamente severas, aún para reprimir comportamientos que no representan ningún peligro para terceros o la comunidad, y la supresión o el debilitamiento de garantías procesales fundamentales. 201

Si bien respecto a estas previsiones cabe preguntarse si son compatibles con el sistema fundado en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos, la cuestión capital es previa: quién y cómo decretará quién debe ser calificado como enemigo; más precisamente a quién debe serle negada, total o parcialmente, su condición de persona<sup>180</sup>. La respuesta puede, por ejemplo, ser los delincuentes sexuales, traficantes de drogas, corruptos, secuestradores. La razón sería que, ya el mismo Código, prevé penas severísimas para sus autores. Pero esto significaría que quien ejerce el poder punitivo, como parte del poder político que detenta, será también quien escoja a los enemigos y para sancionarlos más fácil y severamente les prive de ciertas garantías procesales esenciales. 202

No es difícil imaginar los abusos que puede provocar la aceptación de dicho derecho penal del enemigo. Baste recordar que para reprimir al terrorismo 203

<sup>179</sup> Consultar los diversos trabajos compilados en CANCIO/GÓMEZ-JARA (coords.), 2006. Propugna esta idea JAKOBS, 2006, p. 93 ss. Sigue en parte esta orientación, SILVA, 1999, p. 163 ss.; GARCÍA CAVERO, 2008, p. 145 ss. En contra, CANCIO, en, JAKOBS/CANCIO, 2003, p. 78 ss.; MAQUEDA, 2003, p. 11, DIEZ RIPOLLÉS, 2004, p. 1 ss.; PRITWITZ, Cornelius, Derecho penal del enemigo ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (edits.), 2004, p. 107 ss.; SCHÜNEMANN, 2001, p. 205 ss.

<sup>180</sup> GARCIA CAVERO, 2006, p. 925 ss.

se fue progresivamente ampliando el número de comportamientos que debían ser reprimidos como traición a la patria: no sólo el hecho de cometer un atentado con explosivos contra las personas y bienes, sino también el de, como docente, reclutar jóvenes para la lucha armada. Detrás de esta política represiva está presente la idea de que existen tipos de individuos que pueden ser clasificados según categorías delictivas: terrorista, traficante, asaltante, corrupto, etc.

- 204 La discriminación fundada en la negación de la condición de persona a cualquiera, comprendidos los delincuentes más peligrosos, contradice el art. 1 de la Constitución, en el que se declara que la “defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. En esta perspectiva, hay que relevar que el Tribunal Constitucional<sup>181</sup> ha establecido 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 las penas 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. 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”.
- 205 Si algunas de las reglas penales, sustantivas o procesales, se fundan en la negación de la condición de persona, su aplicación debe tener lugar o ser restringida a los límites establecidos por el respeto a los derechos humanos. Su existencia y aún admisión puntual por cualquier instancia judicial no puede justificar que se instaure un derecho penal excepcional. La seguridad personal y colectiva, indispensable para la vida comunitaria, no debe garantizarse con medios que contradigan flagrantemente los principios básicos del Estado de derecho.
- 206 El recurso a un “derecho penal del enemigo”, sobre todo en nuestros países, no ha necesitado la elaboración sofisticada de una teoría particular. La ne-

---

<sup>181</sup> STC del 09 de agosto de 2006, Exp. N° 0003-2005-PI/TC, FJ. 16.



cesidad de combatir los movimientos de rebelión armada y, en particular, el terrorismo, ha conducido a la promulgación de leyes cada vez más severas y a la organización de un sistema procesal expeditivo. Con la denominación “derecho penal del enemigo” se corre el riesgo de velar y hasta justificar ese “derecho de emergencia”, paralelo y ajeno al derecho penal propio de un régimen democrático.

