

**UNIVERSIDAD NACIONAL “DANIEL ALCIDES CARRIÓN”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO**



TESIS

**“EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SUS IMPLICANCIAS JURIDICAS
Y POLITICOS EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN LOS
PERIODOS 2016 Y 2017”**

Presentado por:

Bach. DIEGO RENSO LA MADRID MELENDEZ

PASCO –PERU

2018

INDICE

INTRODUCCIÓN	05
DEDICATORIA	07
AGRADECIMIENTO	08
RESUMEN	09

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACION	11
1.1. Identificación y determinación del problema	11
1.2. Formulación del problema	13
1.2.1. Problema General	13
1.2.2. Problemas específicos	14
1.3. Formulación de objetivos	14
1.3.1 Objetivo General	14
1.3.2. Objetivos específicos	14
1.4. Justificación del Estudio	15
1.5. Limitaciones de la investigación	16
1.6. Importancia y Alcances de la investigación	16

CAPITULO II

MARCO TEORICO	18
2.1. Antecedentes de la investigación	18
2.1. 1. Antecedentes Internaciones	19
2.1.2 Antecedentes Nacionales	22
2.1.3. Concepto y fundamento del Derecho Penal del Enemigo	25
2.1.4. Estado Constitucional de Derecho	29
2.1.5. Fines de un Estado Constitucional de Derecho	32
2.1.6. El Derecho Penal del enemigo y sus implicancias Jurídicas	

y políticas frente al sistema internacional de derechos humanos	34
2.1.7. El Derecho Penal del enemigo en pleno siglo XXI, Caracteres y retos del sistema democrático.	35
2.1.8. El Derecho Penal del enemigo y su relación con el Derecho Penal peruano, influencia y consecuencias de la misma.	38
2.1.9. Jurisprudencia Nacional con rasgos del Derecho Penal del Enemigo	40
2.2. Bases teóricas- científicas	51
2.2.1. Antecedentes históricos-filosóficos del Derecho Penal del Enemigo	53
2.2.1.1 El Derecho Penal del enemigo en el Derecho Penal Español	65
2.2.1.2. El Derecho Penal del enemigo en el Derecho Mexicano	68
2.2.1.3. El Derecho Penal del enemigo en el Derecho Ecuatoriano	70
2.2.1.4 El Derecho Penal del enemigo en el Derecho Boliviano	72
2.2.1.5. El Derecho Penal del enemigo en el Derecho Chileno	75
2.2.2. Definición de términos	77
2.2.3. Hipótesis de investigación	78
2.2.3.1. Hipótesis General	78
2.2.3.2.-Hipótesis específicas	78
2.2.4. Variables	79
2.2.4.1. Definición Conceptual de la variable	79
2.2.4.2. Definición Operacional de la variable	80
2.2.4.3. Operacionalización de la variable	81
CAPITULO III	
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	82
3.1. Tipo y Nivel de la investigación	82
3.2 Método de investigación	82
3.3. Diseño de la investigación	82

3.4. Población, Muestra y Muestreo	84
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	85
3.6. Técnicas de procesamiento y análisis de datos.	85
3.7 Selección y validación de instrumentos de investigación.	85
3.8. Plan de recolección de datos	85

CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Tratamiento estadístico de la investigación	87
4.2. Presentación de resultados, tablas, gráficos y figuras.	89
4.3. Prueba de hipótesis.	90
4.4. Discusión de resultados.	92

CONCLUSIONES	96
---------------------	-----------

RECOMENDACIONES	98
------------------------	-----------

BIBIOGRAFIA	99
--------------------	-----------

MATRIZ DE CONSISTENCIA	103
-------------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

El presente tema sobre el Derecho Penal del enemigo y sus implicancias en un Estado Constitucional de Derecho en los periodos 2016-2017, tema de investigación sumamente importante si consideramos que en los últimos tiempos existe una tendencia a considerar a un régimen penal de excepción dirigido a un sector de la criminalidad que, dada su peligrosidad requiere ser combatida con mecanismos aún más drásticos que los contemplados en el Derecho Penal tradicional como el del ciudadano, para distinguirlo del de los enemigos. Este régimen de excepción se caracteriza por la disminución de las garantías sustantivas y procesales de los destinatarios del Derecho Penal y que se evidencian en el agravamiento de las sanciones penales y por la creación de nuevos tipos penales a fin de combatir la delincuencia, en muchos casos organizadas y en otros, cuando se agravia a los sectores sociales más vulnerables de nuestra sociedad. El término de Derecho Penal del enemigo fue acuñado por el penalista Gunther Jakobs, quien junto con algunos de sus discípulos han teorizado para justificar la necesidad de un orden penal de tal naturaleza, considerándola acorde a un Estado de Derecho. Aclarado estos antecedentes, el presente trabajo de investigación busca analizar el Derecho Penal del enemigo, confrontándolo con los principios y valores que sustentan al Estado constitucional de Derecho, En este sentido, desde ya manifiesto mi preocupación de dicha implementación del Derecho Penal del enemigo, sin mayores estudios de las causales y/o antecedentes que han precedido un hecho criminal, es mas en algunos casos puede servir como un patente de corso para reprimir hechos de otra naturaleza.

Reconocemos que el Estado dentro de sus atribuciones legales y constitucionales busca garantizar la paz social, pero en algunos casos ante el desborde de la criminalidad como sucede en nuestro país, en muchos casos se recurre a aumentar las sanciones penales previstos en los tipos penales o a crear nuevos tipos penales, sin mayores estudios técnicos que lo puedan o sustentar y solo ante la presión de la sociedad y de los medios de comunicación. En este extremo demandamos a nuestras autoridades a tener sumo cuidado y muy en especial a nuestros congresistas, que en muchos casos por cuestiones políticas suelen ser muy proclives a aprobar proyectos de ley, en muchos casos obviando los dictámenes de la respectiva comisión como ha sucedido recientemente con el caso Fujimori, en donde se busca beneficiarlo para lograr su libertad condicional.

Antes hechos, es necesario de acuerdo a mi criterio, que de lo que adolecemos es de la implementación de políticas sociales que busque consolidar el desarrollo de la educación, salud, trabajo, entre muchos otros, que permita rescatar a nuestra población juvenil, muchos de los cuales se hallan desprotegidos y expuestos a los peligros de la criminalidad que se ciernen sobre dicha población. De ahí por tanto, la importancia del presente trabajo de investigación que busca establecer en muchos de los casos las contradicciones del Derecho Penal del enemigo con los principios y valores de un Estado Constitucional de Derecho.

DEDICATORIA

En primer lugar, deseo expresar mi agradecimiento a nuestro señor Dios por haberme dado la oportunidad de estar presente en estos momentos tan importantes para mi persona y mis familiares, asimismo a mis padres y demás familiares de poder compartir conmigo mi titulación como Abogado en nuestra Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión.

De la misma manera va dedicado este trabajo a mis docentes y compañeros de promoción por haber compartido momentos de alegría y satisfacción como alumnos en nuestra Alma Mater.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, nuestro guía por sus excelsas bendiciones y que constituye la razón de nuestra existencia.

A mis padres por su apoyo inconmensurable en el logro de mis proyectos como persona y profesional

A todos mis familiares por haberme apoyado y por haberme brindado comprensión, paciencia y sacrificios al apoyarme en el logro de mis metas como persona y como profesional

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se desarrolla en relación al Derecho Penal del enemigo y sus implicancias jurídicas y políticos en un Estado Constitucional de Derecho, la misma que ha sido desarrollado en cuatro capítulos debidamente secuencial y ordenada que me permitido llegar a las conclusiones y recomendaciones que forma parte de la presente tesis.

En tal sentido y en cuanto se refiere al primer capítulo se comienza con la determinación del problema, señalándose el problema general y las específicas, de igual manera se establece los objetivos tanto general y la específicas, así como la justificación y limitación del mismo. En tal sentido somos conscientes que la implementación del Derecho Penal del enemigo trae consigo implicancias jurídicas y políticos respecto a los principios y valores de un Estado Constitucional de Derecho considerando que el mismo se sustenta en la defensa de la persona humana por parte del Estado y de la propia sociedad civil, lo cual puede verse afectada por la implementación del Derecho Penal del enemigo, la misma que se caracteriza por el agravamiento de las sanciones penal contenidas en un tipo penal cualquiera y o también por la creación de nuevas figuras penales como respuesta del Estado frente al desborde de la criminalidad.

En cuanto se refiere al capítulo segundo he desarrollado el marco teórico, el mismo que contiene los antecedentes sobre el tema materia de investigación, tanto nacional como internacional, las bases teóricas - científicas, definición de términos, la determinación de las hipótesis, así como las variables y los indicadores del mismo. En este extremo hemos

desarrollado todo el marco dogmático tanto nacional como extranjero para poder comprender a cabalidad el tema materia de investigación.

Respecto al tercer capítulo hemos desarrollado el marco metodológico del mismo, comenzando con el tipo y nivel de la investigación; de la misma manera hemos tratado sobre el diseño y el método científico empleado, así también se ha determinado la población, muestra y el muestreo que se tomado en cuenta para finalmente validar nuestra hipótesis en el cuarto capítulo.

Finalmente, en el cuarto capítulo hemos desarrollado los resultados y sobre la discusión del mismo, adjuntando diversos cuadros estadísticos que han permitido validar las hipótesis de mi tesis. Asimismo, se presenta las conclusiones y recomendaciones y la bibliografía empleada, así como la matriz de consistencia.

Es decir, entonces, si bien el presente trabajo es de carácter dogmático, sin embargo, ello no impide tener en cuenta diversos informes estadísticos que han permitido arribar a posiciones que marcan una tendencia general y que es precedida por estudios dogmáticos que caracterizan a mi investigación.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACION

1.1. Identificación y determinación del problema.

En los últimos años se ha desarrollado de manera vertiginosa una serie de corrientes políticas y filosóficas en la rama del Derecho Penal, como sucede en el caso de agravamiento de las penas de los tipos penales existentes, así por crearse nuevas figuras delictivas y que tiene como característica el de constituir la respuesta del Estado frente al avance de la criminalidad en el mundo.

En tal sentido se ha denominado Derecho Penal del enemigo como aquella manifestación del derecho que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características que dan base al ejercicio del Jus Puniendi. En ese contexto se efectúa una síntesis de

diversas posturas, tanto a favor como en contra, de esta forma de entender el Derecho Penal en el mundo.

En la doctrina se ha denominado derecho penal del enemigo a la manifestación del Derecho que se caracteriza por una rebaja de las garantías fundamentales, un adelantamiento de las barreras de punibilidad y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características. Para entregar un panorama general de esta concepción presentaremos los enunciados fundamentales del tratadista Gunter Jakobs; asimismo expondremos las críticas y reacciones que han surgido especialmente en el ámbito académico.

De acuerdo a Gunther Jakobs la afirmación tradicional de que los seres humanos se vinculan entre si en cuanto personas a través del Derecho corresponde a una “cómoda ilusión”. Cómoda en cuanto se abstiene de comprobar cuando dichas relaciones son jurídicas o a jurídicas, e ilusoria en cuanto a que, si un “esquema normativo por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social”. De igual manera, señala, ocurre respecto a la persona, en cuanto institución creada por el Derecho. Según Jakobs, “si ya no existe la expectativa, serian que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal, determinados por derechos y deberes, la persona por tanto degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente” interpretación que transforma a dicho individuo en peligros; es decir, en enemigo.

Cabe señalar que históricamente la función protectora que despliega el Derecho Penal a través de sus normas adquiere justificación, precisamente, para cautelar las libertades fundamentales, pero dicha función ha de sujetarse a ciertos parámetros jurídico-constitucionales, los mismos que entendemos deben ser

democráticos, pues cuando estos son contravenidos, el instrumento punitivo en vez de garantizar dichos derechos se convierte en un arma opresor de los bienes que debería de tutelar, lo cual no se condice con los fines de un Estado de Derecho. En tal sentido en el presente trabajo de investigación se ha de determinar las implicancias jurídicos- políticos que conlleva el desarrollo del Derecho Penal del enemigo para con los derechos fundamentales reconocidos en los diversos tratados internacionales que ha suscrito la humanidad partir de la década de los cincuenta del siglo pasado.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, la Constitución Política, sus principios y derechos fundamentales son el fundamento del sistema jurídico mediante la cual el poder legislativo elabora la normatividad penal, la misma que a su vez deberá ser consistente con el texto constitucional, respetando tales principios y derechos reconocidos en ella, más aun cuando los mismos están también contenidos en los distintos tratados internacionales de las cuales el Estado Peruano es parte signataria de la misma.

Por ello es de señalar que nuestro Derecho Penal debe tener como base de desarrollo un Derecho Penal del acto en correspondencia con una culpabilidad por el acto. Un individuo, entonces, solo puede ser pasible de una pena por lo que hizo, nunca por lo que es; ello es lo que distingue a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho de un Estado de Política.

1.2. Formulación del problema:

En cuanto se refiere al problema que ha permitido el desarrollo del presente trabajo de investigación se ha considerado lo siguiente.

1.2.1. Problema General

¿Por qué razones la institución del Derecho Penal del enemigo no se condice con los postulados y fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho?

1.2.2. Problemas específicos.

- a) ¿Cuáles son las consecuencias políticas y jurídicas que está originando la institución del Derecho Penal del enemigo?
- b) ¿Qué consecuencias políticas y jurídicas están originando la institución del Derecho Penal del enemigo para la democracia como sistema político?

1.3. Formulación de objetivos

En cuanto se refiere a los objetivos que se propone la presente investigación consideramos que los mismos resultan importantes considerando que todo trabajo de investigación debe tener propósitos y fines que alcanzar. En tal sentido planteo los siguientes.

1.3.1. Objetivo General

Determinar la importancia que debe conllevar el respeto a los postulados y fundamentos de un Estado democrático, en cuanto se refiere fundamentalmente a los derechos fundamentales de la persona humana frente al poder punitivo del Estado”.

1.3.2. Objetivos específicos

- a) Establecer la importancia que debe conllevar el respeto a los postulados y fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho en referencia al Derecho Penal del Enemigo
- b) Describir las consecuencias Jurídicas y políticas que puede conllevar el no cumplimiento de los postulados y fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho como consecuencia de la aplicación del Derecho Penal del Enemigo.

1.4. Justificación del Estudio

La presente investigación que se pretende realizar tiene suma importancia por cuanto está relacionado al desarrollo histórico y normativo de la institución del Derecho Penal del enemigo y considerando que la misma no se condice necesariamente con los postulados y fundamentos de un sistema democrático, teniendo en cuenta que en muchos casos solo se amplía la potestad punitiva del propio Estado, en este caso agravando las sanciones penales o creando nuevos tipos penales, sin considerar las causas sociales y económicas que están conllevando el incremento vertiginoso de la delincuencia.

En tal sentido desde ya señalamos que el Derecho Penal en un sistema democrático tienen que cimentarse en los valores y principios que sustentan un Estado de Derecho, en tal caso es de necesidad imperiosa preservar los derechos fundamentales de la persona humana reconocidos en nuestra Carta magna de 1993 en consonancia con los tratados internacionales sobre derechos humanos, que prioriza a la persona humana, su defensa y protección, ante todo.

Por ello considero de suma importancia la presente investigación, teniendo en cuenta, que es fundamental armonizar nuestro derecho positivo en materia penal con los fundamentos democráticos de una sociedad, considerando más aún que de acuerdo al artículo primero de nuestra actual Carta magna establece que la defensa de la persona humana, la misma es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Por tanto resulta un tema que tiene connotaciones políticas y jurídicas en razón de que está relacionado a la potestad punitiva del Estado frente al crecimiento de la criminalidad en todas sus variantes, por ello me preocupa la situación de la afectación a los derechos fundamentales de la persona humana, más aun considerando teniendo en cuenta nuestra condición de Estado Social y Constitucional de Derecho conforme lo ha definido nuestro Tribunal Constitucional respecto a nuestro Estado.

1.5. Limitaciones de la Investigación

La presente investigación que es de carácter dogmática, por tal razón recurriré a las bibliotecas especializadas de nuestra Facultad y de otras facultades de Derecho; y ello teniendo en cuenta las limitaciones bibliográficas que existe en nuestra Casa Superior de estudios. Sin embargo, esta situación no debe limitarnos en alcanzar una investigación si bien dogmática por su propia naturaleza, sin embargo, ello no impide acudir a distintos datos estadísticos conforme lo vamos a utilizar y tener en cuenta en la presente investigación.

1.6. Importancia y alcances de la investigación

Estando a la naturaleza de la presente investigación y considerando la importancia de la misma es que consideramos que la misma es importante por cuanto permitirá esclarecer conceptos y determinadas teorías que nos permita afirmar que un Estado Constitucional de Derecho en cuanto se refiere a sus postulados y fines no se condice necesariamente con el Derecho Penal del Enemigo, que en muchos casos sus postulados y fines no guardan concordancia a lo establecido en nuestra Carta magna y en los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos que ha suscrito la humanidad desde la década de los cincuenta del siglo pasado.

En tal sentido, en la presente investigación se ha de estudiar las características y los fundamentos del Derecho Penal del Enemigo y su consonancia con los postulados de un Estado Constitucional de Derecho en cuanto se refiere principalmente a los derechos fundamentales de la persona humana, considerando que en los momentos actuales ha adquirido un desarrollo importante todo lo referente a los derechos humanos como consecuencia de la concientización que ha alcanzado la comunidad internacional, a tal extremo de que la persona humana es sujeto del Derecho Internacional Público.

Por lo señalado, entonces puedo señalar que la importancia radica fundamentalmente en que finalmente la persona humana como titular de derechos fundamentales, dichos derechos no se vean desprotegidos como consecuencia de la aplicación del Derecho Penal del Enemigo por parte del Estado. Es decir, entonces, si bien es cierto el Estado como titular exclusivo de *ius puniendi*, sin embargo, ello debe darse dentro de los cánones de respeto a

los derechos humanos como corresponde a un Estado Constitucional de Derecho.

Por otra parte, y en cuanto se refiere a los alcances de la presente investigación tendremos en cuenta lo que sucede en nuestra Región de Pasco en los periodos 2016 y 2017.

.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

La presente investigación relacionado al desarrollo histórico y normativo del Derecho penal del enemigo como corriente política y jurídica que comprende al Derecho Penal y para lo cual es necesario establecer la existencia de un Derecho Penal del Autor y de un Derecho Penal del Acto. En ese sentido es necesario precisar que en un Estado democrático es de imperiosa necesidad la preservación de los derechos fundamentales e incluso frente al poder punitivo del propio Estado.

Cabe recordar que lo que debe imperar hoy en día es un Derecho Penal de Acto y no de Autor. Es decir, las personas que vulnera una norma penal solo pueden ser objeto de punición por lo que hicieron y no por lo que son, en ese contexto es necesario delimitar el propio Derecho Penal del Enemigo.

En los momentos actuales asistimos a un incremento de la criminalidad en nuestro país, frente a la cual el Estado y la propia sociedad civil deben asumir una respuesta multisectorial a fin de enfocar dicho fenómeno. En ese sentido las reformas que se efectúan a nuestro Código Penal deben enmarcarse siempre en mantener las garantías propias de una correcta administración de justicia en consonancia con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Por otra parte, resulta importante resaltar que el Derecho Penal del enemigo en un Estado Constitucional de Derecho debe responder a los valores propios de un sistema democrático, el mismo que tiene a la persona humana como el fin supremo y cuya defensa deben asumirlo el Estado y la propia sociedad civil.

2.1.1. Antecedentes Internaciones

El Derecho Penal del Enemigo es una teoría penal cuyos antecedentes se encuentra en Alemania en 1958 cuya autoría le corresponde al jurista GUNTHER JAKOBS, en su trabajo “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”.

El problema que busca afrontar es ¿Cómo enfrentar el problema de los delincuentes reincidentes peligrosos como los terroristas, las bandas organizadas, entre otros? Y la respuesta a la que arriba es darle un trato diferenciado no como personas sino como enemigos de la sociedad, porque estos se desviaban por principio y no mostraban ningún rasgo de fidelidad al Derecho.

Para MANUEL CANCIO, este Derecho “constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos (...). Con este

instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos”

MANUEL CANCIO MELIÁ considera que, al Derecho del Enemigo, lo fundan dos corrientes doctrinarias: el Simbolismo penal y el Positivismo. El Punitivismo, según CANCIO “... es el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político- criminal...”.

PERCY CARCÍA CAVERO considera a este Derecho como “...Derecho Penal que trata a los infractores como enemigos, es decir, como meros fuentes de peligro que debe ser neutralizados del modo que sea”. JAKOBS sostiene una tesis de que el Derecho penal protege la vigencia de la norma y no a bienes jurídicos; sin embargo, el Derecho penal del enemigo elimina peligros futuros, en palabras de PERCY CAVERO se encarga de neutralizar a aquellos que no ofrecen la garantía mínima de fidelidad al Derecho (enemigos)”

En los momentos actuales y sin duda alguna el desarrollo del Derecho Penal del Enemigo ha conllevado un desarrollo por no decir un cambio de enfoque dogmático del Derecho Penal en general frente a la criminalidad. Dicho desarrollo y debate incluso trasciende lo nacional hacia lo internacional.

Es decir entonces, en la actualidad concita la atención de la comunidad internacional el desarrollo del Derecho Penal del Enemigo, por cuanto se plantea la afectación que puede conllevar hacia los derechos fundamentales de la persona humana y que está plasmada en instrumentos internacionales aprobados por la comunidad internacional.

Lo aseverado debe prevalecer incluso frente a un tema de seguridad, que se viene planteando como eje central en la comunidad internacional, en la lucha

contra el crimen organizado y el terrorismo y como estrategia jurídico-político al interior de los Estados Democrático. Esta situación está revolucionando desde cualquier punto de vista la concepción tradicional del derecho, violentándose en muchos casos la propia dignidad humana como eje central de un Estado Constitucional de Derecho, al poner en práctica lo que Jakobs denomina “derecho penal del enemigo”, práctica que se viene fortaleciendo y traspasándose del ejercicio del ius puniendi de los Estados, como manifestación de su soberanía, al derecho penal internacional.

Tradicionalmente, siempre se ha considerado al derecho internacional público como aquella rama del derecho que regula las relaciones entre los Estados, Sin embargo, en los últimos años hemos visto un desarrollo vertiginoso del derecho internacional público en relación a que en la actualidad es la persona humana sujeto de dicha rama del derecho, que antes era condición exclusiva de los Estados como sujetos primarios y originarios, por antonomasia.

Por lo señalado, hoy en día es viable de que las personas como entes individuales puedan ser penalmente responsables a nivel internacional, cuando se trate de violaciones graves de los derechos humanos y al propio derecho internacional humanitario.

Es decir, entonces, puedo señalar que el derecho penal aparece en ese contexto para vincularse con el derecho internacional público, toda vez que se puede producir un juicio de reproche sobre aquellas conductas que lesionan de manera grave bienes jurídicos como la vida y la propia salud, reconocidos por la comunidad internacional. Evidentemente esta situación tiene como antecedentes

los crímenes de la primera y segunda guerra mundial del siglo pasado y otros crímenes étnicos raciales como lo sucedido en Bosnia y Serbia.

Lo señalado anteriormente, incluso ha dado lugar a la creación del primer Tribunal Internacional en lo que se conoció como los Juicios de Nuremberg, pues los vencedores de la guerra comenzaron a ejercer en nombre de la comunidad internacional jurisdicción universal. En tal sentido, se comenzó a consolidar la siguiente idea según la cual:

“Dentro de las conductas de derecho penal internacional, se crearía un grupo más reducido de delitos, que, por atentar gravemente contra intereses o valores especialmente importantes, deberían estar sometidas a un régimen jurídico internacional específico. Elementos que se encontrarían en los principios reconocidos por el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nuremberg, confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1946 y formuladas cuatro años después, por la Comisión de Derecho Internacional” .

2.1.2. Antecedentes Nacionales

En cuanto se refiere a lo que sucede en nuestro país y respecto al Derecho Penal del Enemigo puedo señalar que existen numerosos ejemplos de su existencia en nuestro Código Penal, como es el caso de lo señalado en el artículo 255 que dice lo siguiente.

“El que fabrica, introduce en el territorio de la Republica o retira de él, maquinas, matrices, cuños o cualquier otra clase de instrumentos o insumos destinados a la fabricación de billetes o monedas o se encuentra en posesión de uno o más pliegos de billetes falsificados, o extrae de un billete autentico medidas de

seguridad con el objeto de insertarlas en uno falso o alterado, o que, a sabiendas, los conserva en su poder será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa”.

Asimismo, se tiene lo señalado en el artículo 274 que señala lo siguiente:

“El que, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36 inciso 7”

De igual manera el artículo 279 señala lo siguiente:

“El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, ofrece o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal...”

Lo característico de estas figuras delictivas puedo señalar es que existe una anticipación de las barreras punitivas de protección, que entiendo, ha sido así considerado en razón a la peligrosidad de la conducta que puede comprometer de por sí, a determinados bienes jurídicos como la paz pública, la seguridad jurídica, entre otros. En tal sentido nuestro legislador ha considerado por

conveniente adelantar las barreras punitivas a fin de preservar determinados bienes jurídicos. En este extremo y estando a los casos citados, se está penalizando actos que de por sí y per se son actos preparatorios dentro del proceso del Iter Crimines.

Es en este contexto, y antes casos reiterados de violación de los derechos individuales y desprecio a la ley, es que el Estado en su afán de conseguir la máxima eficacia en la prevención y en el castigo de la actividad delictiva, ha introducido reformas sustanciales al Código Penal, Código Procesal y Código de Ejecución Penal, reformas que se caracterizan por establecer penas cada vez más elevadas, por penalizar la puesta en peligro de determinados bienes jurídicos y/o relativizar las garantías procesales; muestra clara de este endurecimiento es la legislación antiterrorista, y más recientemente la Ley 28726, mediante la que se ha incorporado en nuestro Código Penal las instituciones de la reincidencia y la habitualidad; de igual forma en el caso del concurso ideal de delitos se faculta el incremento de la pena más grave hasta en una cuarta parte, siempre que no exceda los treinta y cinco años de privación de la libertad; de otro lado, se ha modificado los requisitos para la imposición del mandato de detención, al establecerse que se puede adoptar dicha medida cuando la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito; todo lo cual indica que, debido al fenómeno creciente de la violencia, se está transitando de una legislación jurídico - penal de carácter preventivo a una legislación excepcional claramente represiva, lo cual puede poner en riesgo los derechos fundamentales.

Por otro, y siempre con la finalidad de desarrollar una investigación objetiva, es que se ha procedido a una revisión de las normas jurídicas como las anteriormente citadas y que se encuentran en nuestro Código Penal y otros referentes al terrorismo, criminalidad organizada y demás, para llegar a la conclusión de que en los mismos encontramos rasgos del Derecho Penal del Enemigo.

Por tanto, y estando al nuevo Código Procesal Penal; este texto legal también puede ser materia de observación si consideramos el paso de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio, si el mismo contiene rasgos del Derecho Penal del Enemigo, lo cual si lo consideramos si tenemos en cuenta por ejemplo como es que se permite detenciones preliminares y preventivas incluso hasta 36 meses, sin que exista siquiera de manera formal una acusación del Ministerio Público como es el caso de la ex pareja presidencial Ollanta Humala y su señora esposa.

2.1.3. Concepto y fundamento del Derecho Penal del Enemigo

Evidentemente, el fundamento del Derecho Penal del Enemigo de considerar al delincuente como un enemigo tiene una connotación histórica que es necesario conocer. En tal sentido puedo señalar que ya en la Teoría del Pacto Social de la sofística griega en el mito de Prometeo, Zeus sostenía que al incapaz de participar del honor y la justicia se le puede eliminar como se mata a un miembro enfermo del Estado. John Locke, por su lado, era aún más radical, manifestando que al hombre que declara la guerra, se le debe matar como un animal carnívoro como cualquier otra criatura peligrosa que aniquila al ser humano en cuanto cae en su poder en tanto no se encuentra vinculado a la razón y a la ley común. Mientras tanto, Rousseau a propósito de su obra “ El Contrato Social”, señalaba

que el ciudadano se convierte en enemigo cuando busca su propia ambición de poder y merced a ello, despreciando las normas sociales y de esta manera el bienestar de los demás, muriendo por tanto, más por enemigo que por ciudadano.

Siglos más adelante, la doctrina opositora al Derecho Penal del Enemigo, encuentra en sí mismo en el término "*enemigo*", prejuicios negativos producto de la indudable carga ideológica y política, tanto más cuando volvemos la mirada a esa experiencia aterradora socialmente. En efecto, esta experiencia demuestra como los regímenes políticos autoritarios, piénsese a título de ejemplo, en la España de Franco a quien se le denominaba enemigo a quien permitía comunicar públicamente una oposición o a quien exigía derechos fundamentales, en otro bando, Jean Kabada, ex primer ministro de Ruanda, condenado por genocidio, alababa el trabajo de una emisora de radio que animaba a la persecución y muerte de miembros de la tribu Tusi y de los Humus moderados, como arma imprescindible en la lucha contra el enemigo. Finalmente, y como ejemplo más extremista, en la desenfrenada Alemania de Hitler, donde los efectos dirigidos a concretar un aseguramiento cognitivo no consistían en medidas de excepción, sino en la regla. Ayer como hoy, todas estas normas son absolutamente ilegítimas y repulsivas a la conciencia humanitaria.

Dicho ello, podemos precisar que este modelo de Derecho fue introducido por Gunther Jakobs en Frankfurt 1985 a propósito de su disertación intitulada "criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico" en el cual manifestó la relevancia penal respecto de la evitación y anticipo efectivo a la lesión al bien jurídico y fundamentalmente, en los momentos previos a ese

estadio, entiéndase, en los actos preparatorios dirigidos a enemigos que no ofrezcan las garantías mínimas de comportarse como persona, estableciéndose sanciones a sujetos peligrosamente criminales en una etapa precedente del acto delictivo como expectativa a su consecución. Para entender la aplicación de este modelo, el profesor Jakobs establece dos perspectivas, a saber, una vertiente *ius*-filosófica y una vertiente jurídico-penal conforme pasare a desarrollar.

a) Perspectiva *ius*-filosófica del Derecho penal del enemigo

Esta vertiente normativa, denomina Derecho al vínculo inter-subjetivo de personas en tanto titulares de derechos y deberes. De esta manera, sé es persona en sentido sinalagmático frente al todo social; mientras que la relación con un enemigo no se determina por el derecho, sino por la coacción. Podemos afirmar que el profesor Jakobs, reformula el concepto de “persona”, apartándose notoriamente del contenido clásico de la doctrina, y considera que el ser humano en sí mismo no es más que naturaleza, por lo tanto, no todo ser humano es persona en la esfera del derecho penal; tanto los niños y los enfermos mentales son considerados por el derecho penal como “focos de peligro” que hay que neutralizar. La persona en derecho es alguien que, en principio, actúa motivada por la norma y es fiel al derecho, en términos del insigne filósofo y pensador Georg Friedrich Hegel, cuando un sujeto comete un delito, esto es, cuando realiza una negación del Derecho, surgen la necesidad de negar la negación del Derecho en que el delito consiste que sigue existiendo en el delincuente. Sólo mediante la pena se niega la negación del Derecho realizada por el delincuente, esto es, se niega el delito, la existencia positiva de la vulneración mantenida en la voluntad particular del delincuente. La vulneración

de esta voluntad en cuanto existente es, por tanto, la superación del delito, la confirmación de la norma como respuesta al quebrantamiento de la misma y en consecuencia, en el restablecimiento del Derecho

b) Perspectiva jurídico-penal del Derecho Penal

En relación con esta vertiente, a un amigo se le educa, a un ciudadano se le instruye, *contrariu sensu*, a un enemigo se le combate, a un enemigo se le lucha y enfrenta y no con guerras ni armas reales sino, por el contrario, con instrumentos normativos al alcance de una sociedad civilizada, como es el caso de la Teoría que encuentran respuesta en el diseño creado por el Derecho pena del enemigo. Una vigencia real normativa, excluye la pretensión de lo imposible, del querer, por ejemplo, combatir exitosamente al terrorismo o al Tráfico Ilícito de Drogas –en adelante TID- con instrumentos ideales o políticamente correctos, inconsistentes e insuficientes en la práctica. Este Derecho penal del enemigo implica un comportamiento orientado en base a *reglas prácticas* como sucede por ejemplo, en el adelantamiento de barreras de punición o el sancionamiento de actos de conspiración; en términos de Polaino Navarrete (...) *mediante el anticipo del umbral jurídico de una legislación de lucha en lugar de una legislación penal mediante la supresión de garantías procesales*, como ocurre en nuestro orden jurídico-penal, en delitos de TID y rebelión, por ser pues en sí mismos, alteradores del orden democrático y económico de nuestra sociedad. En este entendido, la *ratio escendi* del Derecho Penal del Enemigo tiene por propósito obstaculizar e impedir que estas actividades prosperen en el mundo real, sino por el contrario, asegurarlas y protegerla de modo efectivo y real, todo esto, esencialmente, porque el terrorismo, la trata de personas, el tráfico de

armas, son ilícitos penales que accionan atacando las bases y estructura del sistema, sin reconocerse como parte de él. En este contexto, el Estado, adelanta sus barreras de punición con el exclusivo propósito de neutralizar o inocular el peligro demostrando jurídica y tácticamente, por tanto, cómo el Estado procura un aseguramiento cognitivo de cara a viabilizar y posibilitar al ciudadano fiel el derecho de una libertad y garantía real siendo el Derecho Penal del Enemigo un pasaporte que habilita mecanismos efectivos de prevención y represión.

2.1.4. Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho en cualquier sistema democrático se caracteriza por la prevalencia de la Constitución Política respecto a las demás normas jurídicas de inferior jerarquía conforme a la teoría constitucional de Hans Kelsen que consideraba en su obra cumbre “Teoría Pura del Derecho” que el sistema de normas jurídicas estaba constituido como una forma de pirámide jurídica, en la cual en cuya cúspide se encuentra la Constitución Política. Esta primacía de la Constitución sobre la ley se sustenta, por tanto, en primer lugar, en la doctrina adoptada por Kelsen y hoy generalmente admitida según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico que, iniciándose en la Constitución, se extiende por los sucesivos momentos en el proceso de su creación en las demás normas existentes de inferior jerarquía. Por tanto, no podría concebirse un Derecho Penal sin límites y sin estar sujetos a principios constitucionales para hacer frente a posibles abusos de interpretación y arbitrariedad en la judicatura ordinaria principalmente conforme lo vemos constantemente en casos emblemáticos como lo que estaría sucediendo con los ex presidentes de nuestro país. En tal sentido el Derecho Penal y por tanto, una política criminal que no guarde estricta observancia a los postulados

constitucionales evidentemente estaría perdiendo su contenido democrático, en razón de que se estaría poniendo en riesgo la preservación y protección de los derechos fundamentales de la persona humana.

En ese sentido, los derechos y principios fundamentales establecido en nuestra Carta Magna están constituido por los derechos fundamentales y por las garantías de la administración de justicia, las mismas que reconocen el derecho a la libertad individual y al debido proceso, como fundamentos básicos de todo sistema democrático. En tal sentido es necesario según mi criterio que dichos derechos no sean vulnerados por el Derecho penal del enemigo, toda vez que, es precisamente, señalan algunos autores, a partir de esta libertad de resolución conductual exclusivo de cada sujeto, que decide merced a ella autoexcluirse del sistema social, prefiriéndose enrolarse a los grupos de criminalidad organizada. Sin embargo, es necesario precisar que en muchos casos el Estado tiende a penalizar cualquier problema social, lo cual es evidencia de la intolerancia por no decir indiferencia frente a cualquier cuestión social que puede contener aspiraciones sociales y económicas, frente a la cual el Estado tiene que responder con políticas sociales. En ese sentido y de la mano con lo anterior, y según señalan algunos autores, se puedo concluir en que otro principio penal-constitucional celebrado por el Derecho Penal del Enemigo es el principio de resocialización o de reinserción social, la cual, alude al logro de que el delincuente, el sujeto ante quien fracasó el mensaje motivador preventivo general de la norma, no cometa en el futuro nuevos delitos. En este extremo, debo señalar si bien es cierto la pena debe tener un fin resocializador, sin embargo, esto constituye una quimera, si es que nos limitamos solo al aspecto represivo.

Nuestro Tribunal Constitucional, a propósito del proceso de acción de Inconstitucionalidad recaída en el Sentencia 0014-2006, recogido asimismo de la STC 003-2005 y como pretexto del análisis de la reincidencia y la habitualidad como mecanismos violatorios del principio al *nebis in idem*, culpabilidad y proporcionalidad, realizó un carente examen de la aproximación de un Derecho Penal del Enemigo en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. En este entender, nuestro intérprete Constitucional, expuso, entre sus “principales fundamentos”, la manifiesta impracticabilidad de una diferencia entre Derecho Penal del Enemigo y Derecho Penal del Ciudadano, en el seno un Estado Constitucional de Derecho, sosteniendo la igualdad de derechos y garantías entre todos las personas, no permitiendo deslumbrar una cláusula que difiera en cuanto garantías procesales en tanto aquellos ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su *status* en tanto tales, de aquellos que se ubican en el extramuros del Derecho en general, siendo inaplicable por tanto, que a los primeros les sea aplicable los fines constitucionales de la pena, mientras que, *a sensu contrariu*, para los delincuentes habituales y reincidentes (enemigos), no quede otra alternativa que su total eliminación.

En definitiva y a modo de resumen, nuestro interprete constitucional, reclama que el Derecho Penal del Enemigo, responde a un Derecho Penal de Autor, no obstante, y ante un razonamiento totalmente contradictorio a lo invocado en su *ratio decidendi* -como ocurrió en su momento con la deformación del concepto del Derecho Penal del Enemigo por parte del profesor alemán Kai Ambos, autor que cuestiona radicalmente la convergencia entre persona y enemigos, cuando el mismo, en alusión y de cara a una política represora de todo Estado, alude a necesariamente diferenciar entre enemigos externos y enemigos internos

las declara constitucionales y plenamente aplicables. De lo resuelto por el Tribunal Constitucional, podemos arribar a dos conclusiones que afirman mi posición, en la medida que inicialmente cuestionan la viabilidad de un Derecho Penal del Enemigo en nuestro orden constitucional y democrático y por otro lado, de manera antagónica, terminan admitiendo la habitualidad y la reincidencia penal, cuando, como sostiene el profesor Polaino – Orts, *tanto, la habitualidad y la reincidencia son manifiesto expreso del Derecho Penal del Enemigo, lo que sin embargo, per se, no conlleva su inconstitucionalidad, sino todo lo contrario, suponen y evidencian herramientas del Estado de Derecho en la protección de bienes jurídicos colectivos de relevancia constitucional como son por ejemplo, la tranquilidad y la paz pública.*

2.1.5. fines de un Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho en cuanto a sus antecedentes lo encontramos en la Revolución Francesa de 1789, con la cual se dio por terminado un régimen absolutista en donde se sustentaba el poder político según se manifestaba como un mandato divino que encarnaba el Rey y la Reyna. En tal sentido es necesario tener en cuenta a grandes pensadores y filósofos como Montesquieu y Rousseau, entre otros quienes comenzaron a cuestionar la forma como se ejercía el poder político, que tenía como característica su concentración y su naturaleza divina, conforme se alegaba por sus detentadores. En este escenario evidentemente era el Estado el fin supremo a la cual se tenía que rendir sumisión y pleitesía.

Como consecuencia de lo señalado y teniendo en cuenta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se puede considerar estos

hechos como el inicio de grandes cambios políticos para dar lugar a una forma de Estado, en donde la persona humana es el fin supremo de todo Estado. Ello da lugar posteriormente y de manera progresiva a diversas Cartas Políticas que se caracterizan por el reconocimiento de una gama de derechos humanos como sucedió con la Constitución de Querétaro de 1917 en México y la de Weimar de 1919 de Alemania. Iniciándose un proceso de Constitucionalización de derechos de contenido social en el mundo.

En ese contexto y luego de las guerras mundiales que sufrió la humanidad en la primera mitad del siglo pasado y la posterior creación de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos y la posterior desaparición de algunos gobiernos militares en América Latina como sucedió en el Perú, Chile, Bolivia, Paraguay, Brasil y Ecuador, entramos a un proceso de gobiernos civiles, consolidándose por tanto gobiernos constitucionales de derecho.

A partir de ello, puedo señalar en lo que corresponde a nuestro país, que es recién con la Constitución Política de 1979 y luego con la actual Carta Magna de 1993 en que se afianza los derechos fundamentales de la persona humana. Estableciéndose que la defensa de la persona humana y de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Por lo señalado, entonces reafirmo mi posición de que el Derecho Penal del Enemigo no necesariamente se condice con los postulados de un Estado Constitucional de Derecho, considerando en muchos casos se están vulnerando derechos fundamentales como sucede con la Reincidencia y la Habitualidad que han sido reincorporado a nuestro Código Penal vulnerándose la garantía procesal del Ne Bis In Iden.

2.1.6. El Derecho Penal del enemigo y sus implicancias Jurídicas y políticas frente al sistema internacional de derechos humanos

En cuanto se refiere al Derecho Penal del Enemigo y sus implicancias jurídicas y políticas frente al sistema internacional de los derechos humanos, al respecto debemos reconocer que en la actualidad asistimos a un escenario internacional que desde mediados del siglo pasado ha aprobado organismos multinacionales como Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos. Como acto seguido a lo señalado, se han suscrito diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos como respuesta a los hechos de barbarie cometidos especialmente en los siglos XVII, XVIII, XIX y XX, en donde quizás las dos guerras mundiales constituyen la mayor expresión del abuso y de delitos de lesa humanidad como es el caso del genocidio en agravio de los judíos, gitanos, rusos, entre otros.

En ese contexto de oprobio para la humanidad por la violación de los derechos humanos, la comunidad internacional comenzó a desarrollar una serie de instrumentos internacionales destinados a preservar y tutelar dichos derechos.

Por lo señalado, enfatizo una vez más la concientización sobre la importancia que ha adquirido la humanidad respecto de los derechos humanos. En tal sentido y aun cuando existen tribunales internacionales como es el caso de la Corte Interamericana de los derechos humanos, aun así, y especialmente en materia penal, dicha Corte ha asumido un rol muy importante en la preservación de los derechos y garantías penales y de carácter procesal penal, como lo referido a la razonabilidad de los plazos de investigación, motivación de las resoluciones

judiciales, tribunales sin rostro, avocamiento de la justicia militar para los casos comunes, entre otros.

Lo señalado ha resultado muy importante para enmendar muchos errores judiciales que se cometieron en nuestra justicia ordinaria, permitiendo todo ello mejorar democratizar y humanizar nuestra justicia penal. Por tal razón saludo el hecho que está establecido en nuestra Carta Magna cuando señala que los derechos humanos se interpretan de acuerdo a lo establecido en los instrumentos internacionales que ha suscrito el Estado peruano.

Por todo ello, si bien es cierto el Estado tiene el monopolio del ius puniendi para castigar el delito, sin embargo, ello no debe llevar a violentar determinados principios y garantías establecidas en nuestra Carta Magna y en el Derecho Internacional Público en cuanto se refiere a los derechos humanos.

2.1.7. El Derecho Penal del enemigo en pleno siglo XXI, caracteres y retos del sistema democrático

Ante sucesos graves para la humanidad como fue el atentado terrorista a las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001, diversos académicos como George FLETCHER catedrático de la Universidad de Columbia, escribía un artículo en el Washington Post, en el que planteaba la siguiente cuestión:

¿Se trata de un crimen que requiere la intervención de la Justicia o constituye un ataque que exige una declaración de guerra?

A lo señalado, puedo agregar que esta aparente contradicción en cuanto a la reacción, según se trate de un acto de Justicia o de una Guerra, resulta una

discusión bizantina para los académicos, que consideran que, desde el punto de vista jurídico, en un caso como lo señalado no hay que diferenciar entre una y otra forma de reacción, ya que ambas son aspectos de un mismo sistema punitivo, una que se encarga de perseguir la criminalidad común y otra que se ocupa de una criminalidad excepcional que ataca directamente las bases del sistema político y punitivo de un Estado.

Este es el punto de vista del penalista alemán Gunther JAKOBS, quien dos años antes del atentado de Nueva York, en un Congreso celebrado en Berlín en octubre de 1999, planteó la cuestión, a un nivel entonces más abstracto, de si en casos de este tipo y de otros similares de grave peligro para la seguridad cognitiva, lo que hay que hacer es recurrir a un Derecho Penal especial, un Feindstrafrecht o Derecho Penal del Enemigo, con el que el Estado no trata simplemente de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos,

Las características que identifican a este Derecho Penal del Enemigo que describía JAKOBS en su conferencia de 1999 y que después ha reiterado en otros trabajos son las siguientes:

- 1.- Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de proporcionalidad, aplicando incluso penas draconianas.
- 2.- Abolición o reducción a un mínimo de las garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, entre otras garantías.
- 3.- Criminalización de conductas que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho Penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito.

Al respecto Francisco MUÑOZ CONDE y refiriéndose a lo señalado por JAKOBS precisa que imaginémonos lo que podría llegar a ser un Derecho Penal de este tipo con los siguientes ejemplos:

1. Aplicar penas más allá de la idea de proporcionalidad, incluso «penas draconianas», puede significar, si se toman las palabras de JAKOBS al pie de la letra, aplicar penas de prisión de larga duración, incluso la pena de prisión perpetua o la de muerte, a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves.

2. Abolir o reducir los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal puede significar, por ejemplo, admitir que éste no tenga derecho al debido proceso o a la asistencia de abogado, o también la admisión de pruebas conseguidas ilegalmente, incluso con el empleo de tortura, derogar la competencia del Juez natural y crear Tribunales especiales, excepcionales o militares, permitir que las autoridades políticas o administrativas, sin intervención judicial, puedan decretar el internamiento o el arresto por tiempo indefinido de personas meramente sospechosas, etc.

3. Criminalizar conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del Derecho penal a este tipo de conductas, puede suponer penalizar simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía públicamente hacia ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas, o incluso escribir un artículo a favor de estas ideas, o defenderlas en el curso de una conferencia como ésta, etc.

Estando a lo señalado puedo señalar que en el presente siglo XXI con claro predominio en el escenario internacional de gobiernos democráticos, ello constituye un reto en cuanto se refiere a la preservación y protección de los derechos fundamentales. Por tanto y como lo hemos señalado los postulados del Derecho Penal del Enemigo no se condice con los principios y valores de la democracia, en razón de que el Derecho Penal debe sustentarse en dichos valores.

2.1.8. El Derecho Penal del enemigo y su relación con el Derecho Penal peruano, influencia y consecuencias de la misma

La doctrina nacional y comparada en los últimos tiempos y antes el crecimiento de la criminalidad han comenzado a desarrollar toda una teoría del "Derecho Penal del Enemigo" y esto considerando que el Derecho Penal Común ha sido rebasada en su finalidad de la protección de los bienes jurídicos de una sociedad cualquiera.

En tal sentido, el Derecho Penal del Enemigo busca anticipar las sanciones frente al peligro que puede conllevar su afectación. Normas en las que la pena no tiene como función la prevención sino la sanción per se, es decir por si misma. En tal sentido dichas normas ponen énfasis en la condición del sujeto y no en el hecho típico; de tal manera que puedo señalar que este derecho no se rige por los principios que inspiran al Derecho Penal tradicional, como el principio de legalidad, principio de lesividad, principio de responsabilidad, previstos en el Título Preliminar del Código Penal.

Por ello, y conforme lo señala la doctrina, las normas que han dado lugar a la denominación del Derecho Penal del Enemigo, nos permite sostener que ante el elevado índice de la criminalidad en cuanto a su crecimiento, las formas agravantes y reiteración en el mismo, así como la aparición de organizaciones criminales, todo ello ha dado lugar a que el Estado dentro de su política contra el crimen haya tenido que crear tipos penales más extensivas y agravantes, en tanto que mediante ellas se penan no solamente conductas en etapas previas a la lesión de bienes jurídicamente protegidos (actos preparatorios), sino que incluso se elevan las penas de algunos tipos penales como es el caso del feminicidio.

De lo señalado, se colige que el Derecho Penal del Enemigo se sustenta fundamentalmente en la “peligrosidad” del sujeto, que es identificado por Jakobs “enemigo”; así como en la obligación que tiene el Estado de otorgar a los ciudadanos en su conjunto una situación de seguridad frente al peligro real que significan la presencia en la sociedad de los denominados “enemigos”.

Evidentemente y estando a lo señalado se puede aseverar que el Derecho Penal del Enemigo tiende en muchos casos y como consecuencia de la política criminal de cada Estado ha influenciado nuestra normatividad penal en el sentido de distorsionar y tergiversar los fines de la pena, que en nuestro caso están establecido en el Título preliminar de nuestro Código Penal. Por tanto y según mi criterio, se distorsiona incluso los tipos penales con la consecuencia de afectación a derechos fundamentales establecidos en nuestro derecho positivo.

Como lo hemos señalado anteriormente, en un Estado Constitucional de Derecho y como norma fundante de nuestro derecho positivo, incluido por cierto

el Derecho Penal, esta debe cimentarse en los valores y principios de la forma como está estructurada nuestro Estado. Por ello, ante el crecimiento vertiginoso de la criminalidad, la respuesta a ello no solo debe ser represivo a través del derecho penal, sino que tiene medidas alternativas que como complemento a las represivas, deben servir todo ello a la verdadera rehabilitación del condenado, situación que por cierto se da en nuestro país, en donde se piensa de que el derecho penal debe ser la solución a todos los males sociales que nos aqueja como sociedad.

2.1.9. Jurisprudencia Nacional con rasgos del Derecho Penal del Enemigo

En el presente apartado, analizaremos la resolución judicial emitida por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, considerada para el análisis de estudio como un "caso emblemático", analizando que en su contenido se encuentran elementos del derecho penal del enemigo. Cabe mencionar que se trata del proceso penal seguido contra el homicida que asesinara a la señora Nora Ruiz Aguilar viuda de Paredes y otros (esposa del señor Paredes propietarios del Camal de Yerbateros).

EXP. Nº 40-98

OCTAVO: "(...) El modus vivendi de este procesado (...) quien ha hecho de la delincuencia un modo de obtener ingresos ilícitos (...).

Respecto al presente acápite, podemos decir que encontramos como elementos característicos del derecho penal del enemigo a la "delincuencia habitual", a la que también alude Silva Sánchez cuando precisa que "Los datos a la regulación del Derecho Penal del enemigo, son la habitualidad y profesionalidad

de sus actividades, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad de tales organizaciones"

No se trata pues de una persona que ha cometido en forma incidental un delito, sino que en el modo de conducirse durante su vida ha demostrado que se ha apartado del derecho, comportamiento que hace presumir que no ha de cambiar de conducta, generando para los demás una inseguridad en la sociedad.

De esta manera, el Juzgador, al emplear la expresión "modus vivendi". se refiere a la valoración que se le está dando al modo de vida del procesado, esto es, que el citado procesado comete delitos en forma constante, uno tras otro; de tal manera que puede afirmarse que el delinquir se ha tornado en un medio de vida para obtener ingresos económicos.

En el mismo sentido, se puede observar en la segunda y tercera afirmación del Colegiado que tal consideración guarda similitud con el concepto de conducta de reiteración, pues al señalar que en un acto reiterado, habitual y/o reincidente estamos calificando una conducta propia del procesado consistente en una sucesiva continuación de comportamientos ilícitos, por lo que el juzgador ha tomado en consideración estas condiciones personales del procesado. Así también, vemos que tal consideración es contradictoria confrontando con lo expuesto en la Exposición de Motivos del Código Penal, en el cual podemos advertir que las instituciones de la habitualidad y reincidencia están proscritas. Cabe mencionar que el criterio del Juzgador en este aspecto si ha tomado elementos del derecho penal del enemigo como la "habitualidad y reincidencia".

OCTAVO.- "I...) quien así obra revela una capacidad pasmosa para el crimen (...) que crea incertidumbre e inseguridad entre los ciudadanos, pues

no bastaría el hecho de saberse sin enemigos personales ni el guardarse de los enemigos conocidos para escapar al peligro".

"(...) ya que mediante la utilización de asesinos mercenarios las posibilidades de defensa del ciudadano disminuyen notablemente".

Respecto de la expresión "capacidad pasmosa para el crimen", se precisan las siguientes consideraciones: si tenemos en cuenta que "capacidad" es un obrar consciente y voluntario para hacer algo, y el término pasmoso tiene varios significados, como: sorpresivo, admirable, asombroso, extraordinario, desusado, increíble, impresionante, milagroso, notable, portentoso, maravilloso, extraño, singular, chocante, insólito, raro, inverosímil, inaudito", se puede decir que con dicha expresión se alude a una persona que obra con una capacidad impresionante para cometer un delito. No hace falta demasiado esfuerzo para constatar que esa capacidad para la comisión de delitos alude a la idea de peligrosidad, característica que define el concepto de derecho penal de enemigo.

Refiriéndose a los individuos peligrosos, Cancio Melia, señala que este tipo de personas "representarían peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad. Agrega además que "por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal!".

Al utilizar este término lo que el Colegiado ha buscado es mostrar al procesado un individuo peligroso con una agresividad latente de tal forma que se le considera como un "foco de peligro", cuya presencia en la

sociedad es un factor de inseguridad, por lo que la pena pasaría a ser en este caso también un medio de aseguramiento cognitivo.

Al respecto, Polaina comenta lo siguiente: "En primer lugar, un sujeto convierte en enemigo cuando, por motivos de la "enemistad", manifestada en su conducta erosiona la confianza que los demás tienen depositado en la norma, de modo que los ciudadano y la Sociedad pierden la seguridad cognitiva de que sus bienes van a estar a salvo de la actuación indiscriminada por parte de los demás"

Penalidad: En el presente proceso en cuanto a la pena se advierte que se le ha impuesto el máximo de ella pues conforme a lo regulado por el Decreto Legislativo 895, este procesado fue sentenciado el once de febrero del año mil novecientos ochenta y ocho el cual prescribía la pena de veinticinco años de pena privativa de libertad.

RESOLUCION DE LA CORTE SUPREMA

La jurisprudencia que a continuación pasamos a analizar es otro caso considerado por las características del cometido intelectual como "caso emblemático", conforme pasaremos más adelante a detallar, pues están presentes en ella las características del derecho penal del enemigo. Se trata de una resolución emitida por la Sala Superior y que fuera confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia declarando no haber nulidad en la sentencia que condena al procesado.

Exp. Nº 469- 002

la causa en comentario está referida al juzgamiento de la banda de "Los Injertos del Fundo Oquendo", quienes habrían cometido el delito de secuestro en agravio de varias personas entre ellas al Embajador de Israel.

VIGÉSIMO SEGUNDO

Así como la naturaleza de la comisión de los derechos delictuosos la multiplicidad de aquellos".

Aquí también se puede apreciar que es objeto de valoración de los magistrados el carácter o la personalidad de los procesados, pues estos se dedicaban a cometer delitos. Se trata, pues, de la habitualidad. Precisándose también que pertenecen a una organización delictiva.

"(...) Al formar parte de un grupo humano organizado para delinquir en forma permanente".

En este pasaje se observa con mayor claridad cómo se acude un tanto disimuladamente a la figura de la habitualidad a la hora de fundamentar la imposición de una pena. Al respecto, es pertinente señalar lo precisado por Gracia Martln, al citar a Jakobs cuando dice que a los enemigos "son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de modo duradero y no sólo de manera incidental y, por ello no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran este déficit por medio de su comportamiento".

"(...) Habiendo con su accionar delincuencia, puesto en zozobra no sólo a las víctimas, sino a la sociedad en integridad".

Es pertinente citar a Silva Sánchez quien afirma: "Por otro lado, estas circunstancias fundamentarán respecto de los comportamiento de los individuos un significado adicional de *negación frontal* de los principios políticos o socioeconómicos básicos de nuestro modelo de convivencia" "(...) tratándose en ambos casos los acusados de personas proclives al delito y con sentencias anteriores".

Aquí también se puede advertir que este acápite se refiere a la "habitualidad y reincidencia" cuando señala que los procesados tienen sentencias anteriores.

Penalidad: En cuanto a la imposición de la pena es drástica pues les impone TREINTA AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Este extremo de la sentencia fue confirmada por la sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de lo que se tiene que los Magistrados Vocales también han tenido el mismo criterio para pronunciarse respecto a la imposición de la pena, criterio de valoración que han compartido con la Sala Penal Superior. Consideramos en suma que la presente sentencia contiene elementos del derecho penal del enemigo, como son habitualidad y reincidencia, excesiva peligrosidad, drástica sentencia condenatoria.

Expediente Nº 3045-2003

En la siguiente resolución será materia de análisis, es otro "caso emblemático". Se trata del proceso penal seguido contra la Banda "Mata Taxistas" en Lima, sentenciada por la Tercera Sala Penal de procesos con reos en cárcel.

DECIMO SETIMO:

"sus antecedentes judiciales, de amplio prontuario por delitos contra el patrimonio, la vida el cuerpo y la salud".

En esta resolución se puede verificar que el Juzgador ha tenido en cuenta la "reincidencia" de los procesados; que se demuestran con los antecedentes judiciales. Se trata así de individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos y sobre todo en este proceso han venido cometiendo graves delitos

(...)"De lo que se puede colegir claramente que ha hecho de su accionar un modus vivendi, más aun habiéndosele concedido el beneficio de semi libertad".

En igual sentido, esta conducta también está referida a la habitualidad, es decir, los procesados vienen demostrando una desobediencia reiterada del derecho, tal es así que aun habiendo obtenido el beneficio de semi libertad y obtenido su libertad, nuevamente han delinquido, lo que hace ver una marcada reincidencia en el delito. "Lo que significa que son un peligro para la sociedad".

Esta consideración se traduce en que se les está considerando a los procesados como delincuentes que con su actuar son un factor de

inseguridad para la sociedad, entendiéndose que al ser considerados como tales lo que el Colegiado ha tratado en su decisión judicial es de dejar en claro que se trata de focos de peligro, es decir de "enemigos".

Penalidad: La Sala Penal Superior sentenció a los procesados con la pena máxima esto es con cadena perpetua. Sin embargo, vía Recurso de Nulidad el Supremo Colegiado, en atención a que los magistrados en primera instancia habrán vulnerado el principio de legalidad por existir un conflicto de leyes penales, declaró no haber nulidad en la sentencia en la parte que condena. Si declaro haber nulidad en cuanto a la imposición de pena aplicando el máximo de la pena, que es de veinticinco años de pena privativa de la libertad.

Si se tiene en cuenta lo comentado por Diez Ripollés cuando señala, refiriéndose a Jakobs, que "Se propugna igualmente un decidido aprovechamiento de los efectos inculpativos de la pena, a cuyo fin se ha de proceder a una generalización e incremento sustancial de las penal de prisión".

BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Se trata de la Resolución expedida en segunda instancia por la Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel, que revoca el auto concedido en primera instancia.

EXP. 56-03-B.P.

(...)Que le hayan permitido superar las deficiencias mostradas inicialmente en su conducta delictual, a ello se agrega que el

recurrente registra cinco ingresos al Establecimiento Penal (...) toda vez que de

autos se advierte de la hoja de carcelería que obra a fojas 54 a 58 que el interno estuvo recluso en el Establecimiento Penal Nuevo Imperial de Cañete (...) en razón de que aparece anotado en el antecedente judicial (...).

En cuanto a esta afirmación que precisan los operadores de justicia, podemos advertir también que se ha tomado en cuenta el elemento de la reincidencia al considerar el constante ingreso en el Penal, así como haberse encontrado recluso en un penal en la ciudad de Cañete.

"(...) pues su otorgamiento estará librado a la evaluación de si el condenado se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, habida cuenta que la justificación de las penas privativas de libertad es la de proteger a la sociedad del delito; por lo que no existe certeza que se haya cumplido el objetivo que exige la exposición de motivos del decreto Legislativo número seiscientos cincuenta y cuatro".

Este considerando es una clara muestra que contiene elementos del derecho penal del enemigo, pues a pesar de haberse cumplido con los requisitos de forma para la obtención de dicho beneficio, el Colegiado no opina por la procedencia de dicho beneficio teniendo en cuenta la peligrosidad del sentenciado, lo cual no fue advertido por el Juez de primera instancia sino que su criterio fue el de conceder dicho beneficio.

En este extremo, corresponde señalar que Diez Ripollés, al referirse a Silva Sánchez, afirma que una de las metas del "derecho de peligrosidad"

consistió en haber "desaparecido la (finalidad) de corregir o resocializar al delincuente, siendo la iniciación, dentro o fuera de la prisión el objetivo que marca en todo momento su proceder"

Lo que busca este tipo de derecho penal es que el delincuente ya no vuelva a gozar de libertad, por cuanto es una persona dedicada a la comisión de delitos en forma reiterada, por lo que ya no hay solución para éste, salvo la exclusión, es decir, el alejamiento de la sociedad de la que forma parte, esto es, que continúe en prisión. De este modo, se busca un especial aseguramiento frente a una fuente de peligro.

Con tal criterio no se da cumplimiento a lo señalado en la exposición de motivos del Código de Ejecución Penal, en cuanto se refiere a la readaptación y reincorporación a la sociedad del condenado, el cual se encuentra estrechamente vinculado con la proscripción de las figuras de la reincidencia y la habitualidad contenido en la Exposición de Motivos antes aludido.

De allí que también esta resolución tiene elementos del derecho penal del enemigo, en este caso aplicado al campo del derecho penitenciario.

SALA CORPORATIVA NACIONAL DE BANDAS Y TERRORISMO ESPECIAL SENTENCIA

"(...) ello, sin embargo no es suficiente para pronunciarse favorablemente por su excarcelación mediante el instituto de semi libertad, si se tiene en cuenta que el informe psicológico de fojas dieciséis donde se describe a un sujeto "inestable, pesimista, de fácil reacción a la crítica, personalidad del interno que demostrarían

que todavía no se ha readaptado; apareciendo más bien como una persona cuya peligrosidad sigue siendo latente para la sociedad".

En este caso tanto el Juez Penal como el Colegiado coinciden en la decisión final sobre la base de una valoración de la personalidad del autor, así como la peligrosidad que genera para la sociedad.

La Sala confirmó la resolución de fojas sesenta y siete y siguiente, su fecha veintisiete de abril de mil novecientos noventa y nueve que declara improcedente la semilibertad del sentenciado JOVI JORGE RAMOS FERNÁNDEZ, en la condena que viene purgando por delito contra la Libertad

Personal – Secuestro- y contra el Patrimonio – Robo Agravado- en perjuicio de Jorge Luis Camacho Saavedra.

El concepto de prevención enfatiza la protección de la sociedad ante el delito, y por tal razón la sentencia en comentario parte de la idea de peligrosidad como uno de los fundamentos para la denegación de la solicitud de semilibertad del condenado Ramos Fernández.

Como se puede advertir, al parecer el criterio de la sala es muy claro no se concede el beneficio penitenciario de semilibertad aun cuando el solicitante haya cumplido con todos los requisitos exigidos, simplemente porque éste puede ser aún un individuo peligroso para la sociedad.

2.2. Bases teóricas – científicas

El aumento de la criminalidad y la inseguridad ciudadana se ha convertido en los últimos años en un tema acuciante y de preocupación nacional y ha

conllevado hasta la fecha constante debate político y jurídico respecto a cuál debe ser la postura del Estado frente a dicho fenómeno.

Por ello es que el Estado se ve obligado a que tenga que asumir en los últimos años distintas respuestas destinadas a combatir dicho flagelo criminal para cuyo caso el Estado como siempre sucede a tenido que recurrir al Derecho Penal, en este caso creando nuevos tipos penales o agravando las ya existente.

Asimismo se analiza por ejemplo si las figuras de la Reincidencia y la Habitualidad deben constituir o no una respuesta del Estado en materia de política criminal holística para combatir la delincuencia o si por el contrario no es más que una respuesta que solo busca satisfacer la presión social ante la inseguridad ciudadana, la misma que no contribuye en absoluto a erradicar y/o combatir la delincuencia

Solo para señalar un caso, y respecto a las instituciones de la Reincidencia y de la Habitualidad, las mismas fueron proscritas en el Código Penal de 1991; en ese sentido en la exposición de motivos para la proscripción de estas figuras se estableció lo siguiente:

“ (...) Hoy no resulta valido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un ciudadano (derecho penal del autor). La comisión revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes por lo demás debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos

anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio non bis in ídem (Nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito)...La experiencia ha demostrado que la drasticidad de la pena impuesta en nombre de la reincidencia y habitualidad no ha servido para atemorizar de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la comisión revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del Derecho de Castigar y que el positivismo progresista auspicio con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social (...).”.

Es decir entonces, la comisión revisora manifestó un rechazo total de estas figuras, las mismas que incluso consideraba como carente de legalidad y humanismo, y que en si constituían expresiones del Derecho Penal del enemigo, del mismo modo negó todo tipo de utilidad de las mismas, sin embargo, quince años después de la emisión del Código Penal, mediante Ley Nro. 28726 de fecha 09 de mayo del 2006, se incorporaron dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal a estas dos instituciones que en un principio se hallaban proscritas.

2.2.1. Antecedentes histórico- filosóficos del derecho penal del enemigo

SANTO TOMAS DE AQUINO (1225-1274)

Santo Tomás de Aquino, en su obra *La Summa Teológica*, sostiene que “todo poder correctivo y sancionario proviene de Dios, quien lo delega a la sociedad de hombres; por lo cual el poder público está facultado como representante divino, para imponer toda clase de sanciones jurídicas

debidamente instituidas con el objeto de defender la salud de la sociedad. De la misma manera que es conveniente y lícito amputar un miembro putrefacto para salvar la salud del resto del cuerpo, de la misma manera lo es también eliminar al criminal pervertido mediante la pena de muerte para salvar al resto de la sociedad".

La idea defensista aparece meridiana en un texto de Santo Tomás, quien afirma que no es lícito encarcelar a un hombre, "a no ser que se haga por orden de la justicia, sea como castigo o para evitar que el reo cometa otros daños".

Se evidencia en la doctrina expuesta por Tomás de Aquino, que la realización de la justicia puede llegar en determinados casos a la exclusión del delincuente de la sociedad, a fin de preservar la integridad de los demás miembros. Lo cual permite acercar este pensamiento con la descripción actual del Derecho penal del enemigo.

Jakobs expone, en líneas generales, una diferencia conceptual entre ciudadano e individuo, otorgando esta última categoría a ciertos delincuentes considerados enemigos sociales, "que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se le combate por su peligrosidad" a diferencia del trato al ciudadano, en el que se espera "hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar": por tanto, en el caso del individuo no hace falta esperar la manifestación del hecho para intervenir penalmente, sino que es posible la intervención sobre el delincuente para evitar futuros daños.

En este sentido, el concepto de peligrosidad expuesto por Jakobs se asemeja al pensamiento defensista de Tomás de Aquino, esto es, que para evitar que

el reo o "enemigo" cometa otros daños, es lícito recluirlo, por ello Jakobs considera que "el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado por el peligro de daños futuros: una regulación propia del derecho penal del enemigo". Siempre bajo el mismo pensamiento defensivo se procede, igualmente, a una generalización e incremento sustancial de las penas de prisión; se restringe al máximo la obtención de beneficios penitenciarios, para prevenir una reducción de su duración o un aligeramiento del régimen de cumplimiento.

Tomás de Aquino asimismo afirma en la *Summa Teológica*, que "a ninguna cosa se le niega una dignidad que le corresponde por naturaleza, como no sea por su culpa". Muestra que el don natural de la dignidad humana puede perderse de manera culpable y deliberada. Pero mucho más claros son otros textos como los siguientes: "el hombre pecando desciende en la dignidad de su naturaleza"; "el hombre por el pecado decae de la dignidad de la razón, y el que obra contra razón se compara a los seres.

Aquí, encontramos presente de modo explícito cómo para Tomás de Aquino la dignidad humana, que naturalmente se posee como una disposición a obrar de acuerdo con la razón, puede perderse obrando contra la razón. El pecador es el malvado que se niega a interpretar correctamente, a pesar de las evidencias. No es simplemente que no pueda ver, si no es que no quiere ver. Su comportamiento se equipara al del animal, pues se mueve por un apetitivo sensorial instintivo, empero a diferencia de éste su voluntad está dirigida a un fin, que es precisamente hacer el mal.

Como veremos posteriormente, el Derecho penal del enemigo asume la posición de que el enemigo es el malvado que actúa contra el orden establecido, a quien por esta condición se debe exterminar, pues su accionar está dirigido conscientemente a realizar el mal, comportándose instintivamente como un animal, habiendo "perdido su estatus de persona".

THOMAS HOBBS

La doctrina que se ocupa del "derecho penal del enemigo" toma a Hobbes como uno de sus precursores. Hobbes sostuvo: que cada hombre en el estado de naturaleza debía ser el único juez de los medios necesarios para su propia conservación, por lo que en este estado "*cada quien tenía derecho a todo*", era una "*guerra de todos contra todos*"; pero nadie estaba seguro en ese estado de naturaleza, por lo que para asegurar su propia conservación el hombre debía buscar la paz y defenderse contra aquellos que no se la brindaban; para ello cada quien debía estar dispuesto a prescindir de su derecho a todas las cosas, cuando los demás también estuvieran dispuestos a hacerlo, debiendo conformarse con tanta libertad contra los demás como el permitiera a los demás en contra de sí mismo; esta mutua cesión de derecho se lograba con el pacto social. Este pacto de unión hobbesiano es uno de sumisión en el que los contratantes son individuos singulares vinculados entre sí que se comprometen recíprocamente ante un tercero no contratante. Advirtiéndose que todo aquél que no participe en el pacto permanece en estado de guerra y, por tanto, eran *enemigos* de los demás. No obstante, se consideraba que todo aquél que vivía en una República aceptando la protección del gobierno,

del soberano, tácitamente entraba en el pacto. Mediante ese pacto los súbditos se comprometían a cumplir las leyes civiles dictadas por el soberano, por el temor a que los *castigos* a imponérseles eran peores a la conducta quebrantada; sin embargo, dicho pacto social sólo los obligaba cuando alcanzaba el fin por el cual se había suscrito, cuál era la deseada *seguridad*, que debía ser la ley suprema.

Jakobs encuentra en el pensamiento de Hobbes que para éste "no es el contrato el que fundamenta las obligaciones, sino el hecho a él vinculado o previo a él del sometimiento, que es irreversible". Entonces la fuente del orden estatal no es el contrato fundacional, sino el aparato coactivo que se encuentra inserto en ese orden legal. Este sometimiento a la institucionalidad permite alcanzar la ansiada *seguridad*,

Hobbes señala que el perdón es una garantía de paz, sin embargo, dicho perdón no podía ser concedido a los *enemigos*, la mayoría ha proclamado un soberano mediante votos concordados, quien disiente debe ahora consentir con el resto, es decir avenirse a reconocer todos los actos que realice o bien a exponerse a ser eliminado por el resto.

Asimismo, quien quebrantara su pacto no puede ser *tolerado en ninguna sociedad* y quien pretendiera retener más bienes de los que necesita frente a los que verdaderamente los requieren, *debía ser abandonado o expulsado de la sociedad como hostil a ella*

"A los rebeldes, traidores y demás convictos de lesa majestad" ya no se les castigaba según el derecho civil, sino según el natural; esto es, no como malos ciudadanos sino como a enemigos del Estado; y no por

derecho de gobierno o de dominio sino por derecho de guerra. Igualmente, se señala que Hobbes en los delitos de lesa majestad comprendió los actos preparatorios como punibles, que como se sabe, por lo general carecen de punibilidad.

Hasta aquí, como se verá más adelante, se presentan rasgos semejantes con el tema del "derecho penal del enemigo"

JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778)

En el pensamiento de este autor se encuentra la idea de la sociedad como ente colectivo que agrupa personas e instituciones, que descansa sobre un régimen normativo, el que debe ser cumplido y respetado por las personas que lo conforman, por ello, tenemos un orden social y jurídico sobre el que se desenvuelve el ser humano.

En efecto, con mucha precisión Jean-Jacques .Rousseau, en su obra el *Contrato Social*, elaboró un ambicioso plan que describía la esencia y funcionamiento de las instituciones políticas, y es dentro de este engranaje de formulaciones que se define el orden social como: "... un derecho sagrado que sirve de base a todos los restantes. Mas este derecho no procede de la naturaleza. Si no se fundamenta en convenciones"

Es decir, que para Rousseau existe un orden jurídico porque cada componente de la sociedad conviene en respetar las leyes, "la alienación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad". Entonces frente al individuo que colapsa esta alienación y que con su conducta lesiona los bienes jurídicos del resto de los individuos, encontramos la figura del *enemigo social*.

En esta concepción, el quebrantamiento de la ley por un individuo deberá ser visto desde un criterio de proporcionalidad y de justicia, esto es, que la conducta del "enemigo", al no reconocer ni respetar el derecho de los demás como personas, lesiona jurídicamente los intereses colectivos, por lo que esta conducta debe ser combatida, reprimida o neutralizada de manera especialmente asegurativa. La consecuencia que va a generar una conducta especialmente lesiva, es que el Estado adopte medidas en salvaguarda de los intereses del resto de los componentes, así es como el Derecho Penal, como materia especial, va a tener en cuenta al "enemigo".

Frente a la actitud que asume el Estado en resguardo de los intereses de la colectividad, es preciso tener en cuenta que: "En efecto, cada individuo puede, en cuanto hombre, tener una voluntad particular contraria o diferente a la voluntad general que tiene cada ciudadano"

Esto es, que la libertad de actuación como derecho está latente en cada ser humano y depende de él realizarlo dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico y social, "Este paso del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy importante, al sustituir en su conducta la justicia al instinto, al dar a sus acciones la moralidad que les faltaba antes".

Es preciso tener en cuenta que el libro *El Contrato Social*, a la fecha con una vigencia de 244 años (escrita en 1762), describe con mucha exactitud y claridad al enemigo dentro del orden social, al darle la condición de malhechor al que ataca el orden jurídico y social y que por sus actos

delictivos se convierte en traidor del Estado, pues al violar sus leyes se convierte en enemigo de éste.

IMMANUEL KANT (1724- 1804)

Otro de los filósofos que, a criterio de Günther Jakobs, también argumentó a favor de un Derecho Penal Especial aplicado a los enemigos, es el filósofo alemán Immanuel Kant, así lo señala Jakobs cuando al referirse a la vinculación entre: derecho -individuo y coacción- y enemigo señala: "En la construcción de Kant, toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana", referencia de autoridad que también invoca en la carta que cursó a Francisco Muñoz Conde, dando respuesta a las críticas formuladas por éste sobre el Derecho penal del enemigo..

Kant en su obra *La Paz Perpetua* reflexiona en torno a la paz y la forma de hacerla permanente, en forma de una socialización internacional, a fin de acabar con el estado de naturaleza y guerra entre las naciones. En esta obra, refiriéndose al Estado de Naturaleza y la Guerra, señala lo siguiente: "La paz entre los hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza -status naturalis-; el estado de naturaleza es más bien la guerra, es decir, un estado en donde, aunque las hostilidades no hayan sido rotas, existe la constante amenaza de romperlas. Por tanto, la paz es algo que debe ser "instaurado"; pues abstenerse de romper las hostilidades no basta para asegurar la paz, y si los que viven juntos no se han dado mutuas seguridades -cosa que sólo en el estado "civil" puede

acontecer- cabrá que cada uno de ellos, habiendo previamente requerido al otro, lo considere y trate, si se niega, como a un enemigo"

Kant, en la misma obra, al referirse al enemigo señala "Pero el hombre - o el pueblo- que se halla en el estado de naturaleza no me da esas garantías y hasta me lesiona por el mero hecho de hallarse en ese estado de naturaleza; en efecto, está junto a mí, y aunque no me hostiliza activamente, es para mí la anarquía de su estado -estatuto injusto- una perpetua amenaza. Yo puedo obligarle, o bien a entrar conmigo a un estado legal común o a apartarse de mi lado"

De otro lado, Kant en su obra *Metafísica de las Costumbres*, al sustentar la teoría retribucionista de la pena señala "los habitantes de una isla a punto de desaparecer tiene que ejecutar el último asesino que quede en la cárcel antes de esparcirse por el mundo, para que todo el mundo lleve grabada en su mente la imagen de que el que la hace la paga: "el valor que merecen sus hechos".

Son estas expresiones las que han sido consideradas por Jakobs como evidencia que para Kant la sociedad tiene derecho a defenderse y tratar como enemigo a quienes de manera persistente delinquen, y así lograr un proceso de autodisciplina del hombre y de los hombres.

JOHANN GOTTLIEB FICHTE (1762-1814)

Se ha tomado las ideas del filósofo Fichte como fundamentos del Derecho penal del enemigo. Antes de afirmar si lo hacen con razón o no, analicemos su pensamiento; Fichte acompañó al contrato social otro contrato, al que llamó contrato de protección, afirmando: "que este contrato obligaba a los

ciudadanos a tutelar activa y positivamente sus recíprocos derechos, puesto que para él, el individuo es el titular de los derechos que le conciernen por su intrínseca esencia, por lo que correspondía al Estado solamente protegerlos”.

Asimismo, no debemos de perder de vista que el contrato social para Fichte "es concebido como un "contrato de propiedad" por el que cada uno pone toda su propiedad como garantía de su voluntad de no lesionar la propiedad de todos los demás". Por lo que Fichte colige que este pacto era uno de simple abstención, es decir, era un pacto de no agresión entre los ciudadanos; de lo que se advierte que el contrato de protección era un pacto más fuerte que el contrato social, puesto que el compromiso de proteger los derechos no era solamente entre los ciudadanos sino que además era del Estado frente a los ciudadanos.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que para Fichte "Los derechos originarios son anteriores al Estado, que es concebido como instrumento de la coactividad que el Derecho comporta a fin de que sean respetadas las libertades de cada uno": Asimismo, se señala: "que los derechos que para Fichte son innatos entrañan un típico carácter iusnaturalista: la libertad física, la propiedad, la conservación de la persona". Por lo que podemos advertir que estos derechos para Fichte son derechos inmanentes al individuo, y al ser ello así, no podemos concebir la idea de que Fichte aprobara que se restringiera *el derecho a la libertad física y el de la conservación de la persona* por parte del Estado, para que éste pueda subsistir y no colapse, como al parecer es lo que acoge la doctrina del

Derecho penal del enemigo; más aún si Fichte ha sostenido que el Estado era el encargado de proteger tales derechos.

No obstante, las ideas señaladas en los párrafos precedentes fue una forma inicial de pensar de Fichte, ya que unos años más tarde, Fichte cambia de manera de pensar anunciando un paso hacia una concepción totalmente distinta, "en ella se abandona la concepción del Estado como centro de la coexistencia de las libertades de los particulares, instrumento de protección de los derechos del individuo">. Es por ello que en la obra *Fundamentos del Derecho natural* señala "quien lesiona el contrato ciudadano en un punto en donde en el contrato se contaba con su prudencia, sea voluntariamente o por imprevisión, pierde estrictamente todos sus derechos como ciudadano y como ser humano y queda completamente privado de sus derechos>. Sin embargo, propone "un contrato de expiación entre todos. En virtud del cual todos se prometen no excluir al delincuente del estado, sino permitirle expiar esta pena de otra manera. Lo cual no rige para el reo de asesinato intencional y premeditado, con quien debe procederse sin dilaciones a su exclusión absoluta."

Nótese la diferencia que se da en el trato a quien incumple el contrato, la consecuencia es una muerte civil que se va a atenuar con un contrato de expiación; que en el caso del asesino no es así, se mantiene aún la privación de derechos; tal es así que "al condenado se le declara ser una cosa, una cabeza de ganado. Fichte afirma que "a falta de personalidad, la ejecución del criminal no es una pena, sino sólo un instrumento de seguridad. De lo que podemos concluir que Fichte. En un primer momento, fue defensor de los derechos y garantías constitucionales de los individuos y luego cambia en

forma radical, pensamiento que coincide con las actuales características del derecho penal del enemigo.

EMILIE DURKHEIM (1858-1917)

Para poder comprender mejor el estudio del Derecho penal del enemigo es conveniente considerar al destacado sociólogo francés Emile Durkheim, su pensamiento en general, y su conocida "Teoría de la Anomia", en particular.

Si bien es cierto que en la época en que Durkheim desarrolló su Teoría de la Anomia, la denominación moderna del Derecho penal del enemigo no había evolucionado aún como lo conocemos hoy en día, también es cierto que no obstante ser Durkheim un sociólogo, podremos encontrar ciertas similitudes en alguno de los elementos de su teoría con pensadores jurídicos como Günther Jakobs o Thomas Hobbes.

El Diccionario de la Real Academia Española define la anomia como: "Estado de aislamiento del individuo, o de desorganización de la sociedad, debido a ausencia, contradicción o incongruencia de las normas sociales".

La anomia (etimológicamente *sin norma*) se emplea en sociología para referirse a una desviación o ruptura de las normas sociales. Se supone que la anomia es un colapso de gobernabilidad por no poder controlar una emergente situación de alienación experimentada por un individuo o una subcultura, hecho que provoca una situación desorganizada que resulta en un comportamiento no social. El término fue introducido por Emile Durkheim en *La División del Trabajo en la Sociedad* y *El Suicidio*. Concretamente, para Durkheim, la anomia implica la falta de normas que puedan orientar el comportamiento de los individuos. Las formulaciones sociológicas de la

anemia hechas por este autor, han llegado a ocupar un lugar importante en la sociología contemporánea, porque han tratado de explicar distintas formas de la conducta desviada dentro del ámbito de la sociedad global y dentro de su estructura social.

La existencia de diversos valores y normas morales en muchas situaciones sociales obliga a los individuos a tener que elegir; este hecho puede originar conductas desviadas que a nivel colectivo pueden traducirse en situaciones de desorganización social, en donde el comportamiento de un individuo, como diría Jakobs años más tarde, "ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes de la sociedad".

Posteriormente, en su obra *El Suicidio*, Durkheim analizó la relación del individuo con las normas y valores que se encuentran en la conciencia social en la cual vive y su aceptación e interiorización; pues la anomia surge como consecuencia de las discrepancias entre las necesidades de los individuos y los medios que le ofrece la sociedad para resolverlos. Estas situaciones conducen a conductas desviadas, marginaciones, frustraciones o rebeliones. Incluso, como los hechos han demostrado posteriormente, estas conductas llevan a un abandono permanente del derecho y de amenaza permanente a los principios de la sociedad y del Estado de Derecho.

2.2.1.1.- El Derecho Penal del enemigo en el Derecho Penal

Español.

En el caso de España es necesario resaltar que la respuesta penal frente a la delincuencia sexual, en especial aquella en la que los sujetos pasivos son menores, se caracteriza por un amplio adelantamiento de la barrera punitiva,

llegando a castigar actos en sí inocuos y, en el caso de los delitos de corrupción de menores, la mera parafilia pedófila. Un ejemplo lo encontramos en el art. 189.2 CP que señala lo siguiente:

“El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años”. Esta norma por ejemplo castiga al que posee, para su propio uso, material pornográfico en el que participen menores o incapaces.

Es cierto que, si no existiera demanda, no existiría oferta de pornografía infantil o con incapaces, y en esa medida sí se protege el bien jurídico de la indemnidad sexual. No obstante, no se debe olvidar que se están penando conductas que lesionan de forma lejana e indirecta ese bien jurídico.

Asimismo, también el artículo 189.1 letra b) señala lo siguiente:

“El que produjera, vendiera, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces o los poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido”.

Por su parte también es de tener en cuenta el apartado 7 del art. 189, que señala lo siguiente:

“Sera castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjera, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo

sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”.

Determinados autores consideran que con ello se tipifica la llamada pornografía infantil virtual, en la cual se utilizan imágenes y grabaciones de voz de menores de edad para introducirlas en un contexto pornográfico. Ahora bien, algunos autores consideran que no se puede decir que por el hecho de utilizar una imagen o una grabación de voz de un menor se vea lesionada la libertad o indemnidad sexual del mismo. A lo sumo puede verse afectada porque esta conducta podría fomentar la ulterior utilización de menores en pornografía, por lo que sería un delito de peligro abstracto, propio del Derecho Penal del Enemigo. En este sentido, si algo caracteriza al delito de peligro abstracto es la mera posibilidad del daño que se pueda cometer, es decir no es necesario que se acredite el peligro.

En estas clases de delitos, lo que se quiere es perseguir a personas pedófilas que, aunque sólo hayan visto una animación, pueden, en el futuro ver, elaborar o difundir pornografía con menores reales. De esta manera, se las considera como sujetos de riesgo y son castigadas por tal motivo.

Por otra parte, el art. 187.1 CP español dice lo siguiente:

“El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigada con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

Con ello se está imponiendo la misma pena a la consumación, que se entiende producida con el inicio de la actividad sexual, que a las conductas

que se identificarían mejor con la tentativa, como son la mera solicitud o aceptación.

De acuerdo a una revisión por tanto de la legislación penal española encontraremos algunos tipos penales que tienen las características propias del Derecho Penal del Enemigo, por cuanto en dichas figuras delictivas se adelantan las barreras de la protección, sancionándose en si actos que son preparatorios per se.

2.2.1.2.-El Derecho Penal del enemigo en el Derecho Mexicano

Diversos estudiosos del Derecho Penal Mexicano coinciden en señalar que desde la década de los ochenta se evidencian grandes reformas en materia penal. En tal sentido, con la reforma de 1984 se mostró inspirada por el pensamiento europeo de los años cincuenta.

Posteriormente, en 1993, también en una línea de adecuación a un derecho penal garantista se llevaron a cabo modificaciones constitucionales como las que tienen que ver con la implementación del concepto jurídico de los elementos del tipo y sobre la culpabilidad. Asimismo, es de señalar que en 1999 se produjo nuevamente una modificación al texto constitucional, y como consecuencia de ello volvió a cobrar vigencia el modelo que los artículos 16 y 19 tenían antes de la reforma de 1993, orientándose toda esta reforma al endurecimiento del Estado para enfrentar el crimen organizado. En tal sentido, se implementó la limitación de beneficios preliberacionales para ciertos delitos, se incrementó nuevos tipos penales y se aumentaron las penas a muchas figuras delictivas, además de incrementar también los plazos de prescripción.

Estando a los antecedentes ya señalados, procederemos a identificar los rasgos del Derecho Penal del Enemigo en la legislación penal mexicana. En tal sentido, es de señalar que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, según señalan penalistas mexicanos, es la que se condice con los postulados del Derecho Penal del Enemigo.

Como se ha señalado por diversos autores, uno de los rasgos que se atribuyen al derecho penal del enemigo en el pensamiento de Jakobs es el hecho de que la ley no se orienta a fines preventivos, sino a emprender una lucha, una batalla en contra de los que considera como diferentes de los ciudadanos diferentes.

En ese sentido, se puede decir que, desde la mera nomenclatura, el ordenamiento que nos ocupa, es decir la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se muestra destinado a combatir a la delincuencia organizada de manera preferente y frontal, por tanto y en este extremo encontramos plena correspondencia con el Derecho Penal del Enemigo.

Por otro lado, y conforme lo hemos señalado otra característica del derecho penal del enemigo está dado por el adelantamiento por las barreras de protección del bien jurídico tutelado, es decir, que la legislación penal mexicana contiene disposiciones legales que sancionan incluso actos que per se son actos preparatorios. En este extremo es claro la reacción desproporcionada del Estado frente al infractor. Es decir, entonces, en este extremo también encontramos coincidencias con el derecho penal del enemigo, en razón que de la lectura del artículo segundo del ordenamiento sujeto a análisis se advierte que la tipicidad se alcanza incluso con el simple

acuerdo para organizarse, es decir que no se exige que se compruebe la existencia real de la organización.

De la misma manera, es de advertir que la ley penal mexicana en análisis se ocupa del sujeto, pero lo tipifica por las características de éste, es decir, que prevé la reacción punitiva por ser enemigo, y no por el hecho que hubiera cometido. En tal sentido al analizar la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada encontramos correspondencia con el Derecho Penal del Enemigo. Así, de acuerdo al artículo tercero de la citada ley, cualquier persona, por el simple hecho de pertenecer a la delincuencia organizada que cometa cualquiera de los delitos a los que se refieren las primeras cuatro fracciones del artículo segundo, será investigada, perseguida, procesada y sancionada conforme a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Por otro lado, el artículo sexto de la norma citada establece que los plazos de prescripción de los delitos concretos que se hubieran cometido, se duplicaran respecto de los que alude el artículo segundo, ello, por el hecho de ser cometidos por miembros de la delincuencia organizada.

2.2.1.3. El Derecho Penal del enemigo en el Derecho Ecuatoriano.

Desarrollar el Derecho Penal del Enemigo implica distinguir entre Derecho Penal de Acto y Derecho Penal de Autor, no solo desde el punto de vista de la sistemática sino también, y fundamentalmente política e ideológica. Solo el Derecho Penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente. El Derecho Penal de autor se basa en determinar cualidades de las personas de la que esta, la mayoría de las veces, no es

responsable en lo absoluto y que, en todo caso, no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales. Así por ejemplo, es muy fácil describir en un tipo penal los actos constitutivos de un homicidio de un hurto, pero es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un homicida o de un ladrón. Por eso el derecho Penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo.

La aplicación del derecho penal de autor perjudica el desarrollo democrático del Derecho Penal e impide la incorporación de los Derechos Humanos en el ordenamiento Jurídico. Esta es la concepción en el Ecuador ya que responde claramente a una política de Estado totalitario por mantener el control de conciencia de los sectores populares, históricamente marginados. El derecho penal de autor es aquella pena aplicada por el administrador de justicia en representación del Estado en virtud de la observación de la personalidad, es decir, tomando en cuenta rasgos étnicos, culturales, ideológicos, económicos, políticos y por otro lado observando la peligrosidad, se entiende por lo tanto que una persona será considerada peligrosa cuando se crea que puede causar un daño o que puede cometer un acto delictivo, lo cual significa, que no es necesario que una persona cometa previamente un delito para que sea considerada como una persona peligrosa.

En el Ecuador esta aplicación oscurantista y obsoleta del derecho penal tiene algunas expresiones, como por ejemplo la política emanada por el Ministerio del Interior denominada 1800 DELITOS, en donde a una determinada persona se le ha imputado el reproche por los medios de

comunicación masivo del cometimiento de uno o varios delitos, vulnerando todo principio del derecho penal trasladando la carga de la prueba a una persona que aun autoridad competente no ha determinado como culpable, más aun no se ha determinado ni la participación directa e indirecta del sujeto.

Es el caso de los decretos de estado de excepción, nos dice que es necesario el romper el ordenamiento jurídico en donde se suprimen un conjunto de derechos a colectividad, por el cumplimiento de defensa del Imperium del Estado, cercenando y delimitando derechos fundamentales como la movilidad, la libertad de reunión, de conciencia de información, entre otros.

2.2.1.4. El Derecho Penal del enemigo en el Derecho Boliviano

En cuanto se refiere al Código Penal de Bolivia, es de tener en cuenta su artículo 132 sobre **Asociación delictuosa** y que dice lo siguiente:

“El que formare parte de una asociación de cuatro o más personas, destinada a cometer delitos, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años o prestación de trabajo de un mes a un año.

Igual pena se aplicará a los que formaren parte de bandas juveniles con objeto de provocar desórdenes, ultraje, injurias o cualquier otro delito”.

Este precepto legal, de la forma como está redactada en su primer párrafo, penaliza la mera pertenencia a una asociación delictuosa destinada a cometer determinados delitos. Es decir se sanciona los actos preparatorios del Iter Criminis, característica propia del Derecho Penal del Enemigo.

De igual manera el artículo 133 del Código Penal Boliviano sobre Terrorismo señala lo siguiente:

“El que formare parte, actuare al servicio o colabore de cualquier forma con una organización armada destinada a cometer delitos contra la seguridad común, delitos contra la vida o delitos contra la integridad corporal, con la finalidad de subvertir el orden constitucional, deponer al gobierno elegido constitucionalmente, mantener en estado de alarma o pánico colectivo a la población o a un sector de ella, será sancionado con presidio de quince (15) a veinte (20) años, sin perjuicio de la pena que le corresponda si se cometieran tales delitos”.

Es imposible hablar de derecho penal del enemigo sin hablar de terrorismo, puesto que Jakobs reintrodujo el debate de su tesis a partir de lo ocurrido el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York con el atentado a las Torres gemelas. Como es evidente y como sucede con casi todas las legislaciones contra el terrorismo se sanciona actos preparatorios, per se, cuando no meros pensamientos, es así que la última parte de este artículo refiere literalmente “sin perjuicio de la pena que le corresponda si se cometieran tales delitos”. Cuando el legislador, redacta esta conducta prohibida al referir “El que formare parte”, está penalizando un acto de mera pertenencia sin que se requiera una conducta penalmente relevante a través de las formas distintas de participación criminal: autoría inmediata, mediata, coautoría, complicidad, instigación, colaboración necesaria. A su vez, penaliza el actuar al servicio o colaborar de cualquier forma con una organización armada destinada a cometer delitos contra la seguridad común, delitos contra la vida o delitos contra la integridad corporal, con la finalidad de subvertir el orden

constitucional, deponer al gobierno elegido constitucionalmente, mantener en estado de alarma o pánico colectivo a la población o a un sector de ella, sin que se especifique que esta colaboración tenga que ser penalmente relevante, siendo un desatino que se penalice cualquier forma de colaboración. Es más, la colaboración en la comisión de un delito está sancionada bajo la figura de la complicidad, de tal manera que al penalizar la colaboración, se suprime la diferencia entre autoría y participación, de esta manera el cómplice deja de ser cómplice y se convierte, también, en autor del delito, aunque no haya tenido el dominio del hecho. Al penalizar cualquier forma de colaboración, se abre una grandísima posibilidad de un uso ilimitado de la potestad punitiva, esta reitero, debe ser penalmente relevante, y tratarse de acuerdo al sistema diferenciador de las formas de participación, pues dada tal redacción cabe preguntar: ¿El hospedaje a los terroristas, en un hotel, sin conocimiento de sus propósitos, es una colaboración penalmente relevante? Lo contrario es actuar en detrimento del Estado de Derecho, puesto que no se puede penalizar el pensamiento, ello se contrapone al principio de legalidad, tampoco cualquier colaboración a título de autoría, menos si esta no es penalmente relevante, tampoco puede adelantarse la punición a los actos preparatorios, ni siquiera en un delito como el terrorismo, puesto que el Derecho Penal no tiene el poder para evitar la guerra, las atentados terroristas, las masacres, los genocidios, etc., como dice el profesor Daniel Pastor: “Solo podemos afirmar que una vez producido un delito, exclusivamente podemos aplicar un derecho penal liberal, el único posible, a todo sospechoso y a todo autor que, aunque pueda resultar una

ficción jurídica más deberá ser tratado como imputado y como condenado, y no como amigo ni como enemigo.

En consecuencia, también el Derecho Penal Boliviano tiene rasgos del Derecho Penal del Enemigo, y todo ello, y así lo entendemos, por razones de seguridad y ante casos graves q en donde se ponen en riesgos bienes jurídicos.

2.2.1.5. El Derecho Penal del enemigo en el Derecho Chileno

En el caso de Chile es de tener en cuenta diversos hechos políticos sociales como es el caso del gobierno de Augusto Pinochet Ugarte, gobierno de derecha que enfrento y combatió duramente a sus opositores. Incluso algunos de sus detractores aducen que el mencionado mandatario era proclive a las ideas de Thomas Hobbes plasmada en su obra "El Leviatan", y que por tanto era partidario de un Estado duro a fin de garantizar las libertades ciudadanas, según manifestaba permanentemente.

Es de señalar, asimismo, que luego de la restauración de la democracia en Chile, los sucesivos gobiernos también han enfrentado problemas políticos sociales como lo que sucede con la comunidad nativa de los Mapuches, quienes con la dureza de la ley se han privados de sus derechos ancestrales y originarios, siendo cada vez arrinconados por quienes representan al Estado oficial, por llamarlo de alguna manera.

Trasladado al conflicto que nos ocupa, en este caso del mapuche históricamente ha sido considerado un ser inferior por sus adversarios en

razón de su etnia. Mapuche es un “anormal” (declaraciones de El Mercurio a principios de Siglo), un “depredador”, “carente de intelecto”, un “improductivo” (declaraciones del Sr. Luchsinger en 2005). Es por tanto, una “no-persona”, un enemigo, pues en la medida que combate por su territorio ancestral huyendo de manera duradera del derecho, es decir, fuera de los cauces institucionales, no garantiza seguridad cognitiva (concepto normativo de persona) lo que lo lleva a estar palmariamente fuera del sistema. De esta forma, el sistema puede intervenir de manera agresiva y dejar de respetar sus derechos.

Los Mapuches, al defender su cultura y estilo de producción se opone a una forma de vida, se opone a un régimen económico y social establecidos, al orden social y jurídico de los sectores dominantes en la sociedad chilena. En el conflicto mapuche es “lo permanente” y “no lo accidental” lo que se disputa: la propiedad privada. Mapuche – organizado- representa un escollo en el proceso de acumulación de riqueza que llevan a cabo las empresas forestales y los grandes grupos económicos.

Para ello, el Estado Chileno ha tenido que recurrir a los postulados del Derecho Penal del Enemigo, implicando ello el endurecimiento del Estado para hacer frente a los reclamos justos de la comunidad de los Mapuches. Esta situación persiste hasta los momentos actuales, lo cual me permite afirmar que el Derecho Chileno si tiene rasgos del Derecho Penal del Enemigo, aun a costa de los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos que ha suscrito la comunidad internacional.

Evidentemente esta situación de conflicto tiene un trasfondo no solo social y político, sino también cultural e incluso religioso, que hace aparecer en los momentos actuales como si existieran dos Estados con idiosincrasia i fines y metas totalmente disimiles. Por ello, tengamos presente la historia para comprender que una convivencia pacífica implica que fundamentalmente el Estado tiene que reconocer los derechos de los Mapuches, recurriéndose al dialogo y consulta previa de manera permanente como lo hacemos en nuestro país.

2.2. Definiciones de términos

Derecho Penal del Enemigo. - Ciencia que defiende el endurecimiento de nuestra legislación penal por parte del Estado para responder a los males sociales como sucede con la criminalidad organizada.

Derecho Penal del Ciudadano. - Ciencia que defiende garantizar los derechos fundamentales de la persona humana frente al Estado. Es decir, lo que debe preservarse son los derechos humanos.

Estado Constitucional de Derecho. Modelo de Estado sustentado en un Orden Constitucional enmarcado en el Derecho y que tiene como características la división de poderes y la elección democrática de las autoridades.

Derecho Penal del Acto. - Ciencia que busca criminalizar la conducta realizada por el sujeto activo de un delito.

Derecho Penal del Autor. - Ciencia que busca tener en cuenta los

antecedentes del delincuente y no necesariamente el hecho realizado.

Política Criminal. - Política de Estado destinado a combatir y prevenir hechos criminales para proteger a la sociedad.

Criminalidad. - Fenómeno social con un efecto disfuncional en su desarrollo y que menoscaba bienes jurídicos tutelados por el Estado.

Delincuencia. - Caracteres sociales que caracterizan al delincuente que menoscaba bienes jurídicos tutelados por el Estado.

2.3. Hipótesis de la Investigación

2.3.1. Hipótesis general

El Derecho Penal del enemigo no se condice con los postulados y fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho por cuánto está cimentado en la fuerza del Estado, antes que en el desarrollo y protección de los derechos fundamentales

2.3.2. Hipótesis específicas

a) El Derecho penal del enemigo en cuanto a su aprobación e implementación no favorece el desarrollo Democrático de un Estado Constitucional.

b) El Derecho penal del enemigo en cuanto a su aprobación e implementación no favorece el desarrollo Democrático del Estado peruano

2.4. Sistema de Variables:

- **Variable independiente:** El Derecho Penal del enemigo
- **Dimensión:** Régimen penitenciario en Pasco

Indicadores:

- Informes penitenciarios
- Informes de la Defensoría del Pueblo
- Casos Juridiciales

Variable dependiente: Desarrollo y protección de los derechos fundamentales

Dimensión: Régimen Penitenciario en Pasco

- **Indicadores:**
 - Informes penitenciarios
 - Informes de la Defensoría del Pueblo
 - Casos Judiciales

2.2.4.1-Definición conceptual de la variable

Variable Independiente:

El Derecho Penal del enemigo

Esta variable está referida al Derecho Penal del Enemigo considerando que la misma se caracteriza por el endurecimiento y/o creación de nuevos tipos

penales como respuesta del Estado frente al avance de la criminalidad. En tal sentido esta variable independiente como componente de la hipótesis principal es necesario su estudio a fin de determinar su consonancia o no con los postulados de un Estado Constitucional de Derecho.

Variable Dependiente:

Desarrollo y protección de los derechos fundamentales

Constituye que todo Estado Constitucional de Derecho tiene como razón de ser el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. En tal sentido el Estado dentro de su política de desarrollo institucional incluso lo referente a nuestro Derecho Penal debe cimentarse en valores y principios democráticos; por tanto cualquier respuesta del Estado debe encauzarse en el respeto a la persona humana.

2.4.2. Definición operacional de las variables

Variable Independiente:

Derecho Penal del enemigo.

En este caso, esta variable como causa establecida tiene como propósito la respuesta del Estado frente al crecimiento de la criminalidad. Es decir se produce el endurecimiento de las penas y/ o se crean nuevos tipos penales para contrarrestar el delito.

Variable Dependiente:

Desarrollo y protección de los derechos fundamentales

En este caso, esta variable como consecuencia de la variable independiente tiene como propósito afianzar el desarrollo y la protección de los derechos fundamentales como corresponde a un Estado Constitucional de Derecho.

2.4.2.1 Operacionalización de las variables

Variables	Dimensiones	Indicadores
Independiente Derecho Penal del Enemigo.	Régimen penitenciario en Pasco	Informes penitenciarios Informes de la Defensoría del Pueblo Casos judiciales
Dependiente Desarrollo y protección de los derechos fundamentales.	Régimen penitenciario en Pasco	Informes penitenciarios Informes de la Defensoría del Pueblo Casos judiciales

CAPITULO III

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Tipo y nivel de la investigación.

- Descriptivo

3.2. Métodos de investigación

- Exploratorio y descriptivo

3.3. Diseño de investigación

El diseño de la presente investigación es el “ no experimental” ya que los datos estadísticos provenientes del régimen penitenciario de Pasco, informes de la Defensoría del Pueblo sobre los hechos matraera de investigación y los distintos casos judiciales, que serán acopiados y compilados de manera correlacional y de acuerdo a las parámetros de una investigación de tipo descriptivo. Para ello se utilizará el diseño factorial

3x3, cuya fórmula es la determinación de las consecuencias de la aprobación e implementación del Derecho Penal del enemigo.

A₁: Altamente Coherente con el derecho positivo.

A₂: Poco coherente con el derecho positivo.

A₃: Incoherente y Perjudicial con el trabajador

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SUS IMPLICANCIAS JURIDICAS Y POLITICOS EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN LOS PERIODOS 2016 Y 2017	“ EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SUS IMPLICANCIAS JURIDICOS Y POLITICOS EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN LOS PERIUODOS 2016 Y 2017”		
	A ₁	A ₂	A ₃
B ₁	A ₁ B ₁	A ₁ B ₂	A ₁ B ₃
B ₂	A ₂ B ₁	A ₂ B ₂	A ₂ B ₃
B ₃	A ₃ B ₁	A ₃ B ₂	A ₃ B ₃

V. I.: El Derecho Penal del Enemigo

V. D: Desarrollo y protección de los derechos fundamentales.

B₁: Alto

B₂: Mediano

B₃: Bajo.

Muestra: M = OX ----- OY

3.4. Población, muestra y muestreo:

Población:

Población penitenciaria del Centro de reclusión de Santa Lucía de Cerro de Pasco; asimismo encuestas a señores abogados penalista y otros actores relacionados a la justicia penal en nuestra provincia.

Muestra:

70 internas del Centro Penitenciario de Santa Lucía de Cerro de Pasco

Muestreo

El muestreo aplicado fue el muestreo probabilístico con fijación proporcional, que nos permita sistematizar los resultados de la muestra.

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos:

3.5.1. Técnicas:

Las técnicas utilizadas para la recolección de la información:

- **La encuesta:** Dirigida a 70 internos del Centro Penitenciario de Santa Lucía de Cerro de Pasco; asimismo a señores abogados y otros actores de la justicia penal en nuestra provincia
- **Análisis de documentos:** Casos judiciales.

- **Internet:** Se utiliza esta técnica para complementar la información requerida en la presente investigación.

3.5.2. Instrumentos:

- Fichas
- Cuestionario
- Lista de cotejo

3.6. Técnicas de procesamiento y análisis de datos:

3.6.1. Procesamiento manual: En hojas sueltas

3.6.2. Procesamiento electrónico: Con datos alimentados

3.6.3. Técnicas Estadísticas:

- Descriptiva: EL procesamiento de los datos se realizará a través de un sistema mecanizado apoyados por una computadora utilizando una hoja de cálculo se harán las tabulaciones, cuadros, tablas de frecuencias y gráficos.
- Inferencial: Una vez obtenidos los cuadros y gráficos se procederán a realizar el análisis estadístico inferencial para concluir con la prueba de hipótesis, utilizando la prueba Chi-cuadrado.

3.7. Selección y validación de los instrumentos de investigación.

Se validarán los diversos instrumentos de investigación conforme a las técnicas de procesamiento de datos que se han de utilizar

3.8. Plan de recolección de procesamiento de datos.

En la presenta investigación y en cuanto se refiere a los datos que se van a obtener, los mismo responderán a fuentes fidedignas y confiables, lo cual permitirá la mayor veracidad de los resultados finales. Es decir, buscaré la

mayor originalidad y transparencia en el desarrollo de la presente investigación.

En tal sentido, se ha procedido a encuestas y cuestionarios para los fines de obtener la mayor veracidad de los datos que finalmente han sido utilizados para validar mis hipótesis de trabajo.

CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSION DE LA INVESTIGACION

4.1. Tratamiento estadístico de la investigación

Motivado por alcanzar los objetivos de mi investigación, desarrolle la misma siendo consciente sobre la importancia que implica el estudio del “Derecho Penal del Enemigo y sus Implicancias jurídicos y políticos en un Estado Constitucional de Derecho en los periodos 2016 y 2017”. En tal sentido si bien la presente investigación es de naturaleza dogmática, sin embargo, se ha tenido que realizar un desarrollo estadístico en función a la población y muestra que se ha tenido en cuenta para finalmente arribar a datos más confiables que me han permitido la validación de mis hipótesis de trabajo

En tal sentido, y en cuanto se refiere a la población se ha tomado en cuenta a la población penitenciaria del Centro de reclusión de Santa Lucia de Cerro de Pasco; asimismo se ha tenido presente las encuestas a señores abogados penalista y otros actores relacionados a la justicia penal en nuestra provincia, como es el caso de usuarios y público en general.

Por ello, hemos implementado diversas técnicas de recolección de datos, lo cual finalmente me han permitido validar mis hipótesis de trabajo de investigación. Como consecuencia de ello y luego de las explicaciones del caso especialmente a la población penitenciaria y público en general, se ha realizado las siguientes preguntas:

A la población penitenciaria

a.- ¿Considera usted que el Derecho Penal del Enemigo que se caracteriza por el endurecimiento de la represión penal se condice con los postulados y fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho?

A la población en general

b.- ¿Considera usted que la implementación del Derecho Penal del Enemigo que se caracteriza por el endurecimiento de la represión penal favorece el desarrollo democrático de un Estado Constitucional}

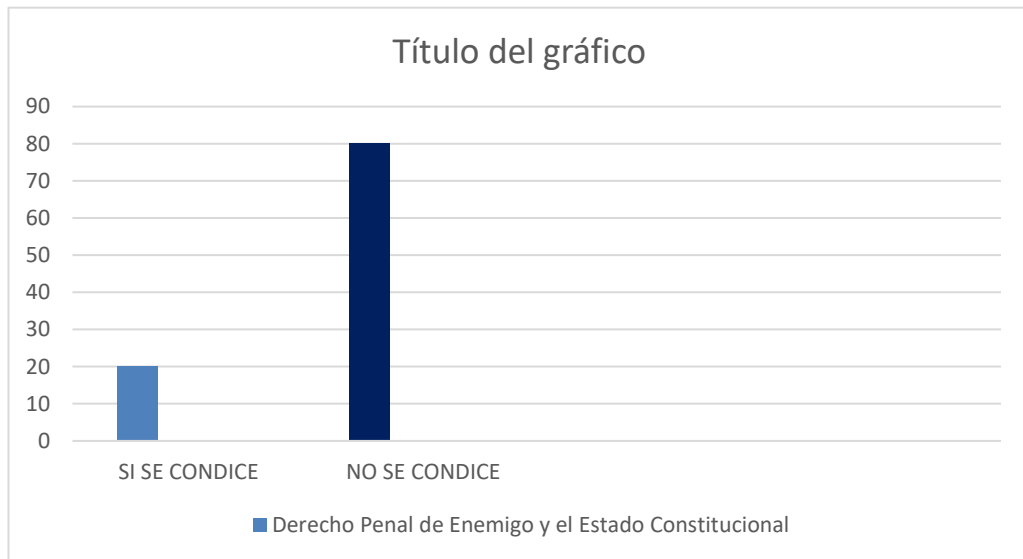
A los abogados penalistas

c.-¿ Está usted de acuerdo con la implementación del Derecho penal del enemigo en un Estado Constitucional de Derecho, es decir favorece su desarrollo democrático ?

d.-¿ Considera usted que la implementación del Derecho Penal del Enemigo en un Estado Constitucional de Derecho es coherente con nuestro Derecho positivo?

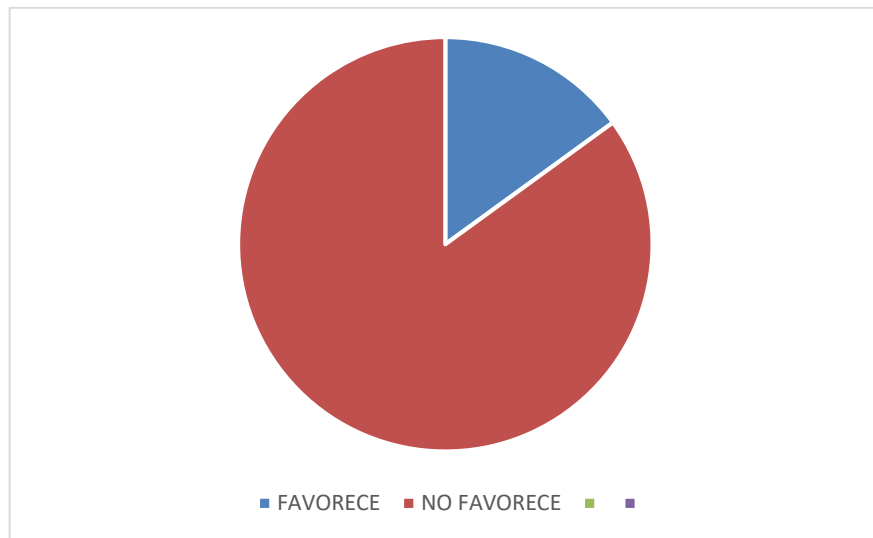
4.2. Presentación de resultados: tablas, gráficos y figuras.

Gráfico N° 1



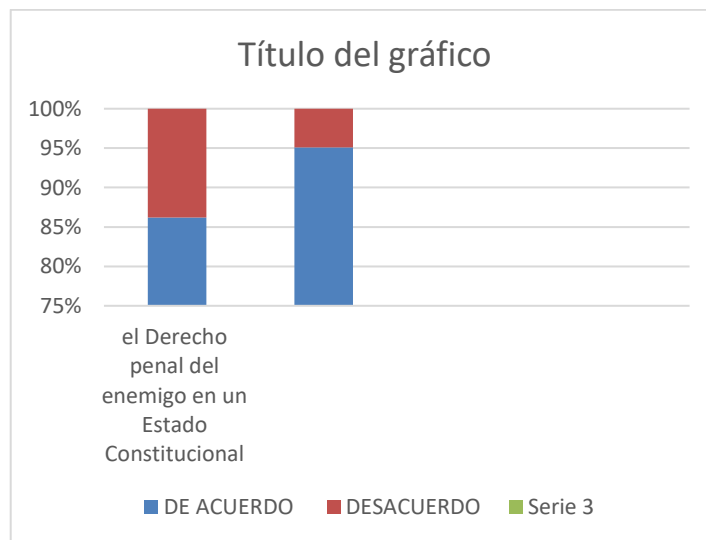
Interpretando, el gráfico N° 1 muestra que más del 80% de la población encuestados señalan que el Derecho Penal del Enemigo no se condice con los postulados y fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho.....

Gráfico N° 2



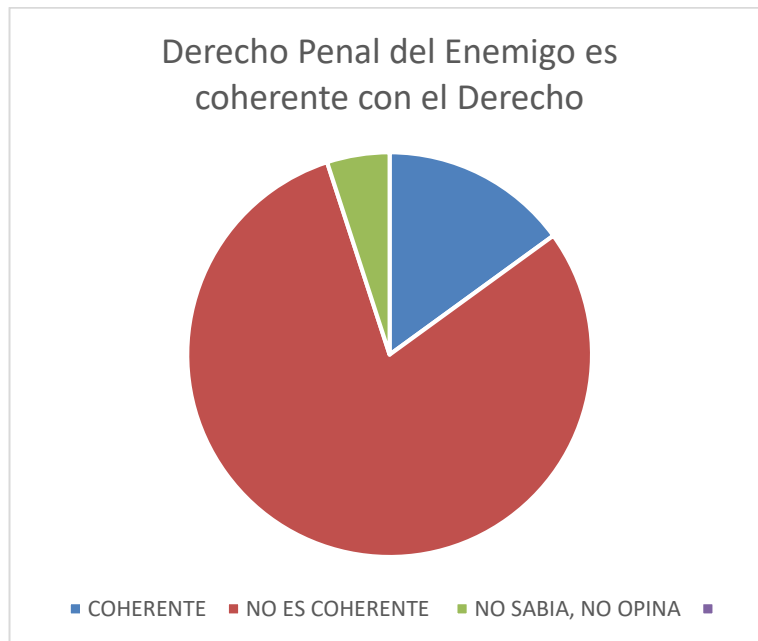
Interpretando, el gráfico N° 2 muestra que, más del 85% de los encuestados son del parecer que en Derecho Penal de Enemigo no favorece el desarrollo del Estado Constitucional del Derecho.....

Gráfico N° 3



Interpretando, el gráfico N° 3 muestra que, más del 85% de los encuestados no consideran conveniente el Derecho Penal de Enemigo en un Estado Constitucional de Derecho.....

Gráfico N° 4



Interpretando, el gráfico N° 4 muestra que, más del 80% señalan que el Derecho Penal del Enemigo no es coherente con el Derecho positivo.

4.3. Prueba de Hipótesis

En cuanto se refiere a la contratación de las hipótesis se ha procedido a lo siguiente:

Hipótesis general

“El Derecho Penal del enemigo no se condice con los postulados y fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho por cuánto está cimentado en la fuerza del Estado, antes que en el desarrollo y protección de los derechos fundamentales”.

Respecto a esta hipótesis y considerando las distintas técnicas e instrumentos de recolección como son las encuestas y entrevistas se llega a VALIDAR dicha hipótesis considerando que el Derecho Penal del enemigo no se condice con los postulados y fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho por cuánto está cimentado en la fuerza del Estado, antes que en el desarrollo y protección de los derechos fundamentales.

En tal sentido, y como lo hemos manifestado el Derecho Penal del Enemigo se cimienta en la fuerza del Estado, antes que en un tratamiento dogmático sustentado en base científico. En ese sentido, el Derecho Penal en general debe tener como base valores y principios democráticos que se sustenten en el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana.

Hipótesis específicas

“El Derecho penal del enemigo en cuanto a su aprobación e implementación no favorece el desarrollo Democrático de un Estado Constitucional”

Al respecto se puede señalar que el Derecho penal del enemigo en cuanto a su aprobación e implementación no favorece el desarrollo Democrático de un Estado Constitucional, considerando que dicha teoría se basa exclusivamente en la fuerza del Estado conforme al pensamiento hobbesiano desarrollado en el siglo XVII y que sirvió a las dictaduras en América Latina del siglo pasado. Por tal razón, considero que se VALIDA esta hipótesis.

“El Derecho penal del enemigo en cuanto a su aprobación e implementación no favorece el desarrollo Democrático del Estado peruano”

Esta hipótesis, de igual manera y como lo hemos señalado también se VALIDA considerando que el Derecho Penal del Enemigo en cuanto a su aprobación e implementación de ninguna manera favorece el desarrollo democrático del Estado peruano, más aun considerando nuestra aun precaria democracia y es más, teniendo en cuenta nuestra historia republicana que se ha caracterizado por los constantes golpes militares que han alterado nuestra democracia conforme está registrado en nuestra historia republicana.

4.4. Discusión de resultados

Con el avance y desarrollo del Derecho Penal hasta la actualidad y como consecuencia de la criminalidad, diversos Estados se han visto en la imperiosa necesidad de endurecer las penas, crear nuevos tipos penales y agravar las ya existentes y todo ello dentro del marco del Derecho Penal del enemigo.

En tal sentido es de tener en cuenta, que en un Estado Constitucional de Derecho como es el caso de nuestro país, ello implica que dicho Estado sea depositario de garantías y libertades atribuibles a sus ciudadanos como derechos inherentes a la persona humana. Por tal razón y para los efectos pertinentes, cabe precisar cuál es el fin del Derecho Penal del enemigo y consecuentemente, si este es compatible con un Estado Constitucional de Derecho, garante ante todo, del irrestricto respeto a la persona humana.

Estando a lo indicado, es de indicar entonces que en un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución es la norma fundante de todo nuestro ordenamiento jurídico conforme a la doctrina adoptada por Hans Kelsen y que hoy es reconocida como tal en todo los ordenamientos jurídicos. Por tanto y de acuerdo a lo señalado no debería concebirse un Derecho Penal sin límites y ajena a los principios constitucionales .como sucede con el Derecho Penal del Enemigo.

Por lo señalado y contradiciéndose con los postulados y fines de un Estado Constitucional de Derecho, me parece absolutamente contradictorio a ello lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional, a propósito del proceso de acción de Inconstitucionalidad recaída en el Sentencia 0014-2006, recogido asimismo de la STC 003-2005 y como consecuencia del análisis de la reincidencia y la habitualidad como mecanismos violatorios del principio al *ne bis in idem*, culpabilidad y proporcionalidad, al respecto nuestro supremo tribunal realizó un examen de la aproximación de un Derecho Penal del Enemigo en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. En este entender, nuestro intérprete Constitucional, expuso, entre sus “principales fundamentos”, la manifiesta impracticabilidad de una diferencia entre Derecho Penal del Enemigo y Derecho Penal del Ciudadano, en el seno de un Estado Constitucional de Derecho, sosteniendo la igualdad de derechos y garantías entre todas las personas, no permitiendo deslumbrar una cláusula que difiera en cuanto garantías procesales en tanto aquellos ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su *status* en tanto tales, de aquellos que se ubican en el extramuros del Derecho en general, siendo inaplicable por tanto, que a

los primeros les sea aplicable los fines constitucionales de la pena, mientras que, *a sensu contrariu*, para los delincuentes habituales y reincidentes (enemigos), no quede otra alternativa que su total eliminación.

En definitiva y a modo de resumen, nuestro interprete constitucional, reclama que el Derecho Penal del Enemigo, responde a un Derecho Penal de Autor, no obstante, y ante un razonamiento totalmente contradictorio a lo invocado en su *ratio decidendi* -como ocurrió en su momento con la deformación del concepto del Derecho Penal del Enemigo por parte del profesor alemán Kai Ambos, autor que cuestiona radicalmente la convergencia entre persona y enemigos, cuando el mismo, en alusión y de cara a una política represora de todo Estado, alude necesariamente diferencian entre enemigos externos y enemigos internos las declara constitucionales y plenamente aplicables. De lo resuelto por el Tribunal Constitucional, podemos arribar a dos conclusiones que afirman mi posición, en la medida que inicialmente cuestionan la viabilidad de un Derecho Penal del Enemigo en nuestro orden constitucional y democrático y por otro lado, de manera antagónica, terminan admitiendo la habitualidad y la reincidencia penal, cuando, como sostiene *la habitualidad y la reincidencia son manifiesto expreso del Derecho Penal del Enemigo, lo que sin embargo, per se, no conlleva su inconstitucionalidad, sino todo lo contrario, suponen y evidencian herramientas del Estado de Derecho en la protección de bienes jurídicos colectivos de relevancia constitucional como son por ejemplo, la tranquilidad y la paz pública.*

Sin perjuicio de lo manifestado por nuestro supremo intérprete de la Constitución, resulta claro que la aplicación del Derecho Penal del Enemigo puede colisionar con los principios y postulados de un Estado Constitucional

de Derecho, considerando que la represión de la criminalidad se está enfocando solo desde un punto vista represiva, dejando de lado otros mecanismos alternativos. .

CONCLUSIONES

- 1.- El Derecho Penal del Enemigo no necesariamente se condice con los postulados y fines de un Estado Constitucional del Derecho.
- 2.- En un Estado Constitucional de Derecho la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.
- 3.- Ante el crecimiento de la criminalidad muchos Estados ha llevado a replantearse el tradicional marco punitivo, por un marco normativo de carácter punitivo que se caracteriza por el endurecimiento de las penas, crear nuevos tipos penales y en general un enfoque más represivo frente a la criminalidad.
- 4.- El derecho Penal del Enemigo es ideológicamente y dogmáticamente al Derecho Penal de la Humanidad.
- 5.- El Derecho Penal del Enemigo es una teoría que establece, entre otros postulados, que se debe sancionar la conducta de unos sujetos peligrosos en una etapa muy anterior a la comisión de un acto criminal, sin esperar su propia lesión.
- 6.- Gunter Jakobs, una de los máximos exponentes del Derecho Penal del Enemigo señaló que, en la actualidad, para el Poder Penal del Estado no todos los ciudadanos son personas, sino que están las personas y los enemigos.
- 7.- Gunter Jakobs, entiende por “persona”, únicamente a aquel individuo que representa un papel en la sociedad. Es decir que persona es la representación de una competencia socialmente comprensible, es decir, solo aquella que

porta un rol y a través de ese papel genera una expectativa social de armonía con lo normal.

8.- La principal característica del ciudadano es la dignidad humana, con capacidad de entendimiento y de elección, señala Gunter Jakobs, que conlleva a la capacidad de vinculación al orden ético social de una comunidad, y a la conciencia de que le es posible cumplir con dicho orden.

9.- El Derecho Penal del ciudadano, es aquel que juzga por su condición de persona con todos sus derechos y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho Penal. No opera el Derecho Penal del Autor.

10.- Refiriéndose a los “enemigos” según Jakobs, son aquellos individuos que con su actitud, su vida económica o mediante su incorporación a una organización delictiva, de manera permanente, se han apartado del Derecho Penal en general.

RECOMENDACIONES

- 1.- El Derecho Penal del Enemigo no se condice con los postulados de un Estado Constitucional de Derecho, razón por la cual debe revisarse nuestro Código Penal que permita afianzar principios y preceptos acordes al Derecho Penal del Acto.
- 2.- Nuestro Código Penal debe sustentarse en los postulados y fines del Derecho Penal del Acto y no del Autor.
- 3.- En el escenario nacional e internacional como sucede en la actualidad, toda nuestra normatividad debe ceñirse a lo establecido a los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos.
- 4.- El Derecho Penal en un Estado Democrático debe sustentarse en el respeto a los derechos y garantías de la persona humana considerado como derechos fundamentales o garantías de la administración de justicia.
- 5.- Ante el crecimiento de la criminalidad deben asumirse medidas no solo represivas, sino también de naturaleza socio económico, incluso de valores y principios.
- 6.- No todo problema social debe criminalizarse, por cuanto el Derecho Penal es la última ratio.

BIBLIOGRAFIA

1. ANTOLISEI Francesco. Manual de Derecho Penal; Bogotá; Temis; 1988.
2. AGUIRRE, F, J y COBOS, M.A.; “ La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil”, en <http://www.derechopenalonline.com/index?id=15.201.1.0.1.0>
3. ALVAREZ, F.J y COBOS M.A.; “ La legislación antiterrorista: una huida hacia el derecho penal”, en Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid Nro. 68, Madrid, 1993.
4. BACIGALUPO, Enrique, “ Teoría y Practica del Derecho Penal” Editorial Marcial Pons, Madrid 2009.
5. BARATA, Alessandro, “ Criminología y Sistema Penal”. Editorial B. de F , Buenos Aires, Argentina 2004.
6. BARATA, Alessandro. “Criminología crítica y política penal alternativa”, Revue Internationale du Droit Penal, Nro. 1, año 49, 1978.
7. BARATA, Alessandro. “ Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, en NFP, Nro. 34, Bogotá, Colombia.
8. BARATA, Alessandro. “ Principios de Derecho Penal Mínimo”, en “ Criminología y Sistema Penal (compilación in memoriam)”, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004.
9. BACIGALUPO, Enrique, “ Teoría y Practica del Derecho Penal”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.

10. RAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel, "Manual de Derecho Penal- Parte General", Editorial y Distribuidora de libros EDDILI S.A., Cuarta Edición, 200811.
11. GARCIA CAVERO, "Derecho Penal- Parte General", Jurista Editores, Segunda Edición, Lima Marzo del 2012.
12. GRACIA, Consideraciones criticas sobre el actualmente denominado " Derecho Penal del Enemigo". Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2005.
13. JACKOBS, Gunther, CANCIO MELIA, Manuel, "Derecho Penal del Enemigo", Tomson Civitas Editores, Edición española 2003.
14. JACKOBS, Gunther. Sociedad, norma y persona, Editorial Civitas, Madrid, España, 1996.
15. JAKOBS et al, Derecho Penal del Enemigo, Editorial Civitas, Madrid, España, 2003.
16. JULIO FIERRO, Guillermo, "Teoría de la participación Criminal, Editorial, Astrea, Segunda Edición, Buenos Aires 2004.
17. MENDOZA AYMA, Francisco Celis, "Presupuesto Acusatorio- Determinación e Individualización de la Pena- Proceso Penal", Jurista Editores, edición mayo del 2015.
18. PRADO SALDARIAGA, Víctor Roberto, "Determinación Judicial de la Pena", Editorial Institución Pacífico S-A-C, primera edición- Febrero del 2015.
19. ROXIN, Claus, "La Teoría del Delito en la Discusión Actual" , Editorial Grijley, 2006.

20. SILVA SANCHEZ, Jesús María, “ La expansión del Derecho Penal: Aspecto de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales”, Civitas Ediciones S.L., España 1999.
21. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. “Convención Interamericana contra el terrorismo: Entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos”, en Revista de Derechos y Humanidades, Nº 9. 2002-2003, pp. 175- 2001 (Universidad de Chile) y en Nuevas Tendencias del Derecho, Libro Homenaje a los profesores Avelino León, Fernando Mujica y Francisco Merino. Edit. Lexis Nexis. Julio de 2004.
22. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España. (2 vol.). Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. España. Enero 2002, sin publicar.
23. VILLEGAS DÍAZ, Myrna-LAVÍN ESPINOZA, Michel. Terrorismo e intervención penal en la Red Internet. Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la represión penal del terrorismo”, en <http://derecho.universidadarcis>.

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SUS IMPLICANCIAS JURIDICO Y POLITICO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1. PROBLEMA	2. OBJETIVOS	3. HIPÓTESIS	4. VARIABLES	5.DIMENSIONES	6. INDICADORES	METODOLOGÍA
1.1. General:	2.1. General:	3.1. General	4.1. Independiente:			Tipo: Descriptivo
¿Por qué razones la institución del Derecho Penal del enemigo no se condice con los postulados y fundamentos del Derecho Constitucional de Derecho ?	Determinar la importancia que debe conllevar el respeto a los postulados y fundamentos de un Estado democrático, en cuanto se refiere fundamentalmente a los derechos fundamentales de la persona	El Derecho Penal del enemigo no se condice con los postulados y fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho por cuánto esta cimentado en la fuerza del Estado antes que en el desarrollo y	El Derecho Penal del enemigo	Régimen Penitenciario en Pasco	Informes penitenciarios Informes de la Defensoría del Pueblo Casos Juridiciales	Método: Explorativo y descriptivo. Diseño: No experimental

	humana frente al poder punitivo del Estado	protección de los derechos fundamentales				
1.2. Específicos:	2.2. Específicos:	Específicos	4.2. Dependiente:			Población:
¿Cuáles son las consecuencias políticas y jurídicas que está originando la institución del Derecho Penal del enemigo? b) Qué consecuencias políticas y jurídicas está originando la institución del	a) establecer la importancia que debe conllevar el respeto a los postulados y fundamentos de un Estado Constitucional de un Derecho en referencia al Derecho Penal del Enemigo.. b) Describir las	a). El Derecho penal del enemigo en cuanto a su aprobación e implementación no favorece el desarrollo Democrático de un Estado Constitucional, en razón de que no prioriza el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. b) El Derecho penal del enemigo en	Desarrollo y protección de los derechos fundamentales	Régimen Penitenciario en Pasco	Informes penitenciarios Informes de la Defensoría del Pueblo Casos Judiciales	Internos del centro penitenciario de Santa Lucía de Cerro de Pasco. Muestra: 70 de internos del Centro penitenciario de Santa Lucía de Cerro de Pasco. Técnicas. - Encuestas, Análisis de documentos, internet. Instrumentos

<p>Derecho Penal del enemigo para la democracia como sistema político?</p>	<p>consecuencias Jurídicas y políticas que puede conllevar el no cumplimiento de los postulados y fundamentos de un Estado democrático frente al Derecho Pena como consecuencia de la aplicación del Derecho Penal del Enemigo</p>	<p>cuanto a su aprobación e implementación no favorece el desarrollo Democrático del Estado peruano, considerando que el Estado peruano tiende a penalizar todo reclamo social.</p>				<p>- Fichas de observación cuestionario y lista de cotejos.</p>
--	--	---	--	--	--	---