

UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



EL DERECHO PENAL DE EMERGENCIA Y LA
JUSTIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA DEL DERECHO PENAL
Y REPRESIÓN PUNITIVA DE PARTE DEL ESTADO PERUANO

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Responsable de la investigación:

Bach. SOTO DOMINGUEZ ALDO ORLANDO

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2019



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y
TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, PARA A OPTAR GRADOS
ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL REPOSITORIO
INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: Soto Dominguez Aldo Orlando

Código de alumno: 061.1212.467

Teléfono: 925335178

Correo electrónico: aldosoto87@hotmail.com

DNI o Extranjería: 44740242

2. Modalidad de trabajo de investigación:

Trabajo de investigación

Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

3. Título profesional o grado académico:

Bachiller

Título

Segunda especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

**EL DERECHO PENAL DE EMERGENCIA Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA DEL DERECHO
PENAL Y REPRESION PUNITIVA DE PARTE DEL ESTADO PERUANO.**

5. Facultad de: Derecho y Ciencias Políticas

6. Escuela, Carrera o Programa: Derecho

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: Dr. Robles Trejo Luis Wilfredo

Teléfono: 943631567

Correo electrónico: lrobles@hotmail.com

DNI o Extranjería: 31658643

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma:

D.N.I.:

FECHA

DEDICATORIA

A mi Madre, por apoyarme en cada momento de mi vida y en mi formación profesional, y por inculcarme valores.

A mi familia, porque con sus oraciones, consejos y palabras de aliento hicieron de mí una mejor persona.

Aldo

AGRADECIMIENTOS

Agradezco sobre todas las cosas a Dios; a mi madre, por haberme dado su apoyo incondicional para mi formación profesional.

Agradezco también a mi asesor de tesis, doctor Luis Wilfredo Robles Trejo, quien me ha apoyado de manera constante en el desarrollo de la investigación.

A mis queridos profesores de la gloriosa Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, quienes me han brindado sus sabias enseñanzas durante mi carrera universitaria.

Aldo

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
ÍNDICE	iv
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema	4
1.2 Formulación del problema	6
1.2.1 Problema general.....	6
1.2.2 Problemas específicos	6
1.3 Importancia del problema	6
1.4 Justificación y viabilidad.....	8
1.4.1 Justificación teórica.....	8
1.4.2 Justificación práctica.....	10
1.4.3 Justificación legal.....	11
1.4.4 Justificación metodológica.....	11
1.4.5 Justificación técnica	11
1.4.6 Viabilidad.....	12
1.5 Formulación de objetivos.....	12
1.5.1 Objetivo general	12
1.5.2 Objetivos específicos	12
1.6 Formulación de hipótesis	13
1.7 Variables	13
1.8 Metodología	14
1.8.1 Tipo y diseño de investigación.....	14
1.8.1.1 Tipo de investigación	14
1.8.1.2 Tipo de diseño	14
1.8.2 Plan de recolección de la información	15

1.8.2.1 Población.....	15
1.8.2.2 Muestra.....	16
1.8.3 Instrumentos de recolección de la información	16
1.8.4 Plan de procesamiento y análisis de la información	17
1.8.5 Técnica de análisis de datos y/o información	17
1.8.6 Validación de la hipótesis	18

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedes de investigación.....	20
2.2 Bases teóricas.....	23
2.2.1 derecho penal del enemigo.....	23
2.2.1.1 derecho penal del Enemigo: una aproximación inicial	23
2.2.1.2 La solución de Jakobs frente a los “enemigos”.....	25
2.2.1.3 Características del derecho penal del enemigo	25
2.2.1.4 La eficacia del derecho penal del enemigo	26
2.2.1.5 Derechos fundamentales y derecho penal del enemigo	28
2.2.2 El derecho penal de emergencia.....	34
2.2.2.1 La política criminal en el marco del derecho penal del enemigo.....	34
2.2.2.2 derecho penal y la política criminal de enemigo.....	36
2.3 Definición de términos.....	37

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1 Orígenes y características del derecho penal de emergencia.....	42
3.1.1 Administrativización del procedimiento penal	43
3.1.2 La expansión de la detención preventiva	43
3.1.3 La limitación del principio acusatorio.....	44
3.1.4 El desequilibrio en el contradictorio.	44
3.1.5 Exclusividad procesal.....	45
3.2 El derecho penal parte material y los cambios que proyecta el derecho penal de emergencia.....	46

3.2.1 La subjetivización de la tipificación	46
3.2.2 La incriminación de actos preparatorios y de colaboración.....	47
3.2.3 La sanción desmedida y la sobrecriminalización.....	47
3.2.4 La aplicación de estímulos a la disociación y delación.....	47
3.2.5 El derecho penal de emergencia como expresión del expansionismo penal y justificación de la violencia del derecho penal y represión punitiva	50
3.3 El modelo expansionista y neocriminalizador y la justificación de la violencia del derecho penal y represión punitiva.....	53
3.4 El derecho penal de emergencia y su relación con la defensa social y el populismo punitivo.....	58
3.5 Endurecimiento del derecho penal a través de las leyes 28726 y 28730	66

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1 El derecho penal del enemigo: Teoría que justifica el derecho penal de emergencia, la violencia del derecho penal y represión punitiva.....	71
4.2 La Escuela de Frankfurt y las críticas al derecho penal de emergencia, la violencia del derecho penal y represión punitiva	77
4.3 El garantismo penal y la negación del derecho penal de emergencia, la violencia del derecho penal y represión punitiva.....	81
4.4 Validación de la hipótesis	85
CONCLUSIONES	89
RECOMENDACIONES	91
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	93

RESUMEN

El propósito de la investigación fue determinar la relación existente entre el derecho penal de emergencia frente a la violencia del derecho penal y represión punitiva de parte del Estado peruano; para lo cual se realizó una investigación dogmática, no experimental, transversal, descriptiva, donde la unidad de análisis estuvo constituida por la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad. Los métodos empleados fueron el dogmático, exegético, hermenéutico y la argumentación jurídica; entre las técnicas de investigación empleadas se tiene el fichaje y el análisis de contenido, y se utilizó como instrumentos de recolección de datos las fichas literales, de resumen, comentario y ficha de análisis documental. Se ha obtenido como resultado que ante la alarma social provocada por la creciente tasa de delincuencia e inseguridad, lo primero que se ofrece desde el sector político es una serie de reformas “sustanciales” al Código Penal y a los institutos procesales y penitenciarios, apelando al recurso más sencillo y económico (y hasta populista-electoral): la oferta de una “nueva ley penal de emergencia”, publicitándola como la “salvadora de todos los males sociales, caracterizada por el endurecimiento del derecho penal. Finalmente, se ha demostrado que existe entre el derecho penal de emergencia y la violencia del derecho penal y represión punitiva de parte del Estado peruano una relación directa con la adopción de medidas penales excepcionales y con el populismo penal, las mismas que permanentemente desbordan el modelo garantista.

Palabras clave: derecho penal de emergencia, violencia del derecho penal, represión punitiva, Estado, medidas penales excepcionales, garantismo penal

ABSTRACT

The purpose of this thesis was to determine the relationship between the emergency criminal law against the violence of criminal law and punitive repression by the Peruvian State; for which a dogmatic, non-experimental, transversal, descriptive investigation was carried out, where the unit of analysis was constituted by doctrine, jurisprudence and regulations. The methods used were: dogmatic, exegetic, hermeneutical and legal argumentation; Among the research techniques used are the signing and content analysis, using as data collection tools the literal, summary, comment and document analysis sheets respectively. It has been obtained as a result that in the face of the social alarm caused by the increasing crime and insecurity rate, the first thing that is offered from the political sector is a series of “substantial” reforms to the Criminal Code and to the procedural and penitentiary institutes; resorting to the simplest and most economical resource (and even populist-electoral): the offer of a “new emergency criminal law,” advertising it as the “savior of all social ills, characterized by the tightening of criminal law. Finally, it has shown that there is a direct relationship, expressed in the protection of supraindividual and abstract legal assets, in a criminal populism that overflows permanently overflow between criminal law and punitive repression by the Peruvian State. The guarantee model.

Keywords: Emergency criminal law, Violence of criminal law, Punitive repression, State, Criminal guarantee.

INTRODUCCIÓN

Los delitos con mayor cobertura informativa son los que más atemorizan a las personas, y los que causan mayor impacto, como los asesinatos y homicidios, las lesiones, los delitos contra la libertad sexual o el robo; todo ello, pese a que, en general, el índice oficial de los delitos contra el patrimonio, delitos menos violentos, es superior al de los primeros.

Es decir, los medios de comunicación presentan casi exclusivamente la delincuencia violenta, aquella que tiene más visibilidad, que produce más horror entre la ciudadanía, y esto, en consecuencia, genera la percepción de que, en realidad, los hechos más violentos son los más frecuentes. La imagen que un ciudadano puede componerse sobre la criminalidad depende, en primer lugar, de su propia experiencia como víctima o de la de sus allegados, y, en segundo lugar, de las noticias que difunden los medios en relación con la delincuencia y que se convierten en su principal fuente de información.

En ese sentido, los medios de comunicación transmiten con frecuencia imágenes sesgadas de la realidad, incrementando la sensación de inseguridad y el clima de alarma social; incluso informando sobre pretendidas “olas de criminalidad” que no coinciden con la realidad delictiva reflejada en las estadísticas criminales o en la investigación.

En relación con la alarma social, esta es pública y es publicitada por unos medios de comunicación que, además, la retroalimentan, condicionando así la percepción de todo un colectivo sobre la inseguridad ciudadana; en suma, la alarma social se produce cuando los medios de comunicación dicen que se ha producido, donde el modo de presentación de las noticias también influye en la

percepción personal de la delincuencia. Y, casi siempre, los informes delictivos aparecen resaltados en las primeras páginas de los periódicos, y al mismo tiempo cuentan con el apoyo de ilustraciones, fotografías, datos estadísticos, ocupando gran parte del tiempo de los telediarios y marcando un discurso dramático.

A partir de esta sensación de inseguridad —que a menudo no se corresponde con las tasas objetivas de delincuencia— la sociedad, acorralada y asustada por los actos criminales altamente publicitados, pide la ampliación de la protección penal para poner fin a la inseguridad colectiva. El alarmismo social creado por los medios de comunicación lleva a un síndrome de punibilidad entre los individuos.

En tal sentido, se produce y se moviliza las creencias sobre el miedo. Un alarmismo que genera en la sociedad el síndrome de punibilidad, de que todos pueden ser objeto de un delito presentado como el paradigma de los temores que nos acosan. Los medios construyen la actualidad como un escenario asediado por la inseguridad.

Sin embargo, se hace necesario ver si estas necesidades de criminalización, muchas veces atendidas por los legisladores y ejecutores de la ley, resultan inadecuadas a los principios fundamentales del derecho penal. A esta altura ya no tenemos una, sino varias leyes de seguridad ciudadana; se legisla en función del calor del momento y ni siquiera se tienen en cuenta las garantías constitucionales y los derechos humanos, mala palabra que jamás podría “infiltrarse” en los discursos de “ley y orden”.

En definitiva, se trata de la concreción de una definida opción político-criminal en favor de una mayor actuación del instrumento punitivo; una opción en

la que existen buenos y malos, amigos y enemigos del orden social, o más lombrosianamente: personas y delincuentes. En esta suerte de “lucha contra la criminalidad” no importa la preservación de las garantías individuales, porque no estamos hablando de “personas como uno” sino de delincuentes; en términos de Jackobs, enemigos.

En ese contexto, el presente trabajo se ha estructurado en cuatro capítulos. El capítulo I está referido al problema y la metodología de la investigación, en la cual, siguiendo el diseño de la investigación científica, se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología empleada. En el capítulo II, referido al marco teórico, se encuentran planteados los antecedentes de investigación, las bases teóricas y definición de términos de la investigación, cuyo sustento teórico-doctrinario se elaboraron con base en la técnica del fichaje su. El capítulo III, está referido a los resultados y análisis de la información, que se recogió con base en las variables de investigación, las mismas que fueron luego analizadas según la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV concierne a la discusión y validación de la hipótesis, que se justifica con base en los resultados obtenidos y los fundamentos que justifican la validez de la misma, de forma coherente y argumentativa.

El titulado

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema

En los últimos años, se observa una acentuada tendencia al fortalecimiento de este discurso, no solo en virtud del recrudecimiento de la criminalidad, sino también en razón de la aparición de un sustento doctrinal que justifica e intenta legitimar la estructura de un derecho penal y procesal penal sin garantías. De modo que, según se verá a continuación, los fines de prevención, que en su origen fundamentan el sistema penal de los órdenes jurídicos democráticos, pasan a un segundo plano, para dar lugar a un modelo fundado —según la óptica funcionalista-sistémica— esencialmente en la fórmula de la “prevención general positiva”.

Desde esta óptica, la defensa de la seguridad del Estado pasa a ser el principal objetivo del sistema penal, sin consideración de los principios liberales que lo informan. En definitiva, la conservación de la norma, como medio de preservación del sistema penal pasa a ser prioridad absoluta como mecanismo de control social del Estado, importando poco los valores y principios que deben informarlo y que son el sostén de los órdenes jurídicos democráticos.

En este contexto, han ganado terreno las teorías de orientación retributiva, fundadas en las tesis defendidas por los adeptos del estructuralismo funcional de N. Luhmann. Desde esta concreta perspectiva, se observa en la actualidad que la ciencia del derecho penal se está decantando por lo que la doctrina más crítica ha nombrado como derecho penal del enemigo, la cual, a modo de síntesis, se caracteriza esencialmente por cuatro aspectos: (1) amplio adelantamiento de la

punibilidad, es decir, cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir; (2) falta de reducción de la pena en proporción a dicho adelantamiento; (3) paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia; y (4) supresión de garantías procesales.

En ese contexto, la tendencia observada en el ámbito de las reformas llevadas a cabo en Europa y América Latina, hacia al endurecimiento de la respuesta penal y hacia una mayor intervención del *ius puniendi* del Estado en la esfera de libertad individual, ha sido alabada por un importante sector de la doctrina europea. En particular, se podía citar como precursoras de estas teorías, las tesis funcionalistas-sistémicas, sostenidas por el sociólogo alemán N. Luhmann. Ya en el campo de la dogmática penal, se destacan las tesis defendidas por Jakobs, como principal protagonista del debate que gira en torno al nombrado funcionalismo o normativismo penal.

A todo esto, se debe agregar que el sentimiento de inseguridad personal se acrecienta, sobre todo en los últimos meses, por la frecuencia en que se cometen graves delitos violentos contra las personas y el patrimonio, sentimiento que es influenciado por la información sensacionalista de los diversos medios de comunicación. Este fenómeno, como siempre sucede, ha dado lugar a diversas reacciones de responsables estatales, políticos, jueces, fiscales, policías y militares.

El elemento común a todas ellas es, sobre todo, de índole represiva. Lo que implica la exigencia de que se modifiquen las leyes penales en el sentido de aumentar las penas y de hacer más expeditivo el procedimiento policial, fiscal y judicial. Así, se reitera en el error de considerar que mediante las leyes se logrará

combatir la delincuencia y, por tanto, proporcionar la seguridad exigida por la población. De esta manera, se deja de lado la discusión fundamental sobre las causas sociales que condicionan la intensificación de la delincuencia y, en consecuencia, de la inseguridad personal.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿Qué relación existe entre el derecho penal de emergencia frente a la violencia del derecho penal y la represión punitiva de parte del Estado peruano?

1.2.2 Problemas específicos

- ¿Cuáles son las causas y consecuencias del surgimiento derecho penal de emergencia y la represión punitiva de parte del Estado peruano?
- ¿Cuáles son las manifestaciones del derecho penal de emergencia y de la represión punitiva de parte del Estado peruano?
- ¿Se justifica la existencia de un derecho penal de emergencia y la y represión punitiva de parte del Estado peruano?
- ¿Cómo limitar el ejercicio de un derecho penal de emergencia y la represión punitiva de parte del Estado peruano?

1.3 Importancia del problema

En un contexto como el actual es preciso volver al discurso de la legitimación del derecho penal y visitar el marco conceptual que debería servir de base para la evaluación crítica de las políticas legislativas penales de un Estado

social y democrático de Derecho. Con este fin, en el presente trabajo se apuntan algunos problemas de legitimación que plantea el “derecho penal del miedo”, término que pretende describir la cada vez más consolidada tendencia a orientar la intervención punitiva a la consecución de la sensación de seguridad (seguridad subjetiva), y que afecta hoy en día a ámbitos de criminalidad de muy distinta naturaleza.

Desde postulados garantistas, se sostiene que la orientación a la seguridad subjetiva que caracteriza el derecho penal del miedo y la instrumentalización política que se deriva de la misma, suponen una funcionalización ilegítima, en la medida que abre la puerta a la perversión de las funciones y fines del derecho penal con la vulneración, en ocasiones encubierta, del principio de protección de bienes jurídicos.

La prevalencia de las funciones latentes por encima de la protección de bienes jurídicos en la promulgación de una norma penal constituye una de las posibles causas de su potencial ineficacia instrumental. En la medida en que así sea, podrá afirmarse que dicha norma tiene únicamente efectos simbólicos.

Por otro lado, se ha producido en los últimos tiempos una expansión del derecho penal. Entre los factores que han contribuido a ello está la sensación social de inseguridad y el papel de los medios de comunicación en su construcción, la pasividad del ciudadano y el derecho penal como protector, lo mismo que la identificación social con la víctima del delito y no con el autor. Se ha llegado a una respuesta fácil que ha sido asumida por los partidos políticos: poca política social, reducción de garantías y punitivismo.

La política se concentra, en el tema de la seguridad, convirtiendo al sistema político en un Estado de la seguridad personal, donde solo interesa la violencia proveniente de las clases subalternas o marginadas. Se llega a violencia estatal sin límites en función de una represión “eficaz”.

En nombre de la sacralización de la seguridad se autorizan los excesos que se acercan a la vigencia de un estado policial. El Perú no escapa de la sensación profunda de inseguridad individual, tanto la real como la percibida; en estas condiciones, la ciudadanía no está dispuesta a correr el riesgo de sufrir daños de parte de infractores incorregibles y malvados, creándose así un clima favorable para entregarle a la autoridad estatal un poder sin control, sin preocuparse por el ejercicio arbitrario del poder y la reducción sensible de libertades fundamentales.

Frente a ello, la inseguridad ciudadana debe incardinarse dentro de un tema tan amplio como el desarrollo humano. La necesidad de abordar la seguridad de la población a partir de un enfoque multidisciplinario, tanto en sus causas, como en sus soluciones, es un enfoque que abandona la solución fácil y engañosamente obvia que ofrece la estrategia represiva y criminalizante.

1.4 Justificación y viabilidad

1.4.1 Justificación teórica

La investigación encuentra su justificación en la teoría penal denominada “derecho penal del enemigo”, planteada y defendida por Günter Jakobs. El tema de la estigmatización cobra actualmente mucho más relieve del que se imaginaba hasta hace unos pocos años debido a la discusión acerca de la pertinencia o no del denominado “derecho penal del enemigo”, presentado en el ámbito académico por

Jakobs (líder de la Bonnerschule) en el congreso de profesores de Derecho penal, celebrado en Frankfurt en 1985 (Jakobs, 1997, p. 295), mediante el cual se planteaba si a aquellos individuos definidos como peligrosos en función de su habitualidad y reincidencia delictiva (persistencia criminal), estilo de vida o presumible rechazo al sistema institucional, se les ha de privar de su condición de persona por considerar que se apartan del rol de ciudadano y por ello se tornan enemigos de la sociedad (Jakobs, 2003).

Para Jakobs, si esta garantía no se da o es denegada expresamente, el derecho deja de ser la reacción de la sociedad frente a un hecho y pasa a ser una reacción frente a un enemigo, aunque igualmente no acepta que esté todo permitido, porque se pretende que el derecho penal del enemigo sea una defensa frente a futuras agresiones (Jakobs, 2003, p. 58), y que neutralice a aquellos que no ofrecen la mínima garantía cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas.

Jakobs lo caracterizó por (a) un amplio adelantamiento de la pena; (b) falta de reducción de la pena en relación a ese adelantamiento; (c) pasaje de la legislación de derecho penal a la legislación de lucha contra la delincuencia; y (d) la supresión de varias garantías procesales. Al darse estas características queda claro entonces que, para el autor de referencia, como él mismo expresa, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, y estos son aquellos que en forma duradera han abandonado el Derecho.

En consecuencia, propugna estructurar un tratamiento específico para los enemigos dentro del derecho penal que implica pérdida de garantías individuales, mayor penalidad y medidas de seguridad, puesto que, según señala el citado autor,

el derecho penal del enemigo existe en los hechos y, por eso, es preferible someterlo a reglas dentro del derecho penal con medidas excepcionales que dejarlo fuera y permanecer sin control.

1.4.2 Justificación práctica

Ante la alarma social provocada por la creciente tasa de criminalidad, lo primero que se ofrece desde el sector político es una serie de reformas “sustanciales” al Código Penal y a institutos procesales y penitenciarios. Nuestros representantes echan mano al recurso más sencillo y económico (y hasta populista-electoral): la oferta de una “nueva ley penal”, publicitándola como la “salvadora de todos los males sociales”.

Esta transformación que se advierte sobre el derecho penal actual ha sido caracterizada como un fenómeno de tipo expansivo, pero también como una modernización de la rama penal del Derecho, frente a los riesgos que se derivan de la sociedad actual. De un modo u otro, parece claro que el rumbo que ha tomado y mantiene el derecho penal de hoy es apreciable en diferentes normas del ordenamiento jurídico.

Este nuevo rumbo que ha adoptado el legislador penal, surge como una reorientación que va desde un modelo minimalista, de derecho penal nuclear, dirigido principalmente a proteger los bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad sexual y propiedad), hacia un derecho penal moderno preparado para responder a los riesgos derivados de la sociedad actual, que apunta a la protección de bienes jurídicos supraindividuales (como el medio ambiente o la economía). Por ello, el debate actual, está centrado en cuanto a si contra el fenómeno de

expansión descrito, el derecho penal debe restringirse en su núcleo duro, o bien expandirse para hacer frente a los riesgos derivados de la sociedad moderna.

1.4.3 Justificación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de Grados y Títulos de la FDCCPP- UNASAM

1.4.4 Justificación metodológica

El enfoque metodológico que se empleó en la presente investigación será el del enfoque cualitativo, toda vez que se recogieron datos sin medición numérica, sino de valoraciones y apreciaciones jurídicas, cuyo propósito es la descripción de los objetos que estudia, la interpretación y la comprensión. Abordara el problema de investigación desde una perspectiva teórica.

1.4.5 Justificación técnica

Se contó con el soporte técnico e informático necesarios, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2019.

1.4.6 Viabilidad

(a) Bibliográfica

Se contó con acceso a fuentes de información tanto bibliográficas, hemerográficas y virtuales, lo que permitió recoger información para el marco teórico y para la validación de la hipótesis.

(b) Económica

Se contó con los recursos económicos para afrontar los gastos de la investigación, los mismos que estuvieron detallados en el presupuesto; y que fueron asumidos por el responsable de la investigación.

(c) Temporal

El periodo de investigación dentro del cual se desarrolló la ejecución y control, así como la elaboración del informe final de la tesis correspondió al año 2019.

1.5 Formulación de objetivos

1.5.1 Objetivo general

Determinar la relación existente entre el derecho penal de emergencia frente a la violencia del derecho penal y la represión punitiva de parte del Estado peruano.

1.5.2 Objetivos específicos

— Describir las causas y consecuencias del surgimiento del derecho penal de emergencia y la represión punitiva de parte del Estado peruano.

- Explicar las manifestaciones del derecho penal de emergencia y de la represión punitiva de parte del Estado peruano.
- Analizar si se justifica la existencia de un derecho penal de emergencia y la represión punitiva de parte del Estado peruano.
- Establecer los límites y parámetros del ejercicio de un derecho penal de emergencia y la represión punitiva de parte del Estado peruano.

1.6 Formulación de hipótesis

Existe entre el derecho penal de emergencia y la violencia del derecho penal y represión punitiva de parte del Estado peruano una relación directa con la adopción de medidas penales excepcionales y con el populismo penal, las mismas que permanente desbordan el modelo garantista y afectan los principios del derecho penal, los derechos y garantías.

1.7 Variables

1.7.1 Variable independiente

Derecho penal de emergencia

Indicadores:

- Derecho penal del enemigo
- Expansionismo penal
- Política de emergencia
- Endurecimiento del derecho penal
- Creación de nuevos tipos penales

1.7.2 Variable dependiente

- La violencia del derecho penal y represión punitiva de parte del Estado

Indicadores:

- Medidas penales excepcionales
- Populismo penal
- Desborde del modelo garantista
- Afectación de los principios del derecho penal.
- Afectación de derechos y garantías

1.8 Metodología

1.8.1 Tipo y diseño de investigación

1.8.1.1 Tipo de investigación

Correspondió a una a una investigación jurídica, dogmática, teórica y normativa (Solís, 1991, p. 54), cuya finalidad fue ampliar los conocimientos sobre el problema de la relación existente entre el derecho penal de emergencia frente a la violencia del derecho penal y la represión punitiva de parte del Estado peruano.

1.8.1.2 Tipo de diseño

El diseño utilizado fue el denominado no experimental (Robles, 2012, p. 34), debido a que no se manipuló la variable independiente; además no hubo grupo de control, ni experimental; su finalidad fue describir y analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, sobre la relación

existente entre el derecho penal de emergencia frente a la violencia del derecho penal y su represión punitiva de parte del Estado peruano.

1.8.1.3 Diseño general

El diseño es de tipo transversal (Hernández, Fernández, y Baptista, 2010, p. 151), toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico del derecho penal de emergencia frente a la violencia del derecho penal y la represión punitiva de parte del Estado peruano, en un momento determinado de tiempo; el recojo de datos estuvo delimitado por el periodo del 2019.

1.8.1.4 Diseño específico

Se empleó el diseño descriptivo (Hernández, Fernández, y Baptista, 2010, p. 155), toda vez que se estudió las características y elementos de la relación existente entre el derecho penal de emergencia frente a la violencia del derecho penal y la represión punitiva de parte del Estado peruano y se dio a conocer los factores que generan situaciones problemáticas, que se derivan de las medidas excepcionales del derecho penal de emergencia.

1.8.2 Plan de recolección de la información

1.8.2.1 Población

(a) Universo físico: Careció de delimitación física o geográfica, ya que estuvo constituida por el nacional en general.

(b) Universo social: La población materia de estudio se circunscribió al aporte de los juristas a nivel dogmático y los magistrados a nivel jurisprudencial.

(c) **Universo temporal:** Correspondió al periodo del 2019, periodo en el cual se ejecutó la investigación.

1.8.2.2 Muestra

(a) **Tipo:** No Probabilística

(b) **Técnica muestral:** Intencional

(c) **Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia y norma

(d) **Unidad de análisis:** Documental

1.8.3 Instrumentos de recolección de la información

Fichaje. Referido a las fuentes o textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina sobre el problema de investigación, empleándose la Fichas textuales, resumen y comentario.

Ficha de análisis de contenido. Para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas, se empelaron la ficha de análisis.

Electrónicos. La información se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación, a través de las fichas de registro de información.

Fichas de información jurídica. Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente, de forma coherente y sistemática, para lo cual se empleó un programa informático como soporte técnico.

1.8.4 Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información, por la naturaleza de la investigación, comprendió, en primer lugar, la selección de los instrumentos de recolección de datos. En ese sentido, se emplearon los siguientes:

Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales, se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia, se empleó la ficha de análisis de contenido, lo que nos permitirá recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para el estudio de la normatividad, se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática de nuestro problema de estudio.

Para la sistematización de la información, se empleó la técnica de la argumentación jurídica, a fin de justificar las proposiciones o enunciados jurídicos de forma clara, coherente y racional.

1.8.5 Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del análisis cualitativo (Briones, 1986, p. 43), toda vez que la investigación jurídica dogmática no admite las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno.

Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como

Número. Estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística (Robles, 2014, p. 74).

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y variables.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.6 Validación de la hipótesis

Tratándose de un estudio dogmático, el método que se utilizó para la validación de la hipótesis y logro de objetivos fue la argumentación jurídica (Gascón y García, 2005, p. 36), entendiéndose por argumentación jurídica como la forma organizada de demostrar lógicamente, por medio de un razonamiento formulado, con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Debemos tener presente que “en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (...). No se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis” (Ramos, 2011, p. 129).

En consecuencia, la validez no busca reproducir criterios para lograr la verdad última sobre los fenómenos. Tampoco, se orienta a establecer la congruencia o correspondencia entre las descripciones, interpretaciones o

representaciones del investigador (teorías, hipótesis) y las del investigado. La validez busca dar cuenta de los procedimientos efectuados para demostrar ¿cómo se llegó a lo que se llegó? En definitiva, cómo y bajo qué procedimientos podemos llegar a establecer la objetivación o esas verdades provisionales.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedes de investigación

Realizada la búsqueda de investigaciones relacionadas a la presente, se han podido encontrar las siguientes:

Castro (2018), en *La legitimación de los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo en el Perú*, tesis para optar el grado de magíster en Ciencias Penales en la EPG de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. La investigación tuvo por finalidad analizar el tratamiento dogmático, jurisprudencial y normativo de los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo en el Perú. Se obtuvo como resultado que la legislación vigente en su afán de enfrentar la inseguridad ciudadana viene empleando el derecho penal como *prima ratio* y no como *ultima ratio*, endureciendo el mismo, creando tipos penales abstractos, aumentando las penas; donde el recrudecimiento del sistema punitivo ha sobrepasado, donde el equilibrio que entre seguridad general y garantías personales debe prevalecer en todo Estado de derecho. Y las críticas que quepa hacer a toda esta situación trascienden con mucho las meras disquisiciones teóricas o la declaración de principios. Concluyéndose que el problema de la inseguridad ciudadana y creciente tasa de la criminalidad justifica y legitima los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo en el Perú.

Norabuena (2015), en *El derecho penal del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva en el Perú*, tesis para optar el título profesional de abogado,

Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. El objetivo de la investigación fue analizar las implicancias del derecho penal del enemigo sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva en el Perú; para lo cual se realizó un estudio cualitativo, transversal, explicativo, cuyo diseño fue no experimental. La investigación ha demostrado que el derecho penal del enemigo no solo flexibiliza los principios constitucionales que fundamentan el derecho penal sustantivo y procesal, sino también que es incompatible con el Estado democrático de derecho, en la medida en que se obliga a los particulares a sacrificar ciertos ámbitos de su libertad en aras de una seguridad que solo es aparente. Y que estas manifestaciones del derecho penal máximo relativizan el pleno goce de los derechos fundamentales de los particulares, según han sido consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cuyos contenidos esenciales son desconocidos en la implementación de nuevos tipos penales o en el trámite de un proceso penal, todo lo cual sin duda justifica mayores reflexiones.

A nivel nacional hemos podido encontrar el trabajo de Lorenzo (2006), “derecho penal del enemigo”, Universidad San Martín de Porras, plantea que el “derecho penal del enemigo” pretende ser una respuesta ante la ola criminal que afecta la convivencia en sociedad y que se ha acrecentado a raíz de la anomia y nihilismo reinante en los últimos tiempos. No obstante, esta onda expansiva de un derecho penal excepcional, por lo que se pregunta sobre la posible existencia de un derecho penal del enemigo dentro del marco del Estado de derecho. Asimismo, se pregunta ¿Quién hará la disquisición entre enemigo y ciudadano? ¿Representa el derecho penal del enemigo una afectación de las garantías y derechos

consagrados en las Cartas Constitucionales y Tratados internacionales de Derechos Humanos? o ¿es tal vez el último recurso con el que cuenta el Estado para posibilitar su subsistencia y así permitir la vida en sociedad? En definitiva, ¿tiene sentido y utilidad, en nuestra realidad, intentar aplicar los criterios político-criminales que en las sociedades postindustriales se postulan frente a la actual crisis que se deriva del fenómeno denominado “expansión del derecho penal”?

A nivel internacional, hemos podido encontrar el trabajo de Rios (2012), en su tesis *Manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en la Ley N° 20000*, elaborada para optar al grado de magíster en Derecho con mención en Derecho Público, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En el trabajo se realiza un análisis de lo que en doctrina se ha denominado derecho penal del enemigo, 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 vida a esta polémica forma de entender el ejercicio de la fuerza estatal. En ese contexto, se efectúa una síntesis de diversas posturas, tanto a favor como en contra, de esta forma de entender el derecho penal, con especial énfasis en la recepción favorable que ha tenido la misma en nuestro país.

Ramírez (2012), en su tesis *Análisis crítico del derecho penal del enemigo*, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales, memoria para optar la licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, plantea que el trabajo está estructurado, básicamente, en torno a dos preguntas relativas a la comprensión del derecho penal, desde la perspectiva del funcionalismo radical de Günther Jakobs. Ambas preguntas, a su vez, están centradas desde el punto de

vista de una de sus tesis más polémicas: el “derecho penal del enemigo”. Entiende el funcionalismo, en términos generales, como una corriente teórica que analiza las instituciones sociales desde el punto de vista de su función social, como medios desarrollados para la satisfacción de necesidades biológicas y culturales.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Derecho Penal del Enemigo

2.2.1.1 Derecho Penal del Enemigo: una aproximación inicial

En su obra *Derecho penal del enemigo*, publicada en el 2003, el profesor Günther Jakobs señala que no es el primero en plantear la existencia de los “enemigos” de la sociedad, a quienes no hay que regular con el derecho, sino a quienes hay que combatir con la coacción (Jacobs, 2003).

En ese sentido, cita a Rousseau quien afirmó: “Al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano” (Jacobs, 2003, p. 27); asimismo, cita a Fichte:

Quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos (...) a falta de personalidad, la ejecución criminal no es una pena, sino solo instrumento de seguridad (Jacobs, 2003, p. 27).

Finalmente, cita a Kant: “Quien no participa en la vida en un “estado comunitario-legal” debe irse, no hay que tratarlo como persona, sino que se le

puede “tratar”, como anota expresamente Kant, “como un enemigo (...) a quien me amenaza constantemente” (Jacobs, 2003).

En el sentido expuesto, salta a la vista que Jacobs se basa para fundar su teoría en la filosofía política de las teorías contractualistas del Estado, por ello, quien no cumple con el contrato social —en términos funcionalistas quien no se conduce conforme a la vigencia de las normas penales de manera constante— debería ser tratado como un no ciudadano; es decir como un enemigo. Más adelante veremos las implicancias de esta categorización.

Asimismo, cabe precisar que el derecho penal del enemigo no solo se basaría en las ideas que cita Jacobs, sino que, como lo pone de relieve Demetrio Crespo:

En la problemática del llamado derecho penal del enemigo subyace una vieja discusión: la tensa relación entre libertad y seguridad. Esta contraposición básica se resuelve en el modelo del “derecho penal del enemigo” unilateralmente a favor de esta última, esta discusión constituye el alfa y el omega del derecho penal, punto de partida y punto de llegada de la mayor parte de las reflexiones que afectan a su evolución dogmática y/o político-criminal (Cancio y Gómez-Jara, 2006, 473).

En ese sentido, evoca nuestra memoria a García Cavero, quien advierte que en la teoría del delito se debe comprender que la persona lleva tanto un aspecto social como individual y no es posible ensombrecer alguno de estos aspectos, concluyendo el autor que, debemos ser tan críticos con Welzel por centrarse solo en el aspecto individual de la persona, así como con Jacobs por enfocarse exclusivamente en el aspecto social (García, 2008).

2.2.1.2 La solución de Jakobs frente a los “enemigos”

Para el profesor alemán, Jakobs, el fenómeno de la creciente criminalidad tiene sus puntos más agudos en cierta clase de delitos como son la criminalidad económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, y los delitos sexuales; por ello, las personas que comenten esta clase de delitos, de modo manifiesto se han apartado, probablemente de manera duradera, de actuar conforme al Derecho. En consecuencia, este alejamiento para Jakobs pone en peligro no solo a un grupo de personas, sino a la sociedad en su conjunto, y en consecuencia se pone en tela de juicio el derecho a la seguridad de todas las personas (Jakobs y Cancio, 2003).

En el sentido expuesto, es tal la afectación a la sociedad que se genera por la continua comisión de los delitos señalados, por parte de los mismos sujetos, que Jakobs propone suprimir la condición de personas en dichos delincuentes y, no solo denominarlos, sino tratarlos como verdaderos enemigos de la sociedad a quienes hay que eliminar, en tanto representan un peligro, mediante la coacción y no regularlos mediante el Derecho, como se haría con cualquier persona.

Pero la argumentación de Jakobs no queda allí, pues propone que estos mecanismos deben ser aplicados contra estos enemigos antes de que destruyan el ordenamiento jurídico, esto es, el enemigo es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad (Jakobs y Cancio, 2003, 43).

2.2.1.3 Características del derecho penal del enemigo

En el sentido expuesto, tres serían las características que Jakobs propone para el derecho penal del enemigo: (1) la punibilidad del derecho penal es respecto a hechos futuros; (2) las penas son desproporcionalmente altas; (3)

garantías procesales son relativizadas e incluso suprimidas. A estas características Cancio Meliá agrega dos más: el castigo con fines puramente simbólicos de comportamientos que no generan ningún peligro (que no es más que un desarrollo del primer rasgo destacado por Jakobs) y el recurso a cláusulas generales o indeterminadas en los tipos penales (García, 2006, pp. 4-5).

Asimismo, el profesor Luis Gracia Martín señala una característica más en determinadas regulaciones del Derecho penitenciario que endurecen las condiciones de clasificación de los internos Faraldo y Brandariz (2004), las que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional. Por ello, se destaca la naturaleza del derecho penal del enemigo, la cual nos lleva a intuir que este mecanismo puede estar siendo empleado inclusive en nuestra propia legislación en materia penal (García, 2006, p. 7).

2.2.1.4 La eficacia del derecho penal del enemigo

El discurso del derecho penal del enemigo, como un *corsi e ricorsi*, propugna la severidad —o incluso la crueldad— de la actuación del Estado, a tal punto que se profesa suprimir la categoría de personas a determinados individuos en razón al peligro que representan (Jiménez, 199). Pero esta idea —como lo señala Jakobs— no es reciente en la historia de la humanidad, pues debemos recordar el periodo precedente a la Ilustración, donde el derecho penal era tan duro que se imponía la pena de muerte incluso para el delito de hurto (Prieto, 2007). Claro que, esto no ha quedado atrás pues la pena de muerte sigue vigente y se aplica por ejemplo en Estados Unidos. Pero frente a ello, cabe preguntarnos,

¿realmente se soluciona el crecimiento de la delincuencia acudiendo a estas y otras soluciones?

No es la primera vez que se acude a manifestaciones como el derecho penal del Enemigo, y por ello, tenemos el dato histórico de que este tipo de acciones no son la solución al crecimiento de la criminalidad, pues ya desde la Ilustración conocemos que en los países donde las penas son leves, éstas impresionan el espíritu del ciudadano del mismo modo que las graves en otros lugares (Montesquieu, 1748). Es decir que, no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas, el principal freno a los delitos (Ferrajoli, 2011).

En ese sentido, este recrudescimiento del derecho penal no solo fue ineficaz en la antigüedad, sino que también lo es en nuestros tiempos, pues los estudios empíricos actuales demuestran que no existe una correlación significativa entre la severidad de las penas y la disminución de la criminalidad (Zúñiga, 2001). Por ello, consideramos que tampoco es la solución en nuestro país, más aún si el endurecimiento, no solo de las sanciones, sino de las condiciones penitenciarias es una práctica que se efectúa hace mucho tiempo y no vemos que la delincuencia disminuya, sino parece estar en aumento.

Y es frente a este alarmante aumento que —no solo desde el discurso del ejecutivo, sino a través de modificatorias constantes en el Código Penal— que se ha estado empleando al derecho penal como principal instrumento de combate al crimen, esto es agravando penas, recrudesciendo el sistema penitenciario e incluso generando nuevos tipos penales; y, sin embargo, la estadística criminal nos da una señal objetiva de que este mecanismo no ha sido capaz de frenar este crecimiento delictivo, pues el Ministerio Público ha registrado un total 1'088,489 delitos en 30

distritos judiciales entre el 01 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, siendo que en el año 2008 se reportaron 289,338 delitos, incrementándose en el 2009 a 371,527 y en 2010 a 427, 624; es decir, en el 2009 se produjo un incremento de 28.4% en comparación con el 2008, mientras que en el 2010 la incidencia delictiva se incrementó en 15.1% respecto al año anterior (Ministerio Público, 2011, p. 5). Y todas estas cifras no hacen sino mostrar la ineficacia del derecho penal del enemigo.

Por las razones expuestas, se evidencia que acudir al derecho penal del enemigo no es la mejor de las soluciones, y, por tanto, al efectuar un análisis económico del derecho penal del enemigo se llega a la conclusión de que es inviable su aplicación, en tanto no representa un beneficio, pues a través del análisis económico se traslada al derecho, desde el mundo de los conceptos, a la realidad; simplificando las expectativas de las personas a un razonamiento costo-beneficio.

En ese orden de ideas, redactar una ley o preparar una sentencia, son actos, respecto de los cuales, los ciudadanos necesitamos saber cómo influirán en la sociedad (Bullard, 2003, p. 37). Y en el caso del derecho penal del enemigo, objetivamente, podemos afirmar que no es eficaz frente al crecimiento de la criminalidad.

2.2.1.5 Derechos Fundamentales y derecho penal del enemigo

2.2.1.5.1 Supresión del Estatus de Persona

Sabemos que uno de los principales planteamientos por parte del derecho penal del enemigo es la supresión del estatus jurídico de persona respecto a

algunos individuos que son considerados fuentes de peligros. En ese sentido cabe preguntarnos, ¿es esto admisible desde la teoría de los Derechos Fundamentales?

Frente a ello, se podría afirmar que no existe mayor problema pues si el derecho penal del enemigo priva a un individuo de su condición de persona jurídica, no significa por eso solo que, además, niegue a aquél su condición de hombre. Sin embargo, la supresión de la condición de persona no se salva por el hecho de que no se profese la supresión del ser humano (aunque a veces sí, con la pena de muerte).

En ese sentido, el reconocimiento del ser humano como persona, implica el presupuesto necesario para que pueda establecerse una relación de Derecho, ya que no considerarlo persona implicaría legitimar que se le pueda tratar con la pura coacción, pues como alguna vez dijera Welzel todo mandato que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica, tiene que reconocer a esta persona como persona.

En caso contrario, la regulación queda reducida a mera fuerza o coacción, y esto, convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas. Por el contrario, el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho (Welzel, 2004, pp. 250-251).

No obstante, lo señalado, no se debe considerar como sujeto de imputación penal a la persona —error de Jakobs— en tanto en última instancia, como ya indicara Maiwald, en derecho penal el “sujeto de la imputación es el hombre, si y en la medida en que actúa responsablemente”. Por eso mismo, el sujeto de las

consecuencias jurídico-penales también es el hombre y no la persona, tal como lo enfatiza Schünemann al decir que “el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso”.

En consecuencia, vemos con nítida claridad que el problema no es la supresión del estatus de persona, sino que el problema es que la mayor gravedad de la sanción del Estado siempre ha de padecerlo el ser humano. Sin embargo, reafirmando la tesis inicial del presente apartado, debemos recordar el reconocimiento del hombre como persona, como ser responsable, como ya pusiera de relieve Stratenwerth, es el principio que constituye la directriz de toda regulación de conductas humanas y el que, por ello mismo, se encuentra en el punto de partida del derecho penal (Cerezo, 1982, p. 56).

Es así que debemos ser conscientes del peligro que implica para los derechos fundamentales la teoría del derecho penal del Enemigo de Jakobs, en tanto la noción funcionalista de persona abandona la concepción tradicional de persona en sentido natural, naturalístico, prejuídico u ontológico. Por el contrario, constituye un concepto eminentemente normativo, cuya esencia no proviene de una idea individual de la dignidad humana sino del reconocimiento social de ciertas expectativas normativamente protegibles (García, 2007, p. 34).

Y es que Jakobs se basa en Hegel quien decía “trata a los demás como personas para ser tratado como persona”; por ello, trasladando este postulado al derecho penal, Jakobs propone que solo es persona quien cumple su rol y da garantías de que se conducirá conforme al Derecho, lo cual es inadmisibles pues un ser humano es considerado como persona no porque el Derecho lo diga sino porque dicha categoría se sustenta en su misma dignidad y es en ese sentido que el

derecho penal del Enemigo es ilegítimo en tanto no respeta la dignidad humana (Demetrio, 2006, p. 92).

Por ello, afirmamos que el derecho penal del enemigo no respeta la dignidad humana al suprimir el estatus jurídico de persona, y ello también se extrae de los diferentes instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, en tanto, de ellos se desprende el derecho humano fundamental de que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2.2.1.5.2 La desproporcionalidad del derecho penal del enemigo

Como lo advertimos en párrafos anteriores, debíamos analizar en la parte final si era viable conforme a la teoría de los derechos fundamentales la introducción de legislación que sea expresión del derecho penal del enemigo en los Estados contemporáneos y en concreto en el Estado peruano. Aunque consideramos que la estadística criminal, ya nos ha demostrado su inviabilidad; sin embargo, consideramos de suma importancia que el problema debe ser abordado también desde el ámbito constitucional.

Por ello, debemos recordar que desde el momento en que pasan a considerarse parte del Derecho positivo, los derechos fundamentales adquieren un doble carácter o una doble naturaleza. Por un lado, aparecen en su vertiente clásica de garantía de posiciones subjetivas; por otro se convierten en normas, y estas normas irradian todo el ordenamiento normativo (Del Carmen, 2008, p. 31).

Siendo así, y a efectos del derecho penal, precisamos que el primer antecedente histórico de la relación entre constitución y derecho penal lo

encontramos en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde se establecen los límites del accionar del Estado al ejercer su poder punitivo (Aguado, 2010, p. 261), y desde aquel antecedente histórico las legislaciones penales deberían haber ido respetando la proporcionalidad en tres momentos: (1) Al momento de la creación de la Ley Penal; (2) Al momento de aplicación de la Ley Penal; y, (3) Al momento de ejecución de la Ley Penal.

En ese sentido, la importancia de que el derecho penal respete la proporcionalidad en estos tres momentos se encuentra en que debemos procurar desde la legislación misma el Estado de Derecho, pues no todo Estado es Estado de Derecho (no basta con un Estado administrativo de Derecho), sino que el Estado de Derecho supone la institucionalización jurídica de la democracia política, que encuentra en los Derechos Humanos su verdadera razón de ser (Prieto, 2004, p. 235).

Por ello, los Derechos Humanos han de ser también el vínculo irrenunciable entre el ser y el deber ser del derecho penal. Los Derechos Humanos han de ser, en último término, la barrera infranqueable a toda pretensión político-criminal, filosófico-política, filosófico-jurídica, sociológica o dogmática.

Y es por ello que, propugnamos un derecho penal que respete la proporcionalidad en los tres momentos ya señalados, lo cual no se cumple en una legislación del derecho penal del enemigo, en tanto esta criminaliza acciones que aún no han lesionado un bien jurídico concreto, sino solo en el campo hipotético, lo cual implica un adelantamiento o anticipación de las barreras de protección penal, donde se sanciona con penas altísimas por ejemplo, la sola pertenencia a

una organización delictiva, o el solo hecho de colaborar con alguna de ellas como es el caso del tráfico de drogas (García, 2006, p. 7).

Es decir, se establecen sanciones en razón a las consecuencias futuras del hecho y se castiga a las personas en un momento previo a la lesión de un bien jurídico, y ello es incorrecto, en tanto la proporción en derecho penal ha de predicarse entre la gravedad de la pena y gravedad del delito ya cometido (retrospectivamente), por exigencias del principio de hecho, pero no entre gravedad de la pena y peligrosidad futura del sujeto (prospectivamente).

Por tanto, consideramos que, el problema no es el simple adelantamiento excepcional de las barreras de protección como propone Caro Jhon, sino que la discusión en esta parte debe centrarse en las transgresiones fundamentales que acarrea este tipo de prácticas en relación a la proporcionalidad penal.

Y, no obstante la evidente transgresión del principio de proporcionalidad por el derecho penal del enemigo, nuestro Tribunal Constitucional, hace algunos años, permitió la introducción de figuras legales como la reincidencia y la habitualidad, lo cual ha sido ampliamente criticado por penalistas peruanos en tanto el TC, por un lado niega que el derecho penal del enemigo sea compatible con un Estado democrático, pero al mismo tiempo, fundamenta la existencia de la reincidencia, basada en argumentaciones como la negación que la reincidencia afecta el principio de *ne bis in idem*, así como tampoco al principio de culpabilidad, siendo que, en opinión de Villavicencio Terreros: la reincidencia es una institución sin un fundamento que legitime su actual existencia y creo que hizo bien el legislador del Código Penal de 1991 en eliminarla, al ser expresión del derecho penal del enemigo (Polaino, 2011).

Por ello, siendo conscientes de que en nuestra legislación existen manifestaciones del derecho penal del enemigo, sabemos que no se puede eliminar de manera inmediata este problema, pero creemos conveniente una racionalización restrictiva del derecho penal del enemigo, hasta en algún momento desterrar este tipo de legislación penal (Polaino, 2011, p. 209).

En tanto, el tratar a un grupo de seres humanos como enemigos, vulnera la presunción de inocencia, pues por su peligrosidad dichos seres humanos serían tratados como enemigos desde un primer momento, sin antes haberse realizado un proceso en el cual determinar si les corresponde o no esta categoría.

2.2.2 El derecho penal de emergencia

2.2.2.1 La política criminal en el marco del derecho penal del enemigo

Una de las características actuales del derecho penal —y por tanto de la política criminal de la que es tributario— consiste en su tendencia expansionista. En efecto, como lo sugiere Cancio Meliá, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución de las legislaciones penales del mundo occidental es la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, ello acompañado de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores (Cancio, 2002, p. 219).

Los rasgos centrales de dicha inclinación serían entre otros: la administrativización del derecho penal, esto es la reglamentación de nuevos sectores de la vida social eludiendo flagrantemente el principio de legalidad a través de la creación de delitos y penas por vía administrativa, la globalización del

derecho penal, en tanto genera la intención de una persecución supranacional de la criminalidad de igual alcance, y la progresiva deconstrucción del paradigma liberal del derecho penal (Demetrio, 2006, p. 113).

Tal fenómeno, en el plano teórico, se traduce en un debate sobre la legitimidad del actual derecho penal marcado por una aparente dialéctica entre reduccionismo versus expansión en el cual las corrientes expansionistas se ven imbuidas por dos paradigmas a nivel de política criminal; el derecho penal Simbólico y un renovado punitivismo (Cancio, 2006, p. 345).

La compleja rúbrica derecho penal del enemigo se construye a partir de una previa distinción estipulativa (Ferrajoli, 2008, 236): la existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como ciudadanos y la de otros que han de ser estimados y tratados como enemigos. A partir de ella, propone la configuración y vigencia de secciones del derecho penal inspiradas en paradigmas diversos. Una de ellas, el derecho penal del ciudadano, define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su status de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculados a y por el Derecho.

La otra, el derecho penal del enemigo, configura y castiga actos de aquellos que habrían sido cometidos por individuos que, en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no solo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento

personal y demostrarían este déficit por medio de su comportamiento (Gracia, 2005, p. 6).

2.2.2.2 Derecho penal y la política criminal de enemigo

Resulta difícil adoptar un punto de partida donde se proponga una buena manera de hacer la guerra, aplicar la represión, así sea legítima, o destruir, inocular o eliminar eficientemente a las personas que debido a su indiferencia con las normas y al peligro que generan sus conductas puedan ser calificadas, bajo la denominación teórica aquí presentada, como “enemigos de la sociedad”.

Lo mismo sucede si se piensa evaluar las políticas públicas implementadas para el ejercicio de la guerra y las políticas públicas de la paz, sobre todo porque ambas representan paradójicamente los dos lados de una misma finalidad. Por ello, cuando aquí se afirma que las políticas del gobierno se ajustan a las directrices propias de un estado de derecho, ello no quiere decir que estas políticas están exentas de observaciones y críticas que puedan conducir a realizar los ajustes necesarios, como sucede con toda política pública, sobre todo, en las que están en juego las garantías y derechos de los colombianos, pero también la aplicación técnica, eficiente y racional, si esto es posible, del ejercicio de la guerra, la coacción y la pena.

El sistema penal juega en este proceso un papel fundamental, no solo la misma ley, también la filosofía del derecho, en este caso penal y la sociología jurídico penal, en donde se encuentran las más vigorosas herramientas para replantear algunos principios clásicos de la teoría política, del ejercicio del poder

y de la filosofía del derecho ilustrado, vistos desde la aplicación legítima tanto de la violencia física como de la prevención y sanción de la misma.

Muchos análisis de la justicia penal, coinciden en afirmar que la aplicación del derecho penal y la política criminal del enemigo es una constante histórica que contiene la funcionalización del derecho penal para el desarrollo de la guerra (Baratta, 1998, pp. 27-28), justifica la aplicación de los estados de excepción, la doctrina del enemigo interior, la arbitrariedad, la ilegitimidad de la justicia penal y la crisis permanente de la justicia.

Estos análisis presentan el concepto de la política criminal del enemigo al margen del derecho y en su lado negativo, es decir, como un conjunto de decisiones para la lucha contra organizaciones armadas y para la prevención y persecución del delito en donde predominan las necesidades y las razones de conveniencia política en la toma de decisiones en materia criminal, lo que repercute negativamente en los derechos y garantías de los ciudadanos, como también la eficacia y eficiencia del sistema penal. En suma, esta perspectiva presenta la política criminal y la política criminal del enemigo desde sus efectos negativos como: la improvisación, la ineficacia, la expansión de la coacción y represión política, la reducción de los derechos y garantías, entre otros.

2.3 Definición de términos

(a) Derecho penal de emergencia. Es un modelo de control penal, dirigido a enfrentar legalmente el aumento de criminalidad y delincuencia. Aparece como un desarrollo de la ideología de la seguridad nacional y el frente interno. La función principal es potenciar la operatividad y eficacia de los órganos de control,

fundamentalmente policiales, y esto, aún a costa de garantías y derechos constitucionales. Justamente, las características de las leyes de emergencia se relacionan con un desborde permanente del modelo garantista.

(b) Criminal política del estado. Es el conjunto de medidas de las que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad (delito-delincuente) y la criminalización (pena y función re-socializadora); especialmente en su prevención, represión y control; teniendo en cuenta que la política criminal puede ser vista como acto de control social y solución de conflictos, dirigida hacia las acciones humanas consideradas violentas o nocivas las cuales entorpecen el desarrollo armónico de una sociedad en un país determinado.

(c) Derecho penal del enemigo. El derecho penal del enemigo constituye solo una manifestación, del fenómeno más amplio de transformación que desde hace unos años viene sufriendo el derecho penal y al que hiciera alusión precedentemente. Este concepto fue introducido en el debate por Günther Jakobs, en dos etapas diferentes. En 1985 se produce la primera de ellas, bastante más amplia, en la que vincula el concepto de derecho penal del enemigo hacia los delitos de puesta en riesgo y delitos cometidos dentro de la actividad económica. Mientras que a partir de 1999 surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales, especialmente los delitos de terrorismo (Baratta, 1998).

(d) Discurso de emergencia. Al decir de Zaffaroni, “las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo”, ya con la Inquisición aquellos se fundaban en el ataque de Satán y de las brujas. Así, es considerado como el primer discurso de emergencia, con alto nivel de desarrollo teórico, el *Malleus maleficarum* o Martillo de las brujas, escrito por Heinrich Kramer y James Sprenger, en 1484, y sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIII del 9 de diciembre del mismo año (Baratta, 1998).

(e) Endurecimiento de las penas. Los últimos cambios legislativos en materia penal, demuestran una tendencia al endurecimiento de la represión, al endurecimiento de las penas y al tratamiento desigual de ciertos sujetos delincuentes, a los que se les aplica un régimen penológico y de ejecución penal distinto y más gravoso. Lo que habría que preguntarse es a qué responde esta tendencia legislativa, en qué se basa, dónde encuentra su fundamento y sobre todo su legitimidad.

(f) Función de la pena. En el caso normal del delito, la pena es una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente. El derecho penal dirigido específicamente contra terroristas, tiene más bien el cometido de garantizar la seguridad, que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico.

(g) Derechos fundamentales. Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que

la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana (Bastos, 2012).

(h) Garantías constitucionales. Son los medios o instrumentos que la Constitución Política pone a disposición de los ciudadanos para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales.

(i) Interdicción de la arbitrariedad. Es un principio fuerte a favor de la justificación de las decisiones judiciales, ya que el respeto de este principio implica la fundamentación en base a razones objetivas de la decisión judicial, es decir, han de ser las razones ofrecidas por el Juez las que justifiquen la decisión, más no se tolerará aquellas decisiones que se basen en la voluntad o en el capricho del juzgador, puesto que la misma devendrá en una decisión arbitraria.

(j) Dogmática. Es un método de estudio e investigación jurídica y su objeto de investigación es la norma. La característica de este método jurídico (sistema) es la interpretación de la ley. La sede de la dogmática es la norma y el valor, pero no es absoluto en la medida que aceptará realidad y valor. La ciencia penal se expresa a través de la dogmática como sistema, aspira a establecer las bases para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que solo la comprensión de las conexiones internas del Derecho libera a su aplicación del acaso y la arbitrariedad (Enciclopedia Jurídica Omeba).

(k) Dogmática penal. La dogmática jurídico-penal ordena los conocimientos, las particularidades, establece categoría, conceptos, construye sistemas, interpreta, sistematiza, todo en referencia al derecho positivo: su finalidad es proporcionar seguridad jurídica de otro modo inexistente.

(l) Política criminal de emergencia. La denominada “cultura de emergencia” se enmarca en un contexto caracterizado por la crisis del ideal resocializador que informaba la función del sistema penal del Estado del bienestar. En este orden de cosas, se verifica que medidas que antes eran adoptadas durante periodos de excepción o de emergencia se han generalizado para convertirse en la regla.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1 Orígenes y características del derecho penal de emergencia

El término “política penal de emergencia” es originario de la literatura italiana. Se acuñó para identificar un modelo de control penal, dirigido a enfrentar legalmente el terrorismo de los grupos de ultraderecha y de ultraizquierda italianos. No obstante, con él se comprende también a la legislación antiterrorista que durante los años 70 se promulgó, casi simultáneamente, en otros países europeos como Alemania, Inglaterra y España. Y que luego fue ratificada merced a convenios regionales (López, 1987, p. 23).

La política penal de emergencia aparece en Latinoamérica como un desarrollo de la ideología de la seguridad nacional y el frente interno (Reyes, 1986, p. 251). Sin embargo, en el caso concreto del Perú, sus antecedentes se remontan a la década del 30. Por ejemplo, a las leyes de emergencia y de seguridad interior de la República, promulgadas durante los gobiernos de Sánchez Cerro, Benavides y Odría. Luego estarían la Ley 15590, sancionada en la primera gestión de Belaúnde, y los Decretos Leyes 19049 y 20828, promulgados por el régimen militar de Velasco.

No obstante, estos precedentes nacionales, la influencia de la política penal de emergencia europea ha repercutido también en nuestro país. Primero, a través de la Constitución de 1979 y, luego, con el Decreto Legislativo 046 y con las Leyes 24651, 24700, 24953 y 25031.

La función principal de la política penal de emergencia es potenciar la operatividad y eficacia de los órganos de control, fundamentalmente policiales, en la intervención contra el terrorismo. Y esto, aún a costa de garantías y derechos constitucionales. Justamente, las características de las leyes de emergencia se

relacionan con un desborde permanente del modelo garantista (Ambos, 1989, p. 101).

En tal sentido, pues, tanto el Derecho Penal como el Derecho Procesal Penal, e incluso el de Ejecución Penal, cambian de fisonomía cuando se relacionan con la persecución y represión de actos calificados de terrorismo.

Veamos algunos de estos cambios, en lo que concierne al procedimiento penal, se producen, entre otras, estas transformaciones:

3.1.1 Administrativización del procedimiento penal

Es decir, los pasos centrales del proceso quedan en manos de órganos extrajudiciales. Tanto la Policía como el Ministerio Público, asumen facultades de *notio*, *avocatio* y de *coertio* que antes solo correspondían al Juez.

En tal sentido, se autoriza a estos órganos a detener, incomunicar, allanar inmuebles o intervenir las comunicaciones personales. La administrativización del procedimiento penal, hace de la investigación policial la base de la acusación. Ese es el sentido, por ejemplo, de la Ley 24651 y de las Leyes 24700 y 25103 (Ambos, 1988, p. 20).

3.1.2 La expansión de la detención preventiva

Dentro del modelo garantista, se entiende que la detención como medida cautelar, debe ser excepcional y consecuencia del desarrollo cognoscitivo del proceso. No obstante, dentro de la legislación de emergencia, la detención no solo se convierte en medida ordinaria, sino también indispensable y obligatoria desde el primer acto procesal. Y, como no es procedente la libertad provisional, la

detención se asimila a una pena anticipada que, en los casos siempre posibles de absoluciones, supone un daño irreparable al injustamente procesado. El artículo 3 de la Ley 24700 sigue dicha tendencia.

3.1.3 La limitación del principio acusatorio

Esto es consecuencia de la administrativización del procedimiento. Las amplias facultades que la legislación de emergencia concede a la Policía y al Ministerio Público, hacen del proceso un acto meramente inquisitivo. Lo cual se torna peligroso por la existencia de los "premios" para los delatores y "arrepentidos".

La búsqueda de la confesión se convierte en parte fundamental de la investigación policial. Según Ferrajoli: "ahora no cabe duda de que el premio por la confesión, más en general los beneficios establecidos para el acusado por el mérito acusatorio, en lugar del defensivo, en su interrogatorio, rompen radicalmente el modelo triangular del proceso penal, transforman el interrogatorio en medio inquisitorial y de adquisición de pruebas; elimina el contradictorio, comprometiendo la falsificabilidad de las hipótesis acusatorias; degradan la relación procesal hacia un tete a tete inquisitorial dirigido a la confesión, donde el inquisidor-confesor suprime el papel antagonista de la defensa, extrae las pruebas de la colaboración del inquirido (López, 1987, p. 112).

3.1.4 El desequilibrio en el contradictorio.

Es una degradación de lo que López Garrido denomina Principio de Igualdad de Armas. Efectivamente, la legislación de emergencia en su afán de

eficacia deja al abogado defensor en desigualdad frente a los amplios poderes que se conceden a la Policía y al Ministerio Público. El Principio de la Contradicción, al igual que el acusatorio, son superados, por la legislación antiterrorista.

El defensor no tiene acceso a su patrocinado, desconoce su situación, no puede discutir con libertad sobre la imputación. Felizmente, la Ley 24700 no llegó a tanto y, por eso es menester defender su vigencia, aunque el artículo 2°, en su versión actual, parece orientarse a tales limitaciones.

3.1.5 Exclusividad procesal.

Esta variante afecta muchos derivados garantistas del debido proceso. Fundamentalmente, el derecho al juez natural. En tal sentido, suele ser común que la instrucción y juzgamiento por actos de terrorismo, sea competencia exclusiva de Juzgados o Tribunales especiales, e incluso de órganos jurisdiccionales castrenses. De otro lado, los plazos del procedimiento suelen ser recortados, a fin de promover "celeridad y eficacia" en la administración de justicia.

En el caso concreto en el Perú, por ejemplo, la legislación adoptada por los jueces y Tribunales fue *ad hoc*. No obstante, algunos sectores sociales y el propio expresidente García, han demandado la instalación de Tribunales Militares, pretensión que, de momento, es abiertamente inconstitucional. Los cambios introducidos por la ley 25301, en los artículos 3 y 6 de la Ley 24700, se adecuaba a la tendencia del exclusivismo procesal.

3.2 El derecho penal parte material y los cambios que proyecta el derecho penal de emergencia

En lo que respecta al derecho penal parte material, los cambios que proyecta el derecho penal de emergencia abarcan fundamentalmente los actos de la criminalización y de la sanción. En tal sentido, los principios de certeza, de mínima intervención de proporcionalidad y de igualdad, que normalmente orientan al derecho penal garantista, son soslayados sin mayores reparos de legalidad e incluso de constitucionalidad. Por lo general, se detectan las siguientes modificaciones:

3.2.1 La subjetivización de la tipificación

Según mandato del Principio de Legalidad, la ley debe ser cierta e inequívoca. No obstante, la legislación de emergencia suele describir los delitos mediante alusión a circunstancias subjetivas.

Se busca sancionar un propósito, lo cual dificulta poner límites a la acción represiva. Como señala un autor, se huye “del necesario sentido objetivo de la tipicidad penal para entrar de lleno en un acentuado subjetivismo, una personalización del derecho penal, que pasa a ser más un derecho penal del reo que un derecho penal del delito”. Se retorna, pues, a un derecho penal de autor, donde se sanciona más por lo que es y por lo que se piensa, que por lo que se hace.

El fin, pues, es la base de todo tipo legal de terrorismo. Nuestras leyes son un claro ejemplo de lo expuesto. En especial, el artículo 1° del derogado Decreto Legislativo 46 y, que luego fue, incorporado como artículo 288A al Código Penal

por la Ley 24651; también los numerales 288C y O, introducidos con la Ley 24953.

3.2.2 La incriminación de actos preparatorios y de colaboración

Un discutible interés de prevención, lleva a la legislación de emergencia a la calificación penal de actos preparatorios y de actos de colaboración, que muchas veces se aíslan totalmente de la noción formal de complicidad. El artículo 288E del Código Penal es un prototipo de lo que hemos afirmado.

3.2.3 La sanción desmedida y la sobrecriminalización

Los afanes de prevención general determinan que las sanciones para los actos terroristas sean severas y, en muchos casos, desproporcionados a la conducta dañosa. De otro lado, la pena no es suficiente. Es menester que no exista ninguna opción de flexibilizar el castigo. Por tanto, la legislación antiterrorista dispone que no se apliquen al condenado o procesado, ningún tipo de beneficio procesal, penitenciario o penal. Frente a la legislación de emergencia, no cabe, pues, ninguna idea de prevención especial ni mucho menos alguna intención resocializadora. El artículo 5 de la Ley 24651 aplica este tipo de restricciones.

3.2.4 La aplicación de estímulos a la disociación y delación

Este es quizás el rasgo más particular de la legislación de emergencia. Los reinsertados o los testigos de la corona, son el resultado de un proceso de motivación normativa y, que se-materializa en opciones de atenuación o incluso

redención de penas, para quienes colaboren con el Control y con la efectividad de sus órganos operativos.

En nuestro medio, el artículo 85A del Código Penal introdujo este tipo de medidas. Posteriormente, las normas al respecto quedaron establecidas en la Ley 25103.

Quien deje el grupo terrorista y se entregue, merecerá un premio: una atenuación. No obstante, quien se entrega y, a su vez, confiesa y delata a sus compañeros, recibe un premio mayor: la libertad.

Estos supuestos, a los cuales Eligio Resta denominó Derecho Penal Premial, afectan el acusatorio, limitan el carácter cognoscitivo del proceso y, quiebran el principio de igualdad penal (Prado, 1990, p. 26).

Y, en lo concerniente al Derecho de Ejecución Penal, los cambios operan sobre todo en el régimen de los detenidos o condenados, así como en lo concerniente a los rigores excesivos de los centros de reclusión. En ese sentido, por ejemplo, se somete a los internos a una vigilancia permanente, se les aísla del resto de la población penal y, se les confina en cárceles de “extrema seguridad”. En nuestro país, este tratamiento "especial" de los internos por delito de terrorismo, desencadenó los luctuosos hechos de junio de 1986 en los penales de Lima, Perú y Callao (Prado, 1990).

Ahora bien, los efectos de la legislación penal de emergencia no se agotan en los mencionados. Bajo una confusa noción de paz y orden o de necesidad del orden público, la política penal de emergencia se va extendiendo. Es decir, deja de ser un modelo particular de control del terrorismo, para convertirse en un medio de acción contra la criminalidad común. Al respecto, un autor ha sostenido que el

carácter excepcional del Derecho de emergencia, se va transformando en un mecanismo ordinario de la política criminal contemporánea (Prado, 1990). Infortunadamente, lo que plantea dicho autor es cierto y, se observa con claridad en la evolución del derecho penal peruano.

La Ley Antisecuestros es un claro ejemplo de esa ordinarización de la emergencia. Lo mismo podemos decir con relación a los artículos 2°, 3° y 4° del frustrado proyecto sobre tenencia ilegal de armas.

Para concluir, es menester reconocer que, a la fecha, en materia de pacificación no hemos avanzado nada. Ese es el problema central. La violencia sigue ensombreciendo el futuro nacional y, la democracia se ve superada por el afán totalitario que proyecta la guerra. En este proceso, el Derecho en general y, el derecho penal en particular, dejan su aparente neutralidad, para sumarse al arsenal de mecanismos de combate. La pacificación, por consiguiente, tardará todavía en llegar, claro está, si es que antes la violencia no logra que la muerte se convierta, finalmente, en parte de la idiosincrasia nacional.

Desafortunadamente, frente a la necesidad de pacificación todos ensayan discursos y actitudes demagógicas o simplistas. Tanto nuestros políticos como nuestras instituciones, asumen una postura y un quehacer contradictorios. Como sostiene Iguñiz, frente a la pacificación todos aparentan saber qué hay que hacer; pero todos, igualmente, demuestran una voluntad política de no hacer eso que debería hacerse. Por nuestra parte, estamos convencidos de que entre eso que se debe hacer para la paz, el derecho penal no tiene nada que hacer.

3.2.5 El derecho penal de emergencia como expresión del expansionismo penal y justificación de la violencia del derecho penal y represión punitiva

La expansión del derecho penal es una realidad manifiesta en nuestra sociedad, y es el fenómeno determinante de la respuesta del Estado a las demandas de seguridad ciudadana, ya que la propia sociedad (llamada sociedad del riesgo, como ya hemos visto percibe un incremento de la criminalidad y de la aparición de nuevos riesgos inherentes a la propia modernidad (Colina, 2014, p. 87). Eso lleva a una tensión con las garantías propias del derecho penal y ya no se trata más de proteger bienes jurídicos clásicos, sino que la protección debe extenderse a nuevos intereses, colectivos en general, que han surgido con el desarrollo de la sociedad. Tratase justamente de una postura que acepta la sociedad del riesgo como una realidad actual (Prittwitz, 2003).

Hay justificativas para la expansión del derecho penal: la propia complejidad que adquiere la sociedad actual frente a los nuevos riesgos, nuevos bienes jurídicos surgidos a partir de la era postindustrial, y la muchas veces insuficiencia de otros medios de control social protegieren esos bienes e intereses sería suficiente para justificarla. Pero esa expansión debe ser limitada, especialmente debido al principio de la intervención mínima (Bernal, 2011, p. 87).

De todas formas, cuando surgen nuevos bienes jurídicos que necesitan tutela, lo que acompaña el propio desarrollo y los cambios sociales, hay la necesidad de la expansión de algún instrumento de tutela estatal, para la efectiva protección de los Derechos humanos que demandan gestión del Estado. Se puede decir que la expansión propicia la protección de los Derechos humanos pues no se propone un derecho penal sin garantías, sino que la imprescindible salvaguarda de

bienes considerados indispensables para la configuración social como, por ejemplo, el medio ambiente o cuestiones económicas (Colina, 2014, p. 101).

Eso no significa, necesariamente, el endurecimiento punitivo y la total pérdida de garantías, tratase mucho más de un nuevo factor de multiplicación de normas que buscan mayor eficiencia. Claro que algunas normas penales van a tener más firmeza, pero el cerne del movimiento de expansión es comprender la necesidad de que el derecho penal expandido tutele bienes jurídicos distintos del derecho penal clásico (Gomes, 2003, p. 333).

En este proceso de expansionismo penal, los medios de comunicación también han fomentado incertezas en cuanto a los riesgos reales, que pueden ser amenaza a la tranquilidad de los individuos (Martínez-Buján, 2003, p. 400). Noticias divulgadas con exagerado sensacionalismo y que repercuten de manera sobrevalorada los peligros, muchas veces distorcidas de la realidad (Diez, 2005, p. 2).

La prensa pasó a ser un vehículo propulsor de la Política criminal del Estado, etiquetando delincuentes y haciendo crecer la inseguridad ciudadana. Como consecuencia, se creó la sensación a los individuos de que el Sistema Penal es el único instrumento capaz de luchar contra la criminalidad, deteriorando garantías ligadas a los Derechos Humanos y creando la noción en la sociedad de una lucha entre el bien contra el mal (Martínez-Buján, 2003, p. 400).

Y ese contexto ha colaborado para dar al derecho penal un mayor contexto simbólico (Martínez-Buján, 2003, p. 399), que tiene por objetivo dar a la sociedad una respuesta en relación al incremento de la criminalidad (Gómez, 2007, pp. 76-77). Hay, todavía, también el fenómeno de la expansión del momento penal,

también llamado “administrativización” del derecho penal (Martínez-Buján, 2003, p. 401). O sea, la protección de bienes jurídicos supra individuales, y la modificación del sistema y de la función del derecho penal, cambiando completamente la manera como se hace la intervención penal, los criterios y las garantías propias del Derecho punitivo (Baratta, 2004, p. 11).

Para muchos, las sanciones impuestas, resultantes de la ampliación del objeto del derecho penal, deberían ser conducidas a la esfera punitiva del Derecho administrativo. En síntesis, la administrativización del derecho penal podría provocar la modificación de la propia estructura y contenido material del derecho penal (Silva, 2001, 121).

A la bien da verdad, es importante reconocer los cambios sociales, y la expansión no necesariamente como una propuesta, sino que como una constatación real de que la sociedad se ha tornado más compleja y con eso el derecho penal es llamado a tener mayor protagonismo en las políticas del Estado, obviamente al lado de la Política criminal. SILVA SÁNCHEZ en su obra totalmente dedicada a la expansión del derecho penal, que es lectura obligatoria para comprender el fenómeno, ha puesto eso de manifiesto (Silva, 2001, 121).

Trata, el autor, de la expansión racional e irracional del derecho penal, diferenciando algunos de los rasgos donde hay necesidad de mayor actuación de la rama punitiva del Derecho, y de otras, donde critica su actuación. También es importante aquí señalar su definición de los llamados “gestores atípicos de la moral”, criticando su participación en la Política criminal, lo que trataremos al largo de ese trabajo (Silva, 2001).

3.3 El modelo expansionista y neocriminalizador y la justificación de la violencia del derecho penal y represión punitiva

Como ya hemos dicho, la expansión del derecho penal es una realidad en todas las sociedades de nuestro tiempo, y la característica esencial del expansionismo penal contemporáneo es, sin duda, la creciente proliferación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales, y la utilización de técnicas de protección distintas (Arroyo, Neumann, Nieto, 2003, p. 263), especialmente la criminalización de conductas que conllevan situaciones de peligros abstractos. Tratase de una tendencia de internacionalización y uniformización del derecho penal (Giunta, 2003, p. 177).

Los bienes jurídicos que se propone a proteger, en general, son colectivos y generales y hay por parte del legislador, muchas veces, una previsión de conductas amplia y particularmente vaga (Baratta, 1995, p. 43). Los delitos de peligro abstracto suplantando los de peligro concreto o donde haya efectivo daño, con objetivo de facilitar la aplicación del derecho penal en nuevas demandas, especialmente cuando el delito se dirige al propio cuerpo social (Gracia, 2003, 259). Tratase de una previsión de riesgo potencial, y no la efectiva exposición del bien jurídico al daño, habiendo una presunción de ofensividad de la conducta (Hassemer, 1995, 34).

Podemos decir que el momento expansionista o neocriminalizador está íntimamente ligado a cuestiones de la contemporaneidad. Tratase del resultado de nuevos riesgos existentes que, de acuerdo con los partidarios del modelo, demandan mayor protección del Estado, y causa una búsqueda frenética de la sociedad por una mayor actuación aparato estatal y su poder de coerción,

deseando y buscando una sensación de pacificación social (Beck, Giddens, y Lash, 2001, p. 23).

Silva Sánchez, en su libro que trata justamente de la expansión del derecho penal, vislumbra que el derecho penal de la globalización económica y de la integración entre diferentes países tendrá tendencias a una unificación creciente, será menos garantista, flexibilizando reglas de imputación y relativizará los principios político-criminales. Tratase de una previsión que ya es perceptible hoy, especialmente en leyes de combate a la criminalidad organizada y la corrupción (Silva, 2001, p. 97).

La constatación del autor se basa en el hecho de que la globalización direcciona el derecho penal a demandas prácticas, para cuestiones de eficacia en el combate a la criminalidad. Además de eso, comprende que la delincuencia de la globalización es económica, cuyos delitos son diferentes del paradigma clásico (Silva, 2001, p. 97).

La verdad es que los nuevos riesgos que han sido introducidos por la modernidad han contribuido para una crisis en el sistema jurídico actual (Gracia, 2003, p. 360). Los sistemas penales individualmente considerados son incapaces de contestar a los desafíos de la nueva criminalidad. Así, hay necesidad de mayor cooperación internacional y creación de nuevos paradigmas para hacer frente a los nuevos riesgos (Silva, 2001, p. 91).

Otra característica que se constata en el moderno derecho penal es el divisionismo en microsistemas, resultado de la disolución y de la desagregación de las tradicionales estructuras dogmáticas. Ese movimiento está particularmente claro en el ámbito del derecho penal económico y la macrocriminalidad, donde las

construcciones arduamente conquistadas por la Dogmática penal en los últimos siglos pierden su valor, especialmente en relación a la interpretación de tipos penales económicos (Silva, 2001, p. 72).

Hoy ya se reconoce que el derecho penal es un instrumento ineficaz para combatir problemas sociales estructurales. Es que sus fundamentos clásicos se han tornado impotentes frente a las nuevas demandas de la modernidad, y el modelo expansionista propone cambios estructurales y de paradigma para ese enfrentamiento de nuevos riesgos. diferentes d El rol de la Política criminal del modelo expansionista, en ese contexto, es certificarse de las posibilidades de solución de los problemas del Sistema penal y demarcar los límites de esas posibilidades, entablando de forma segura sus funciones prácticas y simbólicas (Silva, 2001, p. 73).

Hay que hacerse un análisis preciso de la capacidad del propio Sistema Penal. La Política criminal debe cuestionar se el derecho penal es realmente la solución para el control de los nuevos riesgos, o habrá una producción ilimitada de normas punitivas, lo que podría llegar a la pérdida de cualquier sistema de garantías fundamentales o de la característica preventiva del derecho penal (Silva, 2001, pp. 121-122).

Como es sabido, sin embargo, la modificación de la propia estructura y del contenido material de los tipos penales es la primera expresión de ello. Así, la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo «delito de lesión de bienes individuales» al modelo «delito de

peligro (presunto) para bienes supraindividuales», pasando por todas las modalidades intermedias.

Los legisladores, por razones como las expuestas, han promulgado y promulgan numerosas nuevas leyes penales y las respectivas *rationes legis*, que obviamente no dejan de guardar relación —al menos indirecta— con el contexto o con las condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales más clásicos, son ascendidas de modo inmediato a la condición de bienes penalmente protegibles (dado que están protegidos).

Así, junto a los delitos clásicos, aparecen otros muchos, en el ámbito socio-económico de modo singular, que en poco recuerdan a aquéllos. En este punto, la doctrina tradicional del bien jurídico pone de relieve —según se señalaba más arriba— cómo, a diferencia de lo sucedido en los procesos de despenalización de los años sesenta y setenta, su capacidad crítica en el marco de procesos de criminalización como los que caracterizan el presente —y seguramente el futuro— resulta sumamente débil.

En ese sentido, los cambios en los paradigmas de imputación (Silva, 2001) como, por ejemplo, la búsqueda por formas de responsabilidad de la persona jurídica, son importantes para hacer frente a los nuevos riesgos. La verdad es que hay distintas el paradigma proposiciones, como también la sugerencia en crear un “Derecho sancionatorio de carácter administrativo” (Silva, 2001).

Donde, el conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos reseñados en los apartados anteriores está teniendo en el derecho penal un cúmulo de efectos, que configuran lo que hemos dado en llamar “expansión”. A algunas de las manifestaciones de la «expansión» ya se ha hecho alusión ejemplificativa más

arriba: así, a la flexibilización de los principios político-criminales o de las reglas de imputación. En otras manifestaciones, en particular las relativas al incremento y ampliación de las sanciones, no nos detendremos aquí especialmente.

Así, el derecho penal es violento e irracional (Donini, 2003, p. 71), pero al mismo tiempo es un instrumento de búsqueda por las libertades civiles. Así, es irrenunciable como medio de control social (Diez, 2003, p. 154). Debe, sin duda, ser considerado como herramienta para hacer frente a los desafíos lanzados por la modernidad. Así, mejor que se admita la existencia del expansionismo penal de manera consciente, ya que hay formas racionales de expansionismo, y formas irracionales.

Hay que acordarse de que muchas de las conquistas libertarias de los últimos siglos fueron acuñadas en el ámbito jurídico-penal, especialmente porque la concreción del poder punitivo del Estado lleva a la discusión sobre cuestiones de libertad y democracia. Eso representa un gran legado al propio sistema democrático – se pueden considerar la consolidación de muchos de los Derechos fundamentales que estructuran nuestra propia concepción de ser humano fueron ahí acuñados (Portilla, 2003), pero de nada sirve si el derecho penal no sea aplicable a las expectativas sociales modernas, aunque no haya consenso sobre todas ellas (Portilla, 2003).

En definitiva, la búsqueda por alternativas punitivas a las nuevas demandas que amenazan el orden social, ha sido el objetivo principal de la fundamentación del modelo expansionista, en prácticamente todos los países. Pero hay que tenerse en cuenta que el derecho penal —que es eminentemente punitivo y tiene sí características simbólicas (aunque su carácter simbólico no deba ser el único, ya

que una ley únicamente simbólica, en general, carece de plena efectividad)— no debe representar el único instrumento de combate a los problemas sociales (Silva, 2001, p. 65).

Así las cosas, tratase de un modelo que reconoce el cambio de las demandas sociales y pone de manifiesto la imposibilidad de los fundamentos dogmáticos clásicos de extender la protección del derecho penal a los nuevos intereses, proponiendo la expansión racional en dirección a nuevos mecanismos de actuación para la Política criminal (Silva, 2001).

3.4 El derecho penal de emergencia y su relación con la defensa social y el populismo punitivo

Como ya hemos dicho exhaustivamente, hay en la sociedad moderna una creciente preocupación en relación a la seguridad pública, y la necesidad de búsqueda de nuevas formas de tratar de la delincuencia (Herzog, 2003, p. 254). El Estado, con objetivo de manejar de forma efectiva el control de criminalidad, utilizase de políticas públicas, especialmente la Política criminal. Así, hay íntima conexión entre las ideologías orientadoras de las políticas públicas y la praxis en el área de seguridad, pues la orientación a los operadores del control social formal (punitivo) del Estado viene justamente de las directrices político-criminales (Donini, 2003, pp. 88-89).

La verdad es que, en los últimos tiempos, las cuestiones respecto a la seguridad pública han sido tratadas sin un debate político-criminal profundizado, lo que provoca una exclusión de la Política criminal técnica de los debates que tratan de la seguridad de los ciudadanos. La carencia de políticas públicas que

tengan por objetivo la prevención de la criminalidad es uno de los factores que crean la inseguridad, y el Estado acaba por fomentar políticas simbólicas de endurecimiento, satisfaciendo momentáneamente las demandas de la sociedad (Silva, 2003, pp. 34-35).

Sabemos que el derecho penal experimenta un fenómeno de crecimiento y endurecimiento en los últimos años, muchas veces racional, otras veces irracionales. La Política criminal se distanció del paradigma tradicional, y las demandas de la opinión pública juegan un papel importante en la formulación de las políticas públicas (Baratta, 2004, p. 103).

Además de la postura expansionista de que ya hemos hablado, hay un movimiento político que se fija especialmente en la ideología de la represión simbólica para calmar los ánimos de la sociedad (Terradillos, 1995, p. 11). La influencia de los medios de comunicación y de la sociedad alarmada por el delito en las decisiones político-criminales (Garland, 2005, p. 87) acaban por flexibilizar garantías, con tendencia a la construcción de un derecho penal simbólico (Díez, 2007, p. 76).

La importancia de los principios y garantías básicas para el derecho penal ya está más que clara: son limitadores del poder punitivo estatal, ya que ese es de gran violencia para con las libertades de aquel que sufre una condena (Hirsch, 2004, p. 146). Más allá de ello, en la praxis jurídica hay que velar porque el derecho penal sea empleado en correspondencia con sus principios fundamentales, humanamente y sin arbitrariedad, pero también porque, dentro de este marco, se aplique con consecuencia, a fin de que víctimas, autores y la población en su

conjunto puedan contar con una legalidad absoluta y un funcionamiento en regla de la administración de justicia penal.

Diferente de la base teórica del modelo expansionista, que se basa en la complejidad de la sociedad postmoderna, el populismo punitivo nace de la incapacidad del Estado en tranquilizar la sociedad, que tiene impresión del incremento de la violencia, inseguridad, y miedo en las calles (Albrecht, 2001, p. 482). Esa impresión es creada con el aumento de la velocidad de las comunicaciones y otros factores (Fuentes, 2005), y el ciudadano acaba por ansiar por una Política criminal rígida, punitivista. Diseminase la creencia de que la violencia solo podrá ser contenida por leyes cada vez más severas. El delincuente en potencial se debe sentir intimidado por las leyes y el transgresor debe sufrir una inocuización (Silva, 2000, pp. 20-21).

Donde la incubación de estas políticas penales de seguridad, de tolerancia cero, reside en la crisis del modelo de producción, en el declive del Estado asistencial. Ahora bien, esa involución que satisface los deseos de una hipotética seguridad se acelera en torno al sentimiento popular manipulado de la “solidaridad del miedo” frente al terrorismo, las drogas, la delincuencia sexual o la criminalidad organizada.

La Política criminal en la posmodernidad se define, por tanto, como política de seguridad interior, como una nueva lógica de seguridad caracterizada por focalizar y construir una imagen simplista de los enemigos a través de los mass media y las políticas populistas. Se promueve el desarrollo de un “vocabulario de la inseguridad” que las agencias de control orientan contra fenómenos específicos, contingentes, pero inmediatamente perceptibles por la opinión pública, contra los

que se canaliza los sentimientos de inseguridad contribuyendo a ser concebidos como los peligros para el sistema y su estabilidad (Silva, 2000).

Así, la expresión “populismo penal” es utilizada para designar una específica forma de ejercicio e de expansión del poder punitivo – no es la del Modelo Expansionista que ya tratamos, sino que caracterizada por la instrumentalización de los dramas sociales (Faraldo, 2004, pp. 338-339) y orientación claramente intimidatoria y inocuizadora (Silva, 2000, pp. 91-92). No equiparase simplemente al punitivismo, sino que es un “hiperpunitivismo simbólico”, pasando la idea de una solución simples a un problema extremadamente complejo (Varona, 2011, p. 58).

La legislación moderna, así, acaba por valerse de instrumentos jurídico penales en prima ratio, cuando no en sola ratio, contrariando el principio de la última ratio del derecho penal (Zuñiga, 2001, pp. 252-253). Es que la implementación de mecanismos penales es mucho más barata y tiene un efecto mucho más claro para la opinión pública que no es especializada en la materia jurídica, provocando un sentimiento de confianza en el funcionamiento del ordenamiento jurídico (Zuñiga, 2001).

Resumidamente, son algunos rasgos del populismo punitivo: (a) que todos los males de la inseguridad pueden ser resueltos con leyes más duras (Hassemer, 2016, p. 133); (b) El análisis técnico en la producción normativa deja de ser fundamentada para dar lugar a la total improvisación (Fierro, 2006, pp. 222-223); (c) flexibilización y relativización de los derechos y garantías fundamentales (Baratta, 2004, p. 239); (d) cambio de lógica en el discurso para una lógica polarizada sobre conflictos, y crítica y desconstrucción de los discursos

disonantes, de cuño tradicional, tanto en el universo académico como en el doctrinario; (e) utiliza el miedo como discurso para mantener el terror al delito como pauta social; (f) inobservancia de los principios limitadores del derecho penal; (g) sumisión al clamor creado de los medios de comunicación (Natalino, 2007, pp. 67-68).

No se puede culpar la sociedad común, que no posee la técnica especializada en las disciplinas jurídicas por el fenómeno: es natural que munida de informaciones sensacionalistas, tengan sentimiento de venganza —eso es algo absolutamente normal del ser humano— (Garland, 2005, p. 239).

Es legítimo que víctimas y sus familiares pasen a tener carácter reivindicativo. Lo que es grave es el Estado utilizarse de ese sentimiento para conducir una Política criminal desvinculada de los fundamentos teóricos técnicos necesarios (Diez, 2007, pp. 77-78).

El miedo de ser víctima y la falta de confianza en la capacidad de los poderes públicos en resolver el problema, hace con que las personas exijan una respuesta del Estado, y esa respuesta debería ser una Política criminal de prevención a la criminalidad. Pero, los agentes que representan el Estado, buscando fines electorales, acaban por engendrar una Política simbólica, que les dará destaque, así crean leyes penales endurecidas, con carácter simbólico – lo que no resuelve el problema de la criminalidad (Díez, 2007).

Podemos considerar el populismo punitivo un modelo sin cualquier estudio científico o de caso, sin análisis de factores del crimen o del criminoso, sin estrategias, sin eficacia, y especialmente sin intermediarios técnicos. La norma penal deja de representar el poder coercitivo estatal direccionado a la igualdad de

todos los miembros del grupo social, a partir de una voluntad soberana – pasase a obedecer otros intereses, populistas y sin fundamentación técnica, dejando la legislación de tener el efectivo resultado que se espera (Díez, 2007). Se pierde el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal, para servir como instrumento político de seguridad emergencial (Portilla, 2007).

El discurso de “emergencia” no es nuevo en la legitimación del poder punitivo, y en ese caso, a él se agrega el “defensismo”, la idea de nueva defensa social, aplicada aquí de una forma conceptual reducida (Silva, 2000, pp. 19-20), renunciándose a preceptos fundamentales y a cualquier doctrina que pueda legitimarlo, en una característica típica de Estados autoritarios (Navarro, 2008, p. 161).

Las normas elaboradas a partir de esos discursos integran el llamado “derecho penal simbólico”, que objetiva la demostración de especial importancia a aspectos de la comunicación del simbolismo de la Ley, dando a la sociedad la impresión “tranquilizadora” de que determinada conducta es prohibida e infringe las normas de la convivencia pacífica de la sociedad, sufriendo sanción (Sotomayor, 2008, p. 148).

El derecho penal siempre tendrá funciones simbólicas (Colina, 2014, p. 9), pero dentro de todo su instrumental dogmático y de presupuestos generales, lo que se critica es que funcione de manera únicamente simbólica, pues así carece de capacidad de prestar de manera eficaz a la sociedad y a los individuos la efectiva seguridad frente a los riesgos de la delincuencia.

El derecho penal, a través de ese modelo de Política criminal, deja de cumplir la función de garantizar la estabilidad de la norma jurídica, pues produce

normas desproporcionales, incoherentes, excepcionales y confrontantes entre sí. Se pierde la eficacia del Sistema normativo penal, y consecuentemente también se pierde su credibilidad y fuerza. Acaba por provocar un efecto “sedativo” y una falsa sensación de tranquilidad.

Así las cosas, la Política criminal acaba teniendo una orientación intimidatoria y con vistas a la inocuización (Silva, 2001, p. 130) en un contexto general presidido por la oportunidad y el populismo (Silva, 2002, p. 143). Cuando posee fundamentación teórica —lo que es raro, en se tratando de las matrices populistas— justificase en la Política criminal de los Estados Unidos y Inglaterra, a partir de la década de los 70 del siglo pasado, en los modelos de recrudecimiento penal (especialmente cuando de los gobiernos de Margaret Thatcher y Ronald Reagan): la llamada política de seguridad “Ley y Orden” (Zuñiga, 2001, p. 135) (o Law and Order), que hizo resucitar la Broken Windows Theory (Teoría de las ventanas rotas), idealizada por algunos intelectuales, especialmente estadounidenses, “neoconservadores”, base de la política llamada de “Tolerancia Cero” (Garland, 2005, pp. 48-49).

El movimiento “Law and Order” tiene origen en la propia intolerancia y en objetivo de control de la criminalidad, comprendiendo la delincuencia como un mal que debe ser combatido, y no como un fenómeno existente en todas las sociedades. Se cree que la delincuencia es fruto de la falta de represión del sistema. Como resultado, hay unas políticas de endurecimiento punitivo, como la criminalización constante de conductas, mayor gravedad de las penas y de los regímenes de cumplimiento, ampliación de las prisiones provisionales e inhibición de beneficios para cumplimiento de las sanciones penales, contraponiendo la

anterior Política criminal welfarista, del llamado Estado del bienestar (Garland, 2005, p. 49).

Su discurso se vuelta en contra los derechos y garantías individuales (Diez, 2011, pp. 12-13), con alegación de que esas garantías impiden el Estado de “acabar” con la delincuencia, ya que no permitirían el ejercicio pleno del Estado de su papel represor. El delincuente es considerado, indiscriminadamente, un mal social que precisa ser excluido de la sociedad (Diez, 2007, p. 75).

La defensa social se basa en la noción de que la sociedad, a través del Estado; está determinada a reaccionar en defensa de su propia conservación contra ataques a sus condiciones normales de existencia; la pena sería instrumento eficaz al servicio del bienestar social.

El formulador principal de la defensa social fue Marc Ancel, y las nociones de intervencionismo estatal e importancia del Estado, asociado a las ideas de delincuencia de la Escuela Positiva, desarrollaron la idea de reacción penal centrada en el delincuente. El pensamiento de la defensa social está centrado en la peligrosidad social, fundamentando no apenas una Política criminal represiva, sino que dirigida a considerar la pena como medio de defensa de la sociedad (García-Pablos 1994, p. 471).

La Política criminal populista —o “populismo punitivo”— mezcla y subvierte algunos conceptos de esas doctrinas y escuelas, basándose en la defensa social, en el expansionismo irracional, y hasta en teorías criminológicas —como el *labelling approach*, o etiquetamiento —, que se fundamenta en la alegación de que no se puede definir lo que conduce a alguien a la criminalidad, partiendo de la evaluación de los propios delincuentes, que serían resultado de un sistema

selectivo (García-Pablos 1994). Todo eso crea una Política criminal alejada de la verdadera noción de realidad racional.

Esa mezcla de conceptos orientados únicamente a dar una relativa tranquilidad a la opinión pública resulta en un modelo intolerante y de exclusiva defensa social, fuera de las propuestas político-criminales del Estado Democrático de Derecho. Y eso no pasa solamente en el ámbito legislativo, sino que también en el ámbito judicial (Soto, 2005, pp. 14-15).

Véase, por ejemplo, la contradicción que está ocurriendo en Brasil: ese país tiene la cuarta mayor población carcelaria del mundo, estando atrás apenas de Estados Unidos, Rusia y China. Pero, en Brasil, uno cuarenta por ciento de esa población carcelaria es compuesta por presos provisorios, a pesar de haber en el país posibilidades de medidas cautelares distintas de la prisión. Asimismo, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en 2016, determinó (en una interpretación, para decir el mínimo, que no está conforme la Constitución de ese país), que los condenados en segunda instancia deberían iniciar el cumplimiento de la pena de prisión – anterior, por tanto, a una decisión irrecurrible y final.

3.5 Endurecimiento del derecho penal a través de las leyes 28726 y 28730

Un ejemplo claro del endurecimiento del derecho penal como expresión del derecho penal de emergencia y del populismo penal fueron las modificaciones efectuadas al Código Penal en virtud de las Leyes 28726 y 28730, promulgadas ambas en mayo de 2006. Las reformas, cómo no, tienen enorme calado. Se reintroducen la reincidencia y habitualidad como agravantes genéricas; se endurece el tratamiento del concurso de delitos; se modifica uno de los requisitos

del mandato de detención; se afecta gravemente la esencia misma de la rehabilitación automática, y se reduce la cuantía para la consumación de una falta contra el patrimonio.

Estas reformas muestran al Código Penal como una cosa que se puede modificar cuantas veces se quiera por razones simbólicas, demagógicas o coyunturales. Se inscriben en una corriente maximalista que prepondera razones de “eficacia” y seguridad ciudadana, a los derechos fundamentales de la persona humana.

El recrudecimiento del sistema punitivo ha sobrepasado, en mi opinión, el equilibrio que entre seguridad general y garantías personales debe prevalecer en todo Estado de Derecho. Y las críticas que quepa hacer a toda esta situación trascienden con mucho las meras disquisiciones teóricas o la declaración de principios. En efecto, no parece preocupar a los legisladores la lamentable situación por la que atraviesan nuestros centros penitenciarios. Según las cifras del Instituto Nacional Penitenciario, a febrero de 2016, de una población penal de 44,205 reclusos el 68% estaba compuesto por procesados, y tan solo el 32% había recibido una condena (INPE, 2016).

Más internos, menos establecimientos penales. Y no es difícil vaticinar cuál será el futuro de las prisiones con las últimas reformas, las mismas que endurecen la persecución penal aun contra los delitos de poca monta. Tendremos más hacinamiento, más promiscuidad, más corrupción. Tampoco hace falta mencionar cuál es la extracción social o la capacidad económica de la gran mayoría de personas reclusas en un establecimiento penitenciario. Quizá por eso nadie toca a rebato.

La vena autoritaria e irreflexiva de las últimas reformas penales solo busca congraciarse con las exigencias ciudadanas de “seguridad” y vindicta pública. Estamos ante un derecho penal “a la carta” que se sabe de principio ineficaz, pues no afronta el problema de la criminalidad como el producto natural de una sociedad que excluye, margina y discrimina.

Cuando Víctor Hugo nos narra la historia de Jean Valjean, ese hombre que entró en presidio por haber roto un vidrio y por haber robado un pan, nos señala que “Es preciso que la sociedad se fije en estas cosas, puesto que es ella quien las produce.” Y en boca de otro de sus personajes, sentencia que “si un alma sumida en sombras comete un pecado, el culpable no es el que peca, sino el que no disipa las tinieblas.”

Endurecer la persecución penal contra los habituales, los reincidentes y contra los delincuentes de poca monta calza bien con un derecho penal altamente selectivo y francamente reaccionario. No en vano, el término “peligrosidad social” tuvo una connotación importante en la época del nacionalsocialismo, siendo que, en 1934, como bien refiere Muñoz Conde, se introdujo en el Código Penal alemán una medida de reclusión indeterminada en centros de trabajo para delincuentes habituales, la misma que permitió el ingreso de más de 17,000 personas en campos de concentración, de los que nunca más volvieron a salir con vida (Muñoz, 2002, pp. 176-177).

Según Roxin, la mayoría de cambios del derecho penal que tuvieron lugar en la época nacionalsocialista sirvieron sobre todo a la destrucción planificada del Estado de Derecho y a su transformación en una dictadura totalitaria que se pretendía asegurar jurídicamente (Roxin, 1997, pp. 119-120).

Desde luego, este encarnizamiento del derecho penal no es patrimonio exclusivo de regímenes autoritarios, pues no es raro que la flexibilización de las garantías y derechos fundamentales ocurra aun en las democracias más avanzadas. El problema está en cómo se ejercerá el ius puniendi en sociedades con altos índices de corrupción y marcadas por la fragilidad institucional, el autoritarismo y la discriminación.

Lo razonable sería que, en sociedades como esta, los ciudadanos queden protegidos contra los excesos y abusos del poder estatal. Pero eso parece mucho pedir.

Del análisis de las Leyes 28726 y 28730 nos ha permitido confirmar algunas características de las últimas reformas del Código Penal. En primer lugar, que estas se inscriben en un proceso de endurecimiento del sistema penal, el mismo que parte de una fe ciega en el Derecho punitivo o, peor aún, del empleo del derecho penal con fines simbólicos, demagógicos o coyunturales.

En segundo lugar, consideramos que las reformas van a ocasionar un agravamiento de la crisis del sistema penitenciario, así como un acusado incremento de la sobrecarga procesal.

Reforzar la potestad punitiva del Estado en sociedades donde la consolidación de la Democracia es una tarea pendiente, en sociedades donde imperan el autoritarismo, la discriminación y la corrupción, es ciertamente peligroso.

En el plano formal, se percibe nuevamente problemas de redacción y de orden sistemático, sobre todo con las disposiciones que regulan la reincidencia y la rehabilitación. Como ya se mencionó con anterioridad, el reconocimiento de los

principios y derechos fundamentales tienen una notable importancia, pues más allá de sentar las bases mismas del derecho penal, blindan y arropan las libertades que sirven de fundamento a un Estado Social y Democrático de Derecho. En eso no se puede claudicar. Ni bajo el pretexto de alcanzar mayores cotas de seguridad. Pues cuando el Estado deviene en arbitrario, nadie tiene asegurada su libertad. Como dijo Bobbio: “No existen libertades perdidas o conquistadas para siempre” (Bobbio, 1993, p. 130).

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1 El derecho penal del enemigo: Teoría que justifica el derecho penal de emergencia, la violencia del derecho penal y represión punitiva

Una de las características actuales del derecho penal —y por tanto de la política criminal de la que es tributario— consiste en su tendencia expansionista. En efecto, como lo sugiere Cancio Meliá, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución de las legislaciones penales del mundo occidental es la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, ello acompañado de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores (Cancio, 2002, p. 19).

Los rasgos centrales de dicha inclinación serían entre otros: la administrativización del derecho penal, esto es la reglamentación de nuevos sectores de la vida social eludiendo flagrantemente el principio de legalidad a través de la creación de delitos y penas por vía administrativa, la globalización del derecho penal, en tanto genera la intención de una persecución supranacional de la criminalidad de igual alcance, y la progresiva deconstrucción del paradigma liberal del derecho penal (Pérez, 2006, p. 113). Tal fenómeno, en el plano teórico, se traduce en un debate sobre la legitimidad del actual derecho penal marcado por una aparente dialéctica entre reduccionismo versus expansión (Demetrio, 2006, p. 431), en el cual las corrientes expansionistas se ven imbuidas por dos paradigmas a nivel de política criminal; el derecho penal simbólico y un renovado punitivismo (Cancio, 2006, p. 435).

Con el concepto derecho penal Simbólico nos referimos a aquella criminalización desproporcionada y oportunista, en muchos abiertamente pensada para no tener aplicación práctica, que se aparta de los fines tradicionales de la pena empleando a la sanción penal como un medio para transmitir a la población señales que den cuenta de la existencia de una autoridad estatal fuerte y decidida a reaccionar con firmeza en contra de aquellos actos reprobados por la mayoría.

En este sentido, el adjetivo “simbólico” asociado a este tipo de normas penales se identifica con la intencionalidad comunicativa insertada en la norma por el propio legislador interesado en demostrar firmeza mediante la criminalización como única política criminal.

Por su parte, con la noción de punitivismo —específicamente con su reactivación como tendencia— hacemos alusión a la existencia de procesos caracterizados por la introducción de nuevas normas penales, ahora si pensadas para ser aplicadas, o el endurecimiento de las disposiciones ya vigentes —lo cual constituye una inversión del proceso de retroceso punitivo que se podía apreciar de manera sostenida durante el último tiempo— marcados por el hecho de que sus principales promotores ya no se diferencian ideológicamente ubicándose en la derecha política, sino que provienen de todos los espectros del escenario político.

En la criminalización de ciertas conductas recalcitrantemente conservadoras, como el racismo, la derecha política ha encontrado un espacio en el cual puede teñirse de un pretendido progresismo, mientras que, mediante la multiplicación y endurecimiento de las normas penales, la izquierda, resta protagonismo a sus adversarios políticos en el rol de asegurar el imperio de la ley y el orden en el Estado.

En el derecho penal simbólico la fuerza comunicativa de la norma se basa en la construcción de una categórica frontera que separa a los autores de las conductas criminalizadas y el resto de la sociedad. Para ello, es necesaria además la confluencia del punitivismo —sobre todo cuando se trata conductas respecto de las cuales la intervención legislativa consistió en el endurecimiento de las penas—, de tal forma que ambas tendencias confluyen en una relación de dependencia mutua y de cuya combinación práctica surge el denominado derecho penal del enemigo (Cancio, 2003, p. 77).

Propuesta teórica y normativa que durante el último tiempo ha cobrado especial relevancia, colmando gran parte del foro académico de la especialidad. Sobre el particular Portilla Contreras expresa que lo novedoso no está constituido por la proliferación de prácticas de este tipo, sino por la aparición de un sustento doctrinal que las apoya (Portilla, 2001, p. 43).

La compleja rúbrica derecho penal del Enemigo se construye a partir de una previa distinción estipulativa: la existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como ciudadanos y la de otros que han de ser estimados y tratados como enemigos. A partir de ella, propone la configuración y vigencia de secciones del derecho penal inspiradas en paradigmas diversos.

Una de ellas, el derecho penal del ciudadano, define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su status de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculados a y por el Derecho.

La otra, el derecho penal del enemigo, configura y castiga actos de aquellos que habrían sido cometidos por individuos que, en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no solo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demostrarían este déficit por medio de su comportamiento (Gracia, 2006, p. 6).

Tal distinción se construye a partir del siguiente razonamiento: El fin del Estado de Derecho, nos sugiere Jakobs, no consiste en alcanzar la mayor seguridad posible para los bienes, sino en la efectiva y real vigencia del ordenamiento jurídico. Sólo ello hace posible la libertad. La vigencia real del Derecho contrasta con su vigencia postulada. En el primero de los casos, las normas efectivamente funcionan como prescripciones que orientan el comportamiento de sus destinatarios, proveyendo certeza jurídica, en el segundo, no existe tal orientación y, por tanto, tampoco certeza jurídica ni seguridad para la libertad.

La vigencia real del Derecho —en opinión del jurista alemán— resiste contravenciones, en tanto estas sean consideradas como tales, mediante el empleo de la sanción como reafirmación de la vigencia del Derecho. Formaría entonces, parte de la vigencia real del Derecho, la existencia de un apoyo cognitivo de las normas, esto es la disposición interna de los sujetos normativos a su cumplimiento y la comunión de aquellos con las valoraciones portadas por la norma manifestada en la ponderación positiva de los bienes protegidos por el Derecho.

El apoyo cognitivo no constituye una prestación estatal sino de los sujetos normativos y sin su presencia se diluye la expectativa de vigencia real contenida en toda norma. En este contexto, las contravenciones eventuales de la norma no implican una negación general y generalizada de la vigencia del Derecho ni configuran, necesariamente, una presunción de que el infractor ha renunciado de forma irrevocable al comportamiento conforme a Derecho.

Sin embargo, la expectativa de comportamientos correctos no puede ser mantenida de manera indefinida ante la evidencia de sostenidas y profundas contravenciones. Por el contrario —afirma categóricamente el catedrático emérito de la Universidad de Bonn— el Estado no debe insistir ilimitadamente en la expectativa de cumplimiento ante contravenciones sostenidas puesto que debe ocuparse de la vigencia real del Derecho, por lo que ha de proceder contra los quebrantamientos del Derecho cuya próxima comisión se percibe.

En este contexto, sería posible distinguir entre diversas categorías de sujetos normativos: unos respecto de los cuales una contravención no desvirtúa la expectativa de comportamiento futuro conforme a Derecho y otros cuyas contravenciones si lo hacen. Ello supone, además, que existiría una especie de confianza depositada por el Estado en el sujeto en orden a presumir su voluntad de permanecer bajo el amparo y vigencia del Derecho. Sin embargo, sería responsabilidad de cada individuo mantener dicha presunción a su favor mediante un habitual e incontrovertible comportamiento conforme a Derecho (Jakobs, 2006, p. 96).

Tal razonamiento, impacta profundamente en el concepto de persona y más específicamente en su fundamento y en la finalidad asignada a la sanción penal.

Para la línea argumental en análisis, la noción de persona descansa en una base positiva, contractualista y utilitarista, no responde a un postulado ontológico, sino a la confluencia de ciertas condiciones, entre ellas, un compromiso de fidelidad al ordenamiento jurídico y, mediante él, al contrato social. Quién no lo manifiesta, no sería persona ni ciudadano, sino enemigo, es decir, no persona. Y las penas con que se los sanciona no han de tener como finalidad reafirmar la vigencia del Derecho sino asegurarla mediante la neutralización de la fuente de peligro: el enemigo.

Según el propio Jakobs, gestor de la rúbrica derecho penal del enemigo, este se caracterizaría por los siguientes rasgos (Jakobs, 1999, p. 119): un amplio adelantamiento de la punibilidad caracterizado porque la visión retrospectiva del sistema punitivo ha sido reemplazada por una lógica prospectiva, por un aumento de la magnitud de las penas en contraste con el derecho penal “de ciudadanos” —desproporcionalidad en las penas—, por la disminución e incluso supresión de las garantías procesales individuales (CALLEGARI y DUTRA, 2006, p. 110) (esto último incluso hace hablar a algunos de un Derecho Procesal Penal de Enemigo), y por —siendo esta una característica propuesta por Luis Gracia Martín—, el surgimiento de un segmento especial del derecho penitenciario, destinado a ser aplicado en contra de los destinatarios del derecho penal del enemigo (Gracia, 2005, p. 112).

La aplicación práctica de esta tendencia, a veces, se distingue mediante las elocuentes denominaciones de algunas leyes: “Leyes de combate contra el terrorismo”, “Leyes de lucha contra el tráfico de drogas”. En otros casos, es el

propio contenido de las normas lo que muestra su filiación al derecho penal del enemigo.

Lamentables ejemplos de ello son: la denominada *Patriot Act* de los Estados Unidos de América, de 26 de octubre de 2001 y la *Anti Terrorism, crime and security Bill*, de Inglaterra, de 14 de diciembre de 2001. En virtud de la primera, se autorizan acciones y medidas tales como la intervención y escucha de comunicaciones telefónicas y electrónicas, registros domiciliarios secretos, la derogación del secreto que envuelve la relación abogado–cliente, la imposición de censura, el juzgamiento de sospechosos en forma secreta, la facultad presidencial de definir que una persona sea juzgada por tribunales militares, la privación del derecho del acusado a elegir un abogado, la posibilidad de que la presunción de inocencia sea desvirtuada por pruebas que tengan “un peso razonable”, el ocultamiento de pruebas de cargo de la defensa por razones de seguridad nacional, la improcedencia de impugnación de las sentencias condenatorias ante tribunales de alzada sino solo ante el secretario de Defensa (Castresana, 2002, p. 6).

4.2 La Escuela de Frankfurt y las críticas al derecho penal de emergencia, la violencia del derecho penal y represión punitiva

La referencia a un concepto de derecho penal del riesgo o de la sociedad del riesgo se ha convertido en el centro de especial interés de lo que llamamos “Escuela de Frankfurt”. De acuerdo con ese movimiento político criminal, las características de la sociedad moderna como sociedad del riesgo han provocado la desnaturalización del derecho penal para hacer con que él sea funcional en el modelo actual de sociedad (Hassemer, 1998).

En el principio de su obra que relata la sociedad del riesgo, Ulrich Beck nos da un ejemplo especialmente interesante, capaz de sintetizar muchas conclusiones de su teoría. Haciendo una diferenciación entre la sociedad industrial y la sociedad propiamente de riesgos, el autor apunta el accidente nuclear de Chernóbil, ya que la catástrofe allí ocurrida afectó millares de personas que no tenían nada que ver con la actividad de producción energética. El riesgo fue derivado del propio desarrollo humano. El autor diferencia así el proceso de modernización industrial de la posmodernidad (Beck, 1998, p. 11).

La sociedad es nombrada “del riesgo” pues se entiende que posee riesgos estructurales, difusos y colectivos, muchos de esos oriundos de la globalización. Esos riesgos no pueden ser imputados objetivamente ni individualmente, lo que acaba por obligar una modificación de criterios político-penales. Eso todo, según los autores de la Escuela de Frankfurt, constituye un nuevo derecho penal, que fue ampliamente modificado (Hassemer, 1998, p. 11).

Hay ahí el origen de la denuncia que se hace en cuanto a la instrumentalización electoral y simbólica del Derecho (Beck, 2007, pp. 15-16) penal y su carácter simbólico (Hassemer, 1999, p. 148) —que estudiaremos más detalladamente—. La Escuela de Frankfurt direcciona sus críticas contra el llamado “derecho penal moderno”, argumentando que crea una situación insustentable, especialmente en sus tendencias intervencionistas y/o expansionistas. Ese perfil del “derecho penal moderno” sería la antítesis del derecho penal liberal, surgido en el período de la Ilustración (Hassemer, 1999).

En definitiva, esa escuela denuncia la instrumentalización social del derecho penal, plasmada en la creciente creación de bienes jurídicos abstractos,

sin referente individual, y en la abstracción de la protección de bienes jurídicos clásicos mediante delitos de peligro. Además, denuncia la instrumentalización política a través de la configuración de un derecho penal simbólico que no cumple los fines legítimos del Sistema Penal.

La Escuela de Frankfurt critica lo que llaman de “pérdida del carácter fragmentario del derecho penal”, afirmando que ese, de la manera como es manejado hoy, pierde su característica de ultima ratio, convirtiéndose en sola ratio (Hassemer, 1998, p. 37). Hassemer resalta todavía el hecho de que ese moderno derecho penal se presenta en la forma de delitos de peligro abstracto, que exigen solamente prueba de conducta peligrosa, renunciando a todos los presupuestos clásicos de punición, y reduciendo las posibilidades de defensa (Hassemer, 1998, p. 38).

Está claro que el discurso sociológico del riesgo tiene implicaciones para el Derecho (Salvador, 2006, p. 85), pero hay que analizar con cuidado los modelos que esclarecen la cuestión. No hay duda que hay un crecimiento de los peligros de gran dimensión, algunos nuevos, otros ya conocidos, lo que es una consecuencia propia del progreso técnico-social. A ese modelo, se suma un segundo, donde la sociedad del riesgo se presenta sobre todo como una sociedad subjetivamente insegura, debido a la percepción que la sociedad tiene de los peligros (Salvador, 2006, p. 92).

Esa concepción de la sociedad del riesgo, según los autores de la Escuela de Frankfurt, lleva al “discurso social del riesgo”, lo que resulta en la postura jurídico penal y político-criminal de expansión e instrumentalización del Sistema Penal. Concluyen, así, que el derecho penal no representa el instrumento más adecuado

para reacción a esos nuevos riesgos, habiendo el riesgo, según Prittwitz, de él mismo —el derecho penal— convertirse en un importante riesgo para la sociedad, ya que recibe la función de instrumento de prevención, y puede responder al a sociedad insegura con una función exageradamente simbólica (Colina, 2008, p. 87).

Las propuestas de la Escuela de Frankfurt, así, pueden ser sintetizadas en el ofrecimiento de una resistencia a las alteraciones legislativas y dogmáticas propuestas por la tendencia expansionista (Colina, 2008). Su objetivo es reconducir la intervención punitiva del Estado en dirección a un minimalismo penal. Parten los autores de la premisa que el derecho penal debe ser limitado al máximo, incidiendo solamente sobre aquellas conductas que vulneran, de manera agresiva, los bienes indispensables a la vida en común —como la vida, salud, etc.— (Hassemer, 2003, p. 18-19).

La discusión respecto la capacidad de conducción de los problemas por el derecho penal clásico y sus construcciones modernas, considerando especialmente la efectividad y legitimidad, además de su función preventiva para la seguridad, son extremadamente interesantes para que una reflexión presente y futura.

Así, de un lado se pone la defensa de la teoría del bien jurídico estrictamente individual, por la cual el derecho penal debe dedicarse exclusivamente a la protección subsidiaria y represiva de los bienes jurídicos esenciales al desarrollo del individuo, a través de los instrumentos tradicionales de imputación de responsabilidad y segundo los principios y reglas clásicas de garantía.

Por otro lado, la propuesta de flexibilización de los instrumentos dogmáticos y de reglas de atribuciones de responsabilidades, dando al derecho penal condiciones para actuar en la protección de los bienes jurídicos supraindividuales y en el control de nuevos fenómenos de riesgo, ya que es condición para la estabilidad de la sociedad del riesgo.

No se puede negar que hay, en algunas ideas expansionistas, ciertas perversidades, como la idea de que el derecho penal debe convertirse en el principal instrumento de las demandas sociales, muchas veces superficiales. Así la importancia de la crítica de la Escuela de Frankfurt, pues acaba trayendo a la discusión esa expansión que —repisamos— no debe jamás ser irracional, ni debe ser la única manera de enfrentar los problemas sociales.

El derecho penal debe ser funcional, para ser compatible con su vocación de instrumento social punitivo, protegiendo las expectativas esenciales cuya ausencia de protección penal crearía reacciones prejudiciales a la estructura social, en la medida que existan riesgos cuando no sean protegidos.

4.3 El garantismo penal y la negación del derecho penal de emergencia, la violencia del derecho penal y represión punitiva

El libro publicado por Luigi Ferrajoli, en 1989, *Derecho y razón*, fue un verdadero terremoto en la filosofía jurídica europea. Se ha producido un movimiento intelectual de enorme monta en torno de la figura y obra, especialmente en el derecho penal, pero también entre teóricos y filósofos del Derecho y constitucionalistas. Los esfuerzos del autor engloban un conjunto de reflexiones respecto el carácter rígido del constitucionalismo contemporáneo, y

denuncia de antinomias que son generadas dentro del sistema jurídico (Carbonell y Salazar, 2005, p. 11).

Para comprender un poco el Garantismo, es necesario determinar lo que significa “garantía”. Garantizar significa afianzar, asegurar algo. Y, cuando hablamos de esa doctrina, ese “algo” que se tutela son derechos o bienes individuales, estableciendo instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a la agresión (por parte de individuos o del Estado (Ferrajoli, 1995, p. 21). En síntesis, establecimiento de límites y vínculos al poder para minimizar las amenazas (Gascón, 2005, p. 21).

En consecuencia, se trata de una teoría donde se busca neutralizar un potencial abuso del poder, buscando un sistema de garantías en el Derecho, oponiéndose al autoritarismo en Política y ejercicio del poder y, por tanto, teniendo fuerte aplicación a la Política criminal del Estado, especialmente utilizando el principio de la estricta legalidad (Gascón, 2005, p. 22).

El garantismo, así, tiene como una de sus consecuencias una concepción de modelo normativo, estableciendo el Derecho como un sistema de garantías, que limita a la protección de los bienes e intereses que deben ser perseguidos, es decir, el Estado al positivizar los derechos vitales del individuo determina su respeto y realización efectiva (Gascón, 2005, p. 24). Es interesante, todavía, notar el concepto de Política propio del garantismo, donde se exige distinguir las condiciones de vigencia y las condiciones de validez, extremadamente importante para que se efectivice la Política criminal garantista (Gascón, 2005, p. 26).

Los principios que orientan los ordenamientos jurídicos penales modernos son fruto, en gran parte, de la Ilustración (Ferrajoli, 1995, p. 33). Para algunos, el

derecho penal tiene una tendencia para la ruptura con algunas posturas garantistas del modelo liberal, lo que es criticado del punto de vista de la Escuela de Frankfurt y del Garantismo. En política criminal, los principios liberales se concretaron como un rol de garantías penales que deben estar tan incrustadas en el Sistema legal, y que no se pueden quebrantar (Gracia, 2002, p. 382).

Para el funcionamiento perfecto del sistema democrático, el Derecho debe poseer mecanismos para limitar el propio Derecho, eso fue introducido con el concepto de contrato social, lo que empezó en la Ilustración y fue desarrollado en los siglos siguientes, sobre todo a través de la profundización de los movimientos constitucionalistas (Rivera, 2005, p. 195). Como ya se ha mencionado con anterioridad el pensamiento liberal cambió completamente la visión del Estado, eliminando las arbitrariedades del Antiguo Régimen.

El constitucionalismo más reciente, especialmente posterior a la II Guerra Mundial, dio origen a la articulación para formación de la Organización de las Naciones Unidas y un desarrollo de los Derechos Humanos, que introdujo un modelo más rígido en relación a los Derechos constitucionales, reconociendo mecanismos legislativos para creación y control de condicionalidades de las leyes, lo que refleja en la política criminal del Estado (Rivera, 2005, p. 195).

El autor italiano formula, para el desarrollo de su teoría, las clásicas preguntas que tienen por objetivo legitimar el derecho penal: “¿cuándo y cómo prohibir, juzgar y castigar?”. Son interrogantes que él busca resolver a través de los principios garantistas incrustados en la Constitución, que se convierten en normas jurídicas vinculantes para el legislador penal. Está ahí la demostración clara de una Política criminal garantista, pues esos principios deberán ser

utilizados en el momento legislativo y de aplicación de la ley (Rivera, 2005, p. 196).

Busca así, establecer límites para la elaboración de las Políticas penales. El Garantismo interpreta las teorías de justicia para echar la mirada en el individuo destinatario de las leyes. Así, acaba por expresar un paradigma donde no solo defiende la idea constitucionalista, sino también busca un modelo de Estado compatible con una Política criminal donde haya priorización de los Derechos humanos, haciendo con que el derecho penal no defiende solo las libertades individuales, sino que posibilite la creación de garantías y derechos sociales (Rivera, 2005, p. 197).

Específicamente en relación a la Política criminal, Ferrajoli (1995) propone una serie de principios y axiomas (Ferrajoli, 1995, p. 93), basados en el derecho penal liberal. Respetar a los principios y axiomas determina el modelo de responsabilidad penal garantista. Con ello, Ferrajoli (1995) busca demostrar la necesidad de un derecho penal mínimo como mecanismo de defensa de los propios individuos implicados en el Sistema penal (Ferrajoli, 1995, pp. 93-94).

En definitiva, las principales ideas del Garantismo son: (a) la separación entre el derecho y la moral, especialmente en el ámbito político-criminal; (b) la fundamentación empírica para el castigo penal; (c) defender un derecho penal mínimo, como ultima ratio; y (d) garantizar un sistema punitivo racional que elimine arbitrariedad.

4.4 Validación de la hipótesis

La hipótesis planteada en la investigación fue: “Existe entre el derecho penal de emergencia y la violencia del derecho penal y represión punitiva de parte del Estado peruano, una relación directa con la adopción de medidas penales excepcionales y con el populismo penal, las mismas que permanente desbordan el modelo garantista y afectan los principios del derecho penal, los derechos y garantías” el cual ha quedado confirmado de acuerdo a los siguientes fundamentos:

1. Una de las características actuales del derecho penal —y por tanto de la política criminal de la que es tributario— consiste en su tendencia expansionista y populista. En efecto, el fenómeno más destacado en la evolución de las legislaciones penales es la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, ello acompañado de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores, generando la progresiva deconstrucción del paradigma liberal del derecho penal.
2. El fenómeno del derecho penal excepcional o de emergencia en el plano teórico, se traduce en un debate sobre la legitimidad del actual derecho penal marcado por una aparente dialéctica entre reduccionismo versus expansión en el cual las corrientes expansionistas se ven imbuidas por dos paradigmas a nivel de política criminal; el derecho penal Simbólico y un renovado punitivismo, donde el derecho penal debe ser funcional, para ser compatible con su vocación de instrumento social punitivo, protegiendo las expectativas esenciales cuya ausencia de protección penal crearía reacciones prejudiciales a

la estructura social, en la medida que existan riesgos cuando no sean protegidos.

3. En el derecho penal simbólico la fuerza comunicativa de la norma se basa en la construcción de una categórica frontera que separa a los autores de las conductas criminalizadas y el resto de la sociedad. Para ello, es necesaria además la confluencia del punitivismo —sobre todo cuando se trata conductas respecto de las cuales la intervención legislativa consistió en el endurecimiento de las penas— de tal forma que ambas tendencias confluyen en una relación de dependencia mutua y de cuya combinación práctica surge el denominado derecho penal del enemigo.
4. De acuerdo con ese movimiento político criminal denominado “Escuela de Frankfurt”, las características de la sociedad moderna como sociedad del riesgo han provocado la desnaturalización del derecho penal para hacer con que él sea funcional en el modelo actual de sociedad, caracterizado por la instrumentalización electoral y simbólica del derecho penal y su carácter simbólico, tendencias intervencionistas y/o expansionistas.
5. La Escuela Frankfurt denuncia la instrumentalización social del derecho penal, plasmada en la creciente creación de bienes jurídicos abstractos, sin referente individual, y en la abstracción de la protección de bienes jurídicos clásicos mediante delitos de peligro. Además, denuncia la instrumentalización política a través de la configuración de un derecho penal simbólico que no cumple los fines legítimos del Sistema Penal. Además, la “pérdida del carácter fragmentario del derecho penal”, afirmando que ese, de la manera como es

manejado hoy, pierde su característica de ultima ratio, convirtiéndose en sola ratio.

6. El garantismo penal se convierte en una teoría que cuestiona y niega el derecho penal de emergencia, la violencia del derecho penal y represión punitiva, debido a que se trata de una teoría donde se busca neutralizar un potencial abuso del poder, buscando un sistema de garantías en el Derecho, oponiéndose al autoritarismo en Política y ejercicio del poder y, por tanto, teniendo fuerte aplicación a la Política criminal del Estado, especialmente utilizando el principio de la estricta legalidad.
7. El garantismo, así, tiene como una de sus consecuencias una concepción de modelo normativo, estableciendo el Derecho como un sistema de garantías, que limita a la protección de los bienes e intereses que deben ser perseguidos, es decir, el Estado al positivizar los derechos vitales del individuo determina su respecto y realización efectiva. Es interesante, todavía, notar el concepto de Política propio del garantismo, donde se exige distinguir las condiciones de vigencia y las condiciones de validez, extremadamente importante para que se efectivice la Política criminal garantista. En definitiva, las principales ideas del Garantismo son: (a) la separación entre el derecho y la moral, especialmente en el ámbito político-criminal; (b) la fundamentación empírica para el castigo penal; (c) defender un derecho penal mínimo, como ultima ratio; y (d) garantizar un sistema punitivo racional que elimine arbitrariedad.
8. Si el derecho penal es de carácter subsidiario, si constituye el último recurso del que dispone el Estado ante el fracaso o insuficiencia de otros mecanismos de control, damos por supuesto que el derecho penal tiene la eficacia de la que

adolecen aquellos. Por tanto, el derecho penal debe mostrarse eficaz, en términos preventivos, para la protección del bien jurídico. Y si una pena no es útil a los fines preventivos, las restricciones a la libertad personal y otros derechos fundamentales, que cualquier pena comporta, pierden toda justificación y racionalidad.

9. Prevenir el delito, es algo más que dificultar su comisión o que disuadir al infractor potencial con la amenaza del castigo: la prevención no puede desligarse de la génesis del fenómeno criminal, con lo cual, reclama una intervención dinámica y positiva que neutralice sus raíces. De esto, la promulgación de nuevas leyes penales, el incremento de las penas, del número de policías y de las cárceles no disminuirá la criminalidad, pues la pena no convence o disuade, “refleja más la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones, que la convicción y la energía necesarias para abordar los problemas sociales”.

CONCLUSIONES

1. El recrudescimiento del sistema punitivo ha sobrepasado el equilibrio entre seguridad general y garantías personales, que debe prevalecer en todo Estado de derecho, por lo que endurecer la persecución penal calza bien con un derecho penal altamente selectivo y francamente reaccionario, poco democrático.
2. El derecho penal de emergencia o excepción no es patrimonio exclusivo de regímenes autoritarios, pues no es raro que la flexibilización de las garantías y derechos fundamentales ocurra aun en las democracias más avanzadas, donde se legisla en función del calor del momento y ni siquiera se tienen en cuenta las garantías constitucionales y los derechos humanos.
3. En el contexto de la sociedad del riesgo han permitido la influencia de distintos sectores que, aprovechando el colapso del Estado del bienestar, han generado la discusión, para la formulación e infiltración del contexto y modelo de la seguridad ciudadana en la legislación penal de distintas posturas como el Ley y Orden, el Tolerancia Cero, influenciado en el legislador para crear nuevos tipos penales, configurándose el denominado derecho penal de emergencia.
4. El derecho penal de emergencia como justificación de la violencia del derecho penal y represión punitiva de parte del Estado tiene su fundamento en el derecho penal del enemigo propuesto por Günther Jakobs, que implica el debilitamiento de los principios del derecho penal clásico o liberal, como son fragmentarización, *ultima ratio*, legalidad, proporcionalidad y la instrumentalización mediante el uso del endurecimiento del derecho penal.

5. El derecho penal de emergencia constituye una concreción de una definida opción político-criminal en favor de una mayor actuación del instrumento punitivo; una opción en la que existen buenos y malos, amigos y enemigos del orden social. En esta suerte de lucha contra la delincuencia no importa la preservación de las garantías individuales, porque no estamos hablando de “gente como uno”, sino de delincuentes.
6. La Escuela Frankfurt y el garantismo penal denuncia la instrumentalización del derecho penal, plasmada en el endurecimiento del derecho penal, en el populismo penal, derecho penal excepcional o de emergencia, derecho penal simbólico, buscando neutralizar un potencial abuso del poder, buscando un sistema de garantías en el derecho penal, utilizando el principio de la estricta legalidad y proporcionalidad.

RECOMENDACIONES

1. Reforzar la potestad punitiva del Estado en sociedades donde la consolidación de la democracia es una tarea pendiente, en sociedades donde imperan el autoritarismo, la discriminación y la corrupción, es ciertamente peligroso; lo razonable sería que, en sociedades como esta, los ciudadanos queden protegidos contra los excesos y abusos del poder estatal, por lo que se hace necesario fortalecer el sistema de garantías a nivel legislativo y jurisdiccional, recayendo dicha tarea en los legisladores y jueces, respectivamente.
2. La difusión y aseguramiento del reconocimiento de los principios y derechos fundamentales tienen una notable importancia, pues más allá de sentar las bases mismas del derecho penal, blindan y arropan las libertades que sirven de fundamento a un Estado Social y Democrático de Derecho; ello no puede claudicar, ni bajo el pretexto de alcanzar mayores cotas de seguridad; por ello, las universidades tienen la obligación de formar a los futuros profesionales del derecho en la defensa irrestricta de las garantías y derechos fundamentales, recayendo dicha tarea en los docentes universitarios.
3. El ejercicio del poder, en el ámbito penal, es uno de los instrumentos más violentos de control social, por lo que debe haber un rígido control científico para sus concreciones. Nos parece más que claro que la política criminal es una de las parcelas del ejercicio del poder estatal, debiendo ser fundamentada, racional y proporcionadamente, el ejercicio de las concreciones legislativas.
4. Frente a la postura que ha tomado el legislador a favor de una mayor represión o endurecimiento del sistema penal como respuesta al fenómeno criminal, debería pasar por un control de constitucionalidad a fin de rodearla de las

garantías necesarias, de manera que no se produzcan intervenciones arbitrarias en los derechos fundamentales de las personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguado, T. (2010). El principio de proporcionalidad en el derecho penal peruano. *Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*, 8. Lima, Perú, Perú: Palestra.
- Albrecht, P. (2001). *El derecho penal en la intervención de la política populista*. Granada, España: Editorial Comares.
- Ambos, K. (1989). *Terrorismo y Ley*. Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.
- Aranzamendi, L. (2011). *Fundamentos epistemológicos de la investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima, Perú: Grijley.
- Arroyo, L., Neumann, U. y Nieto, A. (2003). *Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Castilla, España: Universidad de Castilla La Mancha.
- Baratta, A. (1995). Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. En J. Bustos (Dir.), *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: ConoSur.
- Baratta, A. (1998). Política criminal. entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos. *Memorias Foro de política criminal*. Universidad Javeriana, Bogotá.
- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- Baratta, A. (2004). *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones B.
- Bastos, M. (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, España, España: Paidós.
- Beck, U. (2007). *Vivir en la sociedad del riesgo mundial*. Barcelona, España, España: CIDOB Ediciones.
- Beck, U., Giddens, A., y Lash, S. (2001). *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*. Madrid, España, España: Alianza.
- Bernal, J. (2011). *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Barcelona, España, España: Atelier.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona, España, España: Paidós.
- Briones, G. (1986). *Métodos y técnicas de investigación para las Ciencias Sociales*. México D.F.: Trillas.
- Bullard, A. (2003). *Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Perú: Palestra.
- Cancio, M. (2002). Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO/2000. *Revista Jueces para la Democracia*, 44.
- Cancio, M. (2003). ¿Derecho penal del enemigo? Em G. Jakobs y M. Cancio (Eds.), *Derecho penal de enemigo*. Madrid, España, España: Thompson Civitas.
- Cancio, M. (2006). De nuevo ¿“derecho penal” del enemigo? En M. Cancio y C. Gómez-Jara (Eds.), *Derecho penal de enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: FCE.

- Cancio, M. y Gómez-Jara, C. (2006). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Vol.1). Buenos Aires, Argentina, Argentina: Edisofer.
- Carbonell, M., y Salazar, P. (Eds.) (2005). *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, España.
- Castresana, C. (2002). Guerra al terror y derecho. *Revista Jueces para la Democracia*, 43.
- Cerezo, J. (1982). *Problemas fundamentales del derecho penal*. Madrid, España: Tecnos.
- Colina, E. (2014). *Sobre la legitimación del derecho penal del riesgo*. Barcelona, España: Bosch Editor.
- Del Carmen, M. (2008). *Teoría del Derecho y Derechos Fundamentales*. Lima, Perú: Palestra.
- Demetrio, E. (2006). Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo. En M. Bernuz y A. Pérez (Coords.), *La tensión entre libertad y seguridad*. Madrid, España: Universidad de la Rioja.
- Diez, José (2003). *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*. Madrid, España: Trotta.
- Diez, J. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires, Argentina: Editorial IB de F.
- Diez, J. (2002). Derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 103.
- Diez, J. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7(1).

- Diez, J. (2011). La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la Política criminal comparada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13(12).
- Faraldo, P. y Brandariz, J. (2004). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización.*: Tirant lo Blanch.
- Faraldo, P. (2004). Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. En P. Faraldo, (Dir.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo*. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). Derecho Penal y Estado de Derecho. *Gaceta Penal*, 20.
- Ferrajoli, L. (2008). El derecho penal del Enemigo y la disolución del Derecho Penal. En M. Carbonell (Ed.), *Democracia y Garantismo*. Madrid, España: Trotta.
- Flores, P. (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental*. Lima, Perú: Grijley.
- Fuentes, J. (2005). Los medios de comunicación y el Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC*, 7(16).
- García, P. (2006). *¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo?* Madrid, España: Marcial.
- García, P. (2007). *Derecho penal económico. Parte General* (2.^a Ed.). Lima, Perú: Grijely.

- García, P. (2008). *Lecciones de derecho penal. Parte General*. Lima, Perú: Grijley.
- García, D. (1987). *Estados de emergencia en la región andina*. Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.
- García-Pablos, A. (1994). *Criminología: Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- García-Pablos, A. (1999). *Tratado de criminología* (2.^a Ed.). Valencia, España: Civitas.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control, crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona, España: Gedisa.
- Gascón, M. (2005). La teoría general del garantismo: rasgos principales. En M. Carbonell, y P. Salazar (Eds.), *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid, España: Trotta.
- Gascon, Ma. y García, A. (2005). *La argumentación en el derecho*. Lima, Perú: Palestra.
- Gomes, L. (2003). Globalización y derecho penal. En J. Díez, C. Romeo, M. Gracia y J. Higuera (Eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Madrid, España: Tecnos.
- Gómez, V. (2007). Cultura del control, sociedad del riesgo y Política criminal. En S. Mir y M. Corcoy (Dir.), *Política criminal y reforma penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial IB de F.
- Gracia, L. (2002). ¿Qué es modernización del derecho penal? En J. Díez, C. Romeo, L. Gracia, y J. Higuera (Eds.), *La ciencia penal ante el nuevo siglo*. Madrid, España: Tecnos.

- Gracia, L. (2005). *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo*. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- Gracia, L. (2005). *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Hassemer, W. (1995). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En J. Bustos, (Dir.), *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: ConoSur.
- Hassemer, W. (1998). Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*, 1(1).
- Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Hassemer, W. (2003). *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva* (2.^a Ed.). Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Hassemer, W. (2016). *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2010). *Metodología de la investigación*. México D.F.: McGraw-Hill.
- Hirsch, H. (2004). Problemas actuales de la legislación penal propia en un Estado de Derecho. En J. Figueiredo, A. Serrano, S. Politoff, y E. Zafarroni (Dir.), *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Hurtado, J. (2005). *Derecho penal. Parte General* (3.^a Ed.). Lima, Perú: Grijley.

- (1997). Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En G. Jakobs (Ed.), *Estudios de derecho penal*. Madrid, España: Civitas.
- Jakobs, G. (2003). El derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En G. Jakobs (Ed.), *Derecho penal del enemigo*. Madrid, España: Civitas.
- Jakobs, G. (2004). *Dogmática del derecho penal y configuración normativa de la sociedad*. Madrid, España: Civitas.
- Jakobs, G. (2006). ¿Terroristas como personas en Derecho? En M. Cancio, C. Gómez-Jara (Coord.), *Derecho penal de Enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Vol. 2). Buenos Aires, Argentina: D de F.
- Jakobs, G. y Cancio, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid, España: Thomson-Civitas.
- Jiménez, L. (1992). *Corsi e ricorsi: La vuelta de Von Litz*. En F. Von Litz. (Ed.), *La idea de fin en el derecho penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kargl, W. (2000). *Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho, Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena*. Granada, España: Editorial Comares.
- Lopez, D. (1987). *Terrorismo, Política y Derecho la legislación antiterrorista en España, Reino Unido, Italia y Francia*. Madrid, España: Alianza.
- Lujan, M. (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Ministerio Público. (2011). *El crimen y la violencia en cifras*. Lima, Perú: Fiscalía de la Nación.

- Muñoz, F. (2002). *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Natalino, M. (2007). *O discurso do telejornalismo de referência: Criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo, Brasil: Editorial Ibccrim.
- Pérez, A. (2006). *La tensión entre libertad y seguridad*. Rioja, España: Universidad de la Rioja.
- Polaino, M. (2008). *Introducción al derecho penal*. Lima, Perú: Grijley.
- Polaino, M. (2011). *Reincidencia y habitualidad: Poniendo caras al enemigo*. Lima, Perú: Grijley.
- Polaino-Orts, M. (2006). *Derecho penal del enemigo: Desmitificación de un concepto*. Lima, Perú: Grijley.
- Portilla, G. (2001). Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo. *Revista Jueces para la Democracia*, 49.
- Portilla, G. (2007). *El Derecho Penal. Entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Portillas, G. (2004). Fundamentos Teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo. *Revista Jueces para la Democracia*, 49.
- Portugal, J. (2009). *Derecho Penal del Enemigo: ¿Postulado inconstitucional o garante de los derechos humanos?* Recuperado de www.derechoycambiosocial.com/revista019/derecho%20penal%20del%20enemigo.htm.
- Prado, V. (1988). Sobre Derecho Penal Premial en el Perú. *Vox Lucis*, 2.

- Prado, V. (1990). La política penal de emergencia: Función y efectos. *Revista Derecho y Sociedad*, 2.
- Prieto, L. (2004). *Constitución y derechos fundamentales*. México D.F.: Porrúa-UNAM.
- Prieto, L. (2007). *La Filosofía Penal de la Ilustración*. Lima, Perú: Palestra.
- Prittwitz, C. (2003). Sociedad de riesgo y Derecho Penal. En L. Arroyo, U. Neumann, y A. Nieto (Eds.), *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: En análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. La Mancha, España: Universidad de Castilla La Mancha.
- Quiroz, W. (2007). *Investigación Jurídica*. Lima, Perú: IMSERGRAF.
- Ramirez, R. (2010). *Proyecto de investigación. Cómo se hace una tesis*. Lima, Perú: UNMSM.
- Ramos, C. (2011). *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Lima, Perú: Grijley.
- Reyes, A. (1986). Legislación y Seguridad Nacional en América Latina. *Poder y Control*, 10.
- Rivera, I. (2005). Principios orientadores del constitucionalismo social. En I. Rivera (Coord.), *Política criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona, España: Anthropos.
- Robles, L. (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de investigación jurídica*. Lima, Perú: Ffecaat.
- Robles, L., et al. (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima, Perú: Ffecaat.

- Rocheffort, J. (2005). *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho Penal*. Barcelona, España: J.M. Bosch.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General* (Tomo I). Madrid, España: Civitas.
- Salvador, A. (2006). *Tipicidad penal y Sociedad de Riesgo*. São Paulo, Brasil: Quartier Latin.
- Silva, J. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona, España J.M. Bosch.
- Silva, J. M. (2000). *Política criminal y persona*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Silva, J. M. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. (2.^a Ed.). Madrid, España: Civitas.
- Silva, J. M. (2002). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona, España: Bosch.
- Solís, A. (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima, Perú: Grijley.
- Soto, S. (2005). La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC*, 7(9).
- Terradillos, J., et al. (2011). *Críticas al Funcionalismo Normativista y otros temas actuales del Derecho Penal*. Lima, Perú: Palestra.

- Varona, D. (2011). Medios de comunicación y punitivismo. *Revista para el análisis del Derecho*, 1.
- Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal. Parte General* (2.^a Ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Zelayaran, M. (2000). *Metodología de la investigación jurídica*. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.
- Zuñiga, L. (2001). *Política criminal*. Madrid, España: Colex.