

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**UNIDAD DE POSGRADO**

**“BASES PARA LA CONTENCIÓN DEL DERECHO  
PENAL DEL ENEMIGO:**

**DIALÉCTICA DE LA INTERPRETACIÓN Y DELITO DE  
AFILIACIÓN A ORGANIZACIÓN TERRORISTA”**

**PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO**

**con mención en Ciencias Penales**

**AUTOR**

**Daniel Alonso Almeyda Velásquez**

Lima – Perú

2015

**Bases para la contención del Derecho penal del enemigo: Dialéctica de la interpretación y delito de afiliación a organización terrorista**

**–Continuación del Programa de Derecho penal local–**

*A mi madre*

*A los 43 estudiantes de la Escuela Rural Normal de Ayotzinapa  
víctimas de la criminalidad del poder (México).*

## ÍNDICE

Agradecimientos.....	11
Consideración preliminar.....	12
Resumen.....	20
Introducción.....	21

### CAPÍTULO I MARCO METODOLÓGICO

1. Inquietud heurística y situación problemática.....	23
2. Formulación del problema de investigación.....	24
2.1. Problema principal.....	24
2.2. Problema secundario.....	24
3. Justificación.....	24
4. Objetivos.....	25
4.1. Generales.....	25
4.2. Específicos.....	25
5. Hipótesis.....	25
5.1. Hipótesis principal.....	25
5.2. Hipótesis secundaria.....	26
6. Característica de la investigación.....	26

### CAPÍTULO II POLÍTICA CRIMINAL, CRIMEN E IDEOLOGÍA DEL CENTRO AL MARGEN LATINOAMERICANO

1. Enfoque.....	28
2. Derecho y orden mundial.....	30
3. ¿Cómo entendemos el funcionamiento del mundo? .....	32
3.1. Horizonte externo.....	32
3.1.1. El discurso político mundial.....	35
a) La lucha contra las drogas y los convenios de las Naciones Unidas.....	37
b) El terrorismo.....	41
3.2. Horizonte interno.....	43
3.2.1. El Derecho penal del <i>Welfare State</i> .....	43

a) Declive de la rehabilitación.....	45
3.2.2. El cambio de paradigma del estado social al estado penal: La lucha por más seguridad.....	48
a) El <i>just desert</i> (justo merecimiento).....	49
b) La incapacitación y la <i>new penology</i> .....	50
c) El movimiento <i>Law and Economics</i> .....	52
d) Los programas de prevención del delito.....	53
e) El modelo reparativo.....	54
3.2.3. Crítica marxista de R. Quinney a las propuestas alternativas de castigo al programa rehabilitador.....	55
3.2.4. La cuestión de la seguridad y la globalización.....	57
3.3. Síntesis: la línea resultante de los horizontes externo e interno.....	59
4. Los <i>formantes jurídicos</i> y la penetración de la dominación hegemónica mundial en la legislación de la periferia.....	62
4.1. La hegemonía jurídica norteamericana.....	62
4.2. La estructura económica y el producto intelectual global.....	64
4.3. Aproximación a la difusión del derecho.....	68
4.3.1. Los trasplantes y formantes jurídicos.....	68
4.3.2. Las razones de los préstamos.....	70
4.4. La recepción en el Perú.....	74
4.1.1. Crítica a Hurtado Pozo.....	77
4.5. El margen latino.....	80
4.6. El margen peruano.....	80
4.7. El factor cultural del castigo.....	81
5. La teoría del Derecho penal del enemigo como <i>formante jurídico</i> y su falso carácter científico-neutral.....	83

### CAPÍTULO III

#### EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

1. Consideración preliminar.....	90
2. Primera constatación: Estado Constitucional y Derecho penal del enemigo.....	92
2.1. Marco epistemológico-constitucional.....	92
2.2. ¿Incompatibilidad?.....	95
3. Segunda constatación: no pura normatividad.....	97
3.1. Persona en la perspectiva de Jakobs.....	97
3.2. Profundización: ¿persona sólo un centro de imputación de deberes y derechos?.....	98

3.3. Enemigo.....	100
3.4. Definiciones.....	101
4. Necesidad de apoyo o seguridad cognitiva: Corroboración de lo normativo por lo fáctico.....	102
4.1. La nota a pie página de Kant.....	103
4.2. Sustratos de filosofía hegeliana.....	105
5. Dos derechos.....	109
5.1. El Derecho penal del ciudadano.....	109
5.2. El Derecho penal del enemigo.....	111
5.3. Una lectura de la realidad.....	112
6. ¿Despersonalización total o parcial? .....	112
6.1. Diferenciación.....	113
6.1.1. Enemigos como personas.....	113
6.1.2. Personas como enemigos.....	113
6.1.3. Resultado.....	113
7. ¿Es derecho el Derecho penal del enemigo? I.....	114
8. Particularidades.....	115
8.1. No-persona y no-persona.....	115
8.2. Tácticas y estrategias: soluciones al problema. ....	116
8.2.1. La perspectiva de Zaffaroni.....	116
8.2.2. La perspectiva de Cancio Meliá.....	117
8.2.3. La perspectiva de Gómez-Jara.....	119

## **CAPÍTULO IV**

### **CRÍTICA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

1. Cuestiones a resolver para la fundamentación de la crítica.....	122
2. Crítica a la necesidad de apoyo o seguridad cognitiva.....	123
3. Una configuración incluyente de persona.....	130
3.1. Razones que identifican a todo hombre como persona: Todos los hombres son persona.....	134
3.2. Manifestación del ser persona en el derecho: ¿Quién es persona? y ¿qué es persona?.....	137
3.3. Evaluación del concepto de persona de la Teoría del Derecho penal del enemigo.....	140
3.4. El enemigo y de nuevo Kant.....	140

4. La escenificación del riesgo: ¿Son los actos terroristas y las organizaciones terroristas los que erosionan la seguridad de las instituciones básicas de la sociedad?.....	144
5. Sobre la legitimación del Derecho penal del enemigo.....	154
6. Realidad y necesidad del Derecho penal del enemigo.....	158
7. La vigilancia masiva y la despersonalización mundial.....	163
8. Terrorismo-Derecho Penal-Estado de Derecho y la economía del pensamiento.....	164
9. ¿Qué hacer? .....	165
10. ¿Es derecho el Derecho penal del enemigo? II.....	166
11. Principio de Legalidad y futuros problemas de impunidad: ¿Derecho penal del enemigo como <i>injusto estatal extremo</i> ?.....	168

## CAPÍTULO V

### **DIALÉCTICA DE LA INTERPRETACIÓN, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y DELITO DE AFILIACIÓN A ORGANIZACIÓN TERRORISTA ¿ÚNICA POSIBLE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO POSITIVO?**

1. Ideología.....	174
2. Tres enfoques de interpretación.....	177
2.1. En particular los textos jurídicos.....	179
2.2. En particular los tipos penales.....	181
3. Contexto y objetivos.....	181
4. La expansión del Derecho penal y el Derecho penal del enemigo.....	183
4.1. Ubicación.....	183
4.2. Efectividad y encubrimiento.....	185
4.3. Sinceridad.....	186
5. Interpretación del delito de afiliación a organización terrorista en la lógica del Derecho penal del enemigo.....	187
5.1. Análisis a <i>prima facie</i> del derecho positivo.....	187
5.2. Sistemas de injusto e injusto sistémico.....	188
5.3. La incriminación anticipada como injusto sistémico.....	189
5.4. Una posible interpretación.....	191
6. Bases para la contención del Derecho penal del enemigo en los delitos de terrorismo.....	192
6.1. Necesidad de contener el poder punitivo.....	192
6.2. El acto terrorista y su finalidad.....	193
6.2.1 Relevancia política y fin político.....	200
6.3. Una trampa en el discurso del Derecho penal del enemigo.....	201

6.4. La ilusión manipulada.....	202
6.5. El Decreto Ley N° 25475 y la doctrina de la Seguridad Nacional.....	206
6.5.1. La política antisubversiva de inicios de los 90.....	206
6.5.2. La doctrina de la Seguridad Nacional.....	209
6.6. Antecedentes legislativos del delito de afiliación terrorista.....	211
6.7. La constitucionalidad del Decreto Ley N° 25475.....	216
7. Teoría de la interpretación.....	218
7.1 Delimitación.....	218
7.2. La propuesta hermenéutica de Hans-Georg Gadamer.....	219
7.2.1 Utilidad.....	223
7.3. El sentido de la palabra “interpretación” y su aspecto limitado.....	223
7.4. Naturaleza de la norma jurídico-penal.....	226
7.5. Dialéctica del conocimiento y dialéctica de la interpretación.....	227
7.6. La interpretación dialéctica conforme al texto en su contexto general.....	233
7.6.1 Configuración del diálogo.....	238
7.7. La interpretación de la teoría del Derecho penal del enemigo como primera conjetura de sentido.....	238
7.8. Advertencia.....	241
8. Un coherente significado del injusto de la afiliación terrorista.....	242
8.1. Disposición jurídica, sentido interpretativo, supuesto de hecho y norma..	249
9. Precisiones sobre la interpretación.....	252
9.1. Indeterminación en el Derecho e <i>intentio operis</i> .....	252
9.2. Factores que condicionan la interpretación.....	254
9.3. La interpretación y el caso concreto.....	255
9.4. La dialéctica de la interpretación como interpretación constitucional por excelencia.....	256
10. Pertenencia a organización terrorista y pertenencia a grupo dirigenal terrorista.....	257
11. ¿Una sensata cantidad de castigo en los delitos de organización?.....	258

## CAPÍTULO VI

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusiones.....	259
2. Recomendaciones.....	261
3. Apéndice. Reflexión final: ¿se ha puesto el huevo de la serpiente?.....	263
4. Bibliografía.....	265



## ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico N° 1: Política pública mundial del G8. ....	36
Gráfico N° 2: Representación del estado actual de la política de seguridad estatal.....	55
Gráfico N° 3: Resultante de los horizontes externo e interno.....	61
Gráfico N° 4: Difusión del derecho hegemónico.....	73
Gráfico N° 5: Formantes jurídicos del discurso del Derecho penal del enemigo.....	88
Gráfico N° 6: Configuración de la erosión de las bases institucionales de la sociedad.....	148
Gráfico N° 7: Relación de dependencia de factores. ....	152
Gráfico N° 8: Delito terrorista.....	200
Gráfico N° 9: Imagen cabeza-C-P.....	202
Gráfico N° 10: Imagen cabeza-C-P anteriores.....	203
Gráfico N° 11: Imagen experimental I.....	204
Gráfico N° 12: Imagen experimental II.....	205
Gráfico N° 13: Dialéctica de la interpretación.....	230
Gráfico N° 14: Desarrollo de la dialéctica de la interpretación.....	236
Gráfico N° 15: Interpretación conforme a la <i>intentio lectoris</i> .....	239
Gráfico N° 16: Interpretación conforme a la <i>intentio operis</i> .....	248

*¿Qué es el hombre, para que tengas de él memoria,  
y el hijo del hombre, para que lo visites?*

*¿qué es el hombre para que de él pienses,  
o el hijo del hombre, para que lo estimes?*

Salmo 8:4 y 144:3

*El hombre es un miembro del reino animal, del filum de los cordados,  
del subfilum de los vertebrados, de la clase de los mamíferos,  
de la subclase de los euterios, del grupo de los placentarios,  
del orden de los primates, del suborden de los pitecoides,  
del infraorden de los catarrinos, de la familia de los hominoides,  
de la subfamilia de los homínidos, del género homo y de la especie  
insipiens[mejor aún es stúpidus]*

Marco Aurelio Denegri *¿Qué es el hombre?*

## *Agradecimientos*

Una tesis no se hace sola, ni tampoco uno la hace solo.

Esta es para mí la parte más importante de una investigación. Una vez terminada la tesis empiezo recordar a cada una de las personas que hicieron posible que la culminara.

Agradezco infinitamente a mi madre Delfina Juana Velásquez Blanco que siempre estuvo presta a apoyarme en todo cuanto necesitaba sobre todo demostrarme su cariño en diversas formas como lo fue dictándome las citas bibliográficas que iba incluyendo en este trabajo. A mi hermano Jorge Machado Velásquez por inculcarme en la lectura desde niño y a mi sobrino Fabrizzio por alegrarme los días.

Un párrafo aparte merece Paul Abanto Merino quien no solo me proporcionó múltiple información sobre la Teoría General del Derecho, Teoría Crítica del Derecho y Derecho Comparado y tener la amabilidad de revisar lo concerniente a la *Difusión del derecho*, sino también al intercambio de ideas y recomendaciones que me ofreció desinteresadamente desde muchos años aún en el pregrado.

Agradezco a quienes me proveyeron libros de diversos temas: a mis compañeros Daniel Pisfil Flores, Luis Daniel Fernández, Gustavo Zavala Julca, Karen Salas Aguilar y Antony Jesús Silva. Y a quienes tomaron parte en la redacción de las referencias bibliográficas Gabriela Ccanto Sánchez y Lesly Taboada Barrientos y nuevamente a Antony Jesús Silva, quien dio una lectura general al primer borrador de tesis.

A los profesores Dr. Manuel Cancio Meliá y Dr. José Urquizo Olaechea quienes me proveyeron unos textos y me brindaron sugerencias académicas; así como al Prof. Dr. Felipe Villavicencio Terreros por la gentil entrevista que me facilitó.

Al Prof. Dr. Pablo Sánchez Velarde y la Dra. Bersabeth Revilla Corrales quienes me depositaron su confianza para desenvolverme profesionalmente en la 2da Fiscalía Suprema en lo Penal durante estos años (desde el 2010 hasta la fecha).

Especial mención al Prof. Dr. Tomás Gálvez Villegas quien tuvo a cargo la dirección de la tesis. En su calidad de profesor asesor me brindó recomendaciones, precisiones y sugerencias que contribuyeron a enriquecer la investigación.

Durante estos años también hubo personas que me apoyaron indirectamente en la tesis y directamente en mi vida académica y profesional. Nuevamente a mi amiga Micaela Yupanqui Aduviri, Lesly Taboada Barrientos, Sandra Andrés Estela, Silvia Ferrer Luna y al Fiscal Alcides Chinchay. Y a mis compañeros de la maestría Kay Carbajal, Karina Escobedo, Carolina Romero, Guillermo Cornejo y Dante Pimentel y a los miembros del Taller de *Dogmática Penal*.

Difícilmente, hoy en día es encontrar a personas que promuevan tu crecimiento académico y personal.

Cercado de Lima, mayo de 2015

### *Consideración preliminar*

La presente investigación constituye parte de la elaboración de un Programa de Derecho penal latinoamericano. En ese sentido, sigue los planteamientos contenidos en mi tesis\* de habilitación para obtener el título profesional de abogado, sustentada el 13 de septiembre del 2011:

*“El proceso dialéctico del comprender y su potencial para la comprensión del tipo como unidad de sentido. Relevancia de los «conocimientos especiales» en la atribución de responsabilidad jurídico-penal”*

–Un programa de Derecho penal local–

La línea fundamental del pensamiento aquí expuesto es, pues, reforzar la idea de que la contención y limitación del poder punitivo *es* la finalidad del saber penal.

Uno de los objetivos de la tesis del pregrado fue introducir la pluralidad metódica en el discurso jurídico-penal –el método dialéctico– que, precisamente, posibilitaba comprender la realidad objetiva –entre ella la naturaleza del poder penal–, ahora, manteniendo tal método, intento –es solo un intento–, incluir el *enfoque multidisciplinario* para abordar las formas de configuración del castigo.

Entonces, nuevamente, debo decir que las ideas sencillas son las que ofrecen resultados satisfactorios. La idea que quiero mostrar reconoce algo previo.

La opinión –por así decirlo– verdadera del común de las personas deja ver que el mundo no está muy bien que digamos. Entre los muchos de sus problemas es que existe mucha violencia –y violencia es el poder penal–. Y éste está en aumento.

Así, caigo en cuenta que:

*Si queremos reducir la violencia sería bueno al menos, entonces, que dejemos de contribuir con ella.*

La primera actitud que en esta oportunidad presento y orienta esta investigación es que con la finalidad de reducir la violencia –y reitero la pena es una de sus manifestaciones–, no solo en el margen latinoamericano, sino a nivel mundial, es que abandonemos los esfuerzos dirigidos a recurrir a *más* violencia y fuerza –visible o no– como medio de solución de los conflictos, otra vez, dejar de contribuir con ella. No se trata tampoco de señalar que ella no sea necesaria, sino que debe usarse en lo mínimo posible y *no legitimarla*.

De aquí que en el plano práctico, como consecuencia, debemos *repensar* la política-criminal que implementamos.

Si es justamente la violencia y la fuerza como medio de control del crimen –neutralización– y de la anticipación de ese control –vigilancia y espionaje mundial– las que están socavando las bases del Estado medianamente viable

---

\* Almeyda Velásquez, Daniel, “*El proceso dialéctico del comprender y su potencial para la comprensión del tipo como unidad de sentido. Relevancia de los «conocimientos especiales» en la atribución de responsabilidad jurídico-penal*”, Univ. Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Perú, 2011. También disponible en <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/1597>. En esta investigación se recogieron ideas y problemas teóricos de orientación marxista como se muestra en el Capítulo I.

como es el de tipo constitucional, entonces, ¿no es ya momento acaso de abordar los problemas sociales de un modo diferente?

Lo creo, sí; y es la actitud que debemos tomar.

Pero no solo la lucha en el nivel de la búsqueda de una limitación del poder penal se logra disminuir la violencia, existen también muchos otros aspectos de la vida que se hallan involucrados en la forma de controlar el crimen y castigarlo, estas formas –unas u otras– también pueden aumentar la violencia.

En ese sentido, igualmente, distinguir –como prescripción individual o porque es así tal cual la sociedad lo hace– entre *personas* y *no personas* –ya sea de forma puntual, relativa y cuantificable– contribuye a generar un clima favorecer de la violencia cuando no la misma violencia y profundizar la exclusión. Y si partimos de la afirmación –chocante– de que es la *misma sociedad la que decide quién es persona y quién no*, entonces, debería reconocerse que ya no habría lugar para los derechos humanos. Estoy convencido de que tal decisión termina con la dignidad misma. Acaso a la pregunta ¿qué es el hombre?, como apunta R. Spaemann,<sup>α</sup> la debiéramos responder como respondemos a la pregunta ¿qué es un gorrión?, esto es, enumerando las características que identifican a un pájaro como gorrión y, del mismo modo, las que hacen a un hombre persona. La personalidad termina desde el instante que alguien decide juzgar quién es o no es persona, y con esto la dignidad que se funda en ella. La personalidad radica en el mismo ser hombre, sin que sea necesario añadir alguna propiedad más.

*Todos somos personas.* Esta afirmación no es un simple postulado bienintencionado e ilusorio. No es una afirmación que a nuestra razón gustosamente se le ocurre. Es necesario que sea reconocido no como un principio que sale de la especulación o del sentimiento, sino que se desprende de la propia terrenalidad y materialidad de la vida humana. “Todos somos personas” no es una condición presupuesta que se lance sin que sepa de dónde surge y guíe a la humanidad, por el contrario, se abstrae de las relaciones sociales concretas y tiene su confirmación en ellas mismas.

Reconocer que *todos somos personas* significa reconocer nuestro *ser comunitario* –no solo entre los miembros que están en un grupo humano, sino entre cada grupo humano respecto de otro grupo humano–. Nuestro ser comunitario se presenta así para la superación del individualismo –el hombre egoísta– de la sociedad civil actual o capitalista. Este reconocimiento de lo que somos en cuanto que somos no se resuelve con el reconocimiento de derechos y libertades, mejor dicho, con la *emancipación política*, debido a que tales derechos y libertades se dirigen a asegurar el interés individual, manteniendo al hombre egoísta de la sociedad civil. El reconocimiento de nuestro carácter comunitario –que se asienta en el hecho de que pertenecemos a una relación genealógica o parental, el género humano–, se proyecta a alcanzar la verdadera emancipación, la *emancipación humana*, donde podamos ser libres de toda fuerza que nos enajena.

---

<sup>α</sup> Spaemann, Robert, *Lo natural y lo racional* (Prefacio), trad. D. Innerarity y J. Olmo, Madrid: Rialp, 1989, p. 17.

“Toda emancipación es la *reducción* del mundo humano, de las relaciones, al *hombre mismo*.

La emancipación política es la reducción del hombre, de una parte, a miembro de la sociedad burguesa, al individuo *egoísta independiente*, y, de otra parte, *al ciudadano del Estado*, a la persona moral.

Sólo cuando el hombre individual real recobra en sí al ciudadano abstracto y se convierte, como hombre individual, en *ser genérico*, en su trabajo individual y en sus relaciones individuales; sólo cuando el hombre ha reconocido y organizado sus ‘forces propres’ como fuerzas *sociales* y cuando, por tanto, no desglosa ya de sí la fuerza social bajo la forma de fuerza *política*, sólo entonces se lleva a cabo la emancipación humana.”<sup>β</sup>

La *emancipación humana* va más allá del reconocimiento de derechos, esto es, de la *emancipación política* (paso importante para otro algo mejor). Ella busca la liberación de toda fuerza de opresión, ya sea económica, política, religiosa. Así, alcanzar una vida auténtica en el que el desarrollo individual se encuentra en la realización *del otro igual*.

Sin embargo, si ya ahora vemos que retrocedemos en nuestra *emancipación política* con el recorte de nuestros derechos por el Estado, entonces, nos colocamos cada vez más lejos de la *emancipación humana*. Cuando nuestros derechos y nuestras libertades empiezan a ser limitados, es cuando más debemos erguirnos para defenderlos.

E. Snowden en una entrevista para *The Guardian*, el 06 de junio del 2013 en Hong Kong luego de revelar el sistema de espionaje masivo de la *National Security Agency* señaló:

“I don't want to live in a society that does these sort of things ... I do not want to live in a world where everything I do and say is recorded. That is not something I am willing to support or live under.”

Yo tampoco quiero vivir en una sociedad donde se registre todo lo que se haga.

La edad del control se está realizando en su totalidad; y esto es lo *real*. No se equivocó M. Foucault al señalar que la sociedad contemporánea es una *sociedad disciplinaria*.<sup>γ</sup>

Mi punto de partida es que las intromisiones en la vida privada de las personas, el control de las comunicaciones, la vigilancia masiva y la reducción de nuestra libertad están mal. No es bueno. Estoy seguro que mucha gente estará de acuerdo con esto. Es más, he notado que la mayoría de intelectuales, profesores, personalidades y estudiantes, desaprueban tales prácticas.

Sé que hay personas que tomarán posturas contrarias y afirmarán la necesidad de una restricción intensa de la libertad. Pondrán en evidencia que esto estaría bien

---

<sup>β</sup> Marx, K., “Sobre la cuestión judía”, trad. Wenceslao Roces, en *La Sagrada Familia y otros escritos filosóficos de la primera época*, 2ª ed., México D. F.: Editorial Grialdo, 1959, p. 38.

<sup>γ</sup> Foucault, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, en *Estrategias de poder. Obras esenciales Volumen II*, trad. F. Álvarez y J. Varela, Barcelona-Buenos Aires: Paidós, 1999, pp. 169-281. (Conferencia IV).

y que es algo *necesario*. Y también sé que estas posturas son ampliamente sofisticadas y teóricamente profundas que sorprenden a cualquiera. Refutarlas, realmente, es difícil. Voy a intentarlo, aunque ya desde que inicié este trabajo sé que no lo voy a lograr, soy muy consciente de las limitaciones que tiene un estudiante latinoamericano en muchos aspectos.

Pero, eso es lo que pienso. Es por ello, que tomaré este presupuesto –el respeto a las libertades básicas y su realización en la vida– como algo aceptado, quien no esté de acuerdo y piense que todo lo que voy a escribir es un discurso político vacío de investigación verdaderamente científica puede dejar de leer.

Otro aspecto que forma parte de mi manera de pensar es la que tiene que ver con la relación entre *economía, derecho y política*. Y creo que existe una relación entre estos tres aspectos de la vida con preponderancia de la primera.

No voy a dejar de señalar que el derecho se encuentra vinculado hasta el punto de su determinación en amplios de sus sectores por la política. Básicamente, el derecho es un instrumento; si aún no se afirmase que el derecho es política. Pero, resulta ligero también señalar hoy en día que el derecho única y estrictamente sea una conspiración para oprimir (sin duda con el derecho se logra esa opresión real en el mundo). No obstante, el derecho también puede aportar para construir algo mejor –los derechos humanos y su implementación en la legislación positiva es muestra de ello–. Lo que trato de decir es que no debemos limitarnos a describir el derecho como forma de dominación, pero tampoco a ocultar tal significado.

La manifestación de la ideología política se presenta desde las aulas universitarias. Duncan Kennedy –representante de los *Critical Legal Studies*<sup>•</sup>– ponía en evidencia que la educación de las Facultades de Derecho estadounidenses prepara al estudiante para que esté organizado de acuerdo a patrones de jerarquía y dominación<sup>δ</sup> (contenido ideológico de los planes de estudios, entre ellas la distinción entre derecho y política). El profesor de la universidad de Harvard presenta como ejemplo el plan de estudios del Derecho privado cuyo componente doctrinal resultaba ser políticamente de centroderecha.<sup>ε</sup>

De otro lado, también el tipo de economía de una sociedad decide en la configuración de las instituciones jurídicas. Y es evidente que existe un solo orden económico mundial –el capitalismo– con su correspondiente orden legal en el cual toman parte las instituciones de gobernanza mundial como el Fondo

---

<sup>•</sup> *Critical Legal Studies* fue un movimiento de orientación de izquierda no excluyente en su mayoría formado por profesores de Derecho. Se originó en los setentas con una perspectiva crítica de los contenidos y propósitos del derecho. El movimiento puso énfasis en el cuestionamiento a la decisión de los jueces, la educación jurídica, el razonamiento jurídico y las relaciones de poder en el derecho como discurso legitimador del sistema político. El proyecto inicial continua, pero la teoría ha cambiando y ahora es más amplia y el movimiento ya no existe. La red de personas que se ocupan de los temas es informal.

<sup>δ</sup> Kennedy, Duncan, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, trad. María Luisa Piqué y Christian Curtis, en *Desde otra mirada: textos de teoría, crítica del derecho*, Christian Curtis, (Comp.), 2ª ed., Buenos Aires: Eudeba, 2009, pp. 549 y ss.

<sup>ε</sup> Kennedy, Duncan, *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, trad. Teresa Arijón, 1ª ed., Buenos Aires: Siglo xxi editores, 2012, p. 16.

Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio y el Banco Mundial cuyo objetivo es promover la subordinación de la soberanía de las naciones a la empresa privada y el libre mercado.

Ahora bien, quizás este factor de incidencia o determinación no sea malo, es decir, no es que no esté bien que el desarrollo económico determine al derecho y la política, esto va ocurrir probablemente de modo muy frecuente, *de lo que se trata*, en primer lugar, *es de reconocer tal hecho* –si que queremos ser algo objetivos– y, en segundo lugar, ver si esa economía es buena. Y *es en este segundo punto donde cambian las cosas*. De hecho, esta economía es causante de muchos de los problemas sociales: la desigualdad de recursos y poder, la degradación del medio ambiente, la pérdida de valores, la inestabilidad laboral, las crisis económicas, la falta de acceso a la salud y las amenazas terroristas. De aquí que no podemos ser ingenuos y limitarnos, cuando menos, a elaborar propuestas teóricas sin tomar en cuenta estos datos objetivos. Tampoco asumo una determinación unilateral de lo económico sobre lo que se construye a partir de él. La base económica es fundamental, pero a ella también le inciden factores como los políticos, jurídicos, culturales, etc. que descansan en aquella base<sup>5</sup>.

Por mi parte, es también necesario que pensemos en formas alternativas al capitalismo sin que por ello se crea en una sola opción para proponer soluciones a los problemas actuales.

“Como demuestra la reciente consolidación de numerosos movimientos y organizaciones de todo el mundo que pugnan por una globalización contrahegemónica, los diversos siglos de predominio del capitalismo no lograron disminuir la indignación y la resistencia efectiva a los valores y prácticas que constituyen su núcleo central como sistema económico y forma de civilización. De hecho, la historia del capitalismo (...) es también la de las luchas de resistencia y de la crítica a esos valores y prácticas.

(...) La reinención de formas económicas alternativas es urgente porque, [la economía socialista centralizada] no se muestra viable ni, deseable.

(...). Entonces, lo que se pretende es centrar simultáneamente la atención en la factibilidad y en el potencial emancipatorio de las múltiples alternativas que se han formulado y practicado un poco por todo el mundo y que representan formas de organización económica basadas en la igualdad, la solidaridad y la protección del ambiente.”<sup>1</sup>

No podemos ser solamente operadores de los problemas del mundo, sino también transformarlos.

---

<sup>5</sup> Engels, F. *Carta a Joseph Bloch* (Londres, 21-22 de septiembre de 1890), *Carta a Konrad Schmidt* (Londres, 27 de octubre de 1890), *Carta a Francisco Mehring* (Londres, 14 de julio de 1893) y *Carta a W. Borgius* (Londres, 25 de enero de 1894), en Marx y Engels. *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], pp. 717-732.

<sup>1</sup> Buenaventura de Sousa, Santos y Rodríguez, César, “Introducción. Para ampliar el canon de producción”, en *Producir para vivir. Los caminos de la producción capitalista*, Buenaventura de Sousa S. (Coord.), 1ª ed., española, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 15 y s.



Lo cierto es que los postulados teóricos y doctrinales que se encuentran alrededor de las políticas sociales originadas en el centro planetario no son ideológicamente inocentes; así también la política-criminal en el mundo contemporáneo no lo es. Difícilmente se puede predicar de objetividad y neutralidad de las políticas criminales que se presentan como neutrales y naturales. Si creemos que estos presupuestos son reales (la presencia de la política en el Derecho y de la economía en la configuración de la sociedad) resulta, entonces, que debemos pensar en buscar formas diferentes de afrontar los problemas del mundo.

El terrorismo debe ser abordado desde una visión amplia y multidisciplinaria para alcanzar respuestas satisfactorias a su presencia y esto con respeto a los derechos civiles. A su vez, en tanto nos encontramos en un mundo globalizado debemos considerar las formas de respuesta al terrorismo en las diferentes latitudes del mundo. La razón del por qué hacer referencia al terrorismo internacional que ocurre en otros países como Estados Unidos, Europa u Oriente Medio, que es diferente en alguna medida al terrorismo nacional, se debe a que en un mundo globalizado todo se encuentra relacionado, no solo la economía, sino también los problemas.

Zygmunt Baumann en una entrevista concedida a Fernando Schüler y Mário Mazzilli en el Reino Unido en julio del 2011 (canal de *Fronteiras do Pensamento* en el portal web YouTube) dejó ver que dos cosas eran irreversibles en el mundo contemporáneo. Una, que nos encontramos en un mundo interdependiente y, otra, que la ilusión de tener el control sobre la naturaleza terminó debido a los éxitos propios de la modernidad. Lo primero lo ejemplificaba señalando que, lo ocurre en Malasia, se sepa o no, se sienta o no, tiene gran repercusión en la perspectiva de vida de un joven en Brasil.

Precisamente, esa compleja interconexión de todos y el conocimiento de lo que ocurre en todas partes del mundo por los *mass media* y de la Internet en tiempo real obliga a ver todo tipo de terrorismo y la forma de su combate que repercutirá en cualquier otra parte del mundo y también en nuestro país.

Si nos limitados a formular repetitivamente políticas de exclusión y estigmatización, con mucha probabilidad dentro unos años los defensores del Derecho penal del enemigo serán vistos como los garófalos, ferris y lombrosos contemporáneos. Estoy seguro que los autores a los que efectuamos críticas elaboran sus teorías con la mejor intención para el Estado moderno o para nosotros, sin embargo, de toda propuesta bienintencionada no se sigue que sea buena o que esté en lo correcto.

Defender libertades básicas de las personas en el marco de una temática tan sensible y chocante como es el terrorismo puede ser visto como temerario –“hay que tener cuidado” o “no hay que tocar el tema”–; más aún si es llevada a cabo por un estudiante universitario en un contexto en que cualquier pensamiento crítico se le considera desestabilizador del sistema.

Es pertinente recordar a Zaffaroni una vez más:

“Una de las vías más efectivas para lograr la desinformación teórica es la ‘satanización’, como ‘marxista’, de cualquier crítica deslegitimante del sistema penal. Como veremos, ese calificativo tiene en los países

centrales una connotación considerablemente amplia y discutida, dando la sensación de que se lo disputan, pretendiendo distintas vertientes ser los verdaderos intérpretes de Marx, pero en América Latina sufre una transformación que pasa por alto toda la gama de colores y matices centrales, excede su marco hasta límites absurdos y termina por designarse como tal *todo lo que constituye o amenaza constituir un contrapoder para la verticalización militarizada de nuestras sociedades periféricas*. Dicho brevemente, ‘marxista’ es en América Latina, cualquier pensamiento o conducta que, sin importar si tiene o no relación con el discurso de Marx o con cualquiera de las múltiples versiones que pretenden derivarse de su pensamiento, es percibido por las agencias locales de control social como amenaza para su poder o por agencias del poder central como disfuncionales para el ejercicio de poder periférico.”<sup>0</sup>

*Esta tesis –y esto debe quedar bien claro– busca la salvaguardia de la libertad individual para el desarrollo de la personalidad y la reducción de la desigualdad no solo en América Latina, sino a nivel planetario y así lograr una verdadera emancipación; y no le hace el juego a las teorías ideológicas como la del discurso del Derecho penal del enemigo y tampoco le hace el juego a las organizaciones terroristas y su pensamiento criminal.*

Aparte de afrontar un tema tan delicado como lo es el terrorismo debo sortear la dificultad de que si existiese algún aporte en este trabajo quede en el olvido como una expresión más del efecto “San Mateo”.

“Si un premio Nobel dice una gansada, ésta aparece en todos los periódicos, pero si un oscuro investigador tiene un golpe de genio, el público no se entera. Un profesor en Harvard, Columbia, Rockefeller, Berkeley o Chicago no tiene dificultades en publicar en las mejores revistas: se presume que es un genio. No en vano la mitad de los premios Nobel del mundo trabajan o han trabajado en esas Universidades. En cambio, un genio sepultado en un oscuro college, o en un país subdesarrollado, enfrenta obstáculos enormes. A menos que tenga un gran tesón y mucha suerte (o sea, una oportunidad que sepa aprovechar), jamás saldrá a flote.”<sup>1</sup>

Con todo, me importa limitar el poder, dudo de las bondades que se predica de él.

Justo cuando estaba por terminar de redactar esta “*Consideración preliminar*”, tomé conocimiento de una entrevista que N. Chomsky ofreció a través de una teleconferencia a la Feria Internacional del Libro de Zócalo 2014 en México quien entre unas de sus respuestas dijo: “El poder es siempre ilegítimo hasta que no se demuestre lo contrario”.

---

<sup>0</sup> Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires: EDIAR, 1998 (2ª reimpression), pp. 140 y s.

<sup>1</sup> Bunge, Mario, “El efecto San Mateo”, *Polis*, Revista de la Universidad Bolivariana, Chile, Vol. 1, N° 2, 2001. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/305/30500225.pdf>

Aún cuando uno podría pensar como Hegel que “[s]olo cuando irrumpe el ocaso inicia su vuelo el búho de Minerva”<sup>κ</sup> –cita contenida casi al terminar el *Prefacio* de su *Filosofía del Derecho*– y, por ello, esperar que termine esta etapa *post* para alcanzar la comprensión de los sucesos contemporáneos, creo que el curso de los acontecimientos ya ha dado un significado pleno, anticipado en el panóptico de Bentham<sup>λ</sup>: *control mundial*.

---

<sup>κ</sup> Hegel, G. W. F., *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, trad. E. Vásquez, Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, p. 77.

<sup>λ</sup> Bentham, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, trad. Ramón Salas, T. VII, México D. F.: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004, pp. 195 y ss.

## **Resumen**

*Hace poco más de una década, el término europeo “Derecho penal del enemigo” (feindstrafrecht) ha provocado una intensa discusión en América Latina, especialmente, en México, Colombia y Perú. Este polémico concepto jurídico fue introducido por el influyente teórico alemán Günther Jakobs, y aborda el problema relacionado a individuos que no garantizan un mínimo de lealtad al Derecho (el mínimo de seguridad cognitiva de un comportamiento personal).*

*Basado en esta teoría, algunos delitos están siendo considerados como expresiones del Derecho penal del enemigo, e. g., el delito de afiliación a organización terrorista. Por esta razón, es importante dar a conocer las principales características de este concepto para poder identificar si ellas se presentan en determinados segmentos del Derecho positivo.*

*Sin embargo, la simple coincidencia de tales características en el delito de afiliación a organización terrorista no basta para concluir sin más que este delito es una norma del Derecho penal del enemigo. En ese sentido, el objetivo de este trabajo es aplicar la interpretación dialéctica y proveer una interpretación de dicho artículo como uno que no es parte del Derecho penal de enemigo, esto es, una interpretación del derecho positivo conforme a los principios de un Estado que garantice la libertad e igualdad.*

**Palabras clave:** *Enemigo, persona, apoyo cognitivo, dialéctica, interpretación, organización criminal y pertenencia.*

## **Abstract**

*Just over a decade ago, the European term Enemy Criminal Law (feindstrafrecht) has provoked a great discussion in Latin America, especially in Mexico, Colombia and Peru. This controversial legal concept was introduced by the influential German academic Günther Jakobs and addresses the problem related to individuals who do not guarantee a minimum of loyal towards the Law (the minimum cognitive security of personal behavior).*

*Based on this theory, some offences are being considered as expressions of Enemy Criminal Law, e.g., the felony of belonging to a terrorist organization. For that reason, is important to highlight the main characteristics of this concept in order to indentify if they are present in certain segments of the positive law.*

*However, the mere coincidence of such characteristics in the crime of belonging to a terrorist organization is not enough to conclude that this offence is an expression of Enemy Criminal Law. In this respect, the aim of this paper is to apply the dialectical interpretation and provide an interpretation of this offence as one that is not part of Enemy Criminal Law, in others words, an interpretation of positive law according to the principles of a state that ensure liberty and equality.*

**Keywords:** *Enemy, person, cognitive support, dialectic, interpretation, criminal organization and belonging.*

## Introducción

La presente tesis tiene el objetivo de poner fin al discurso del Derecho penal del enemigo.

La estructura del trabajo presenta cuatro niveles de análisis que corresponden a los capítulos II, III, IV y V, respectivamente, mientras que el capítulo I dará a conocer el marco metodológico y en el capítulo VI se detallarán las conclusiones y recomendaciones.

El capítulo II efectuará la deconstrucción de los factores que dan origen a la propulsión de un derecho positivo excepcional (manifestado en el Derecho penal del enemigo) y su recepción en el margen latinoamericano. A tal efecto, se describirá el funcionamiento del mundo antes y después del fin de la guerra fría, lo cual nos permitirá observar dos horizontes (externo e interno) que configuran el punitivismo mundial. El horizonte externo tiene como contenido el discurso político mundial de los actores gubernamentales y el horizonte interno corresponde al desenvolvimiento de la política de control crimen en los Estados Unidos por ser el centro hegemónico de dominación mundial. Este segundo horizonte mostrará la evolución de la política criminal de una de tipo rehabilitadora a otra de mero control, ambas reflejo del modelo de Estado que se adopta en un momento determinado –Estado social y Estado neoliberal–. Estos dos horizontes constituirán las corrientes a contener en el margen latino. Asimismo, se pondrá de manifiesto los canales de recepción del contenido ideológico de los horizontes interno y externo, en cuya ocasión cobra vital importancia los aportes teóricos del Derecho comparado en cuanto a la difusión del Derecho. La teoría del Derecho penal del enemigo se revelará como un formante jurídico (*legal formant*), poniéndose de manifiesto además su carácter ideológico. El resultado es que una teoría jurídica tiene éxito si posee la suficiente capacidad de adaptarse al sistema económico-social hegemónico y la teoría del Derecho penal del enemigo la tiene. Así con todo, otra vez el Derecho penal se manifiesta como un Derecho desigual por excelencia.

Los conceptos, elementos, características, bases filosóficas y científicas de la teoría del Derecho penal del enemigo forman parte del capítulo III. Aquí es medular comprender el pensamiento de G. Jakobs para quien la juridicidad del sistema legal no es vigente y ni vinculante sin más por su sola y pura normatividad, sino que debe orientar verdaderamente la conducta de los participantes en el tráfico social, por ello, se exige un apoyo, aseguramiento, soporte, corroboración, garantía o revestimiento cognitivo. Pero este apoyo cognitivo es una tarea de los propios ciudadanos. Así, la existencia de disposiciones jurídicas de Derecho penal del enemigo es consecuencia del déficit de ese apoyo cognitivo (fundamento científico). En ese sentido, juegan un papel importante los conceptos de ser humano, persona, enemigo, la construcción de un Derecho penal para enemigos y un Derecho penal para ciudadanos, la despersonalización y el criterio o medida del mismo.

Sigue el capítulo IV donde se expondrá la crítica a los fundamentos de la propuesta teórica del Derecho penal del enemigo sobre la base de una visión multidimensional –ya iniciada el capítulo II y que ahora continúa–. Precisamente, se dará respuesta a la cuestión de si es condición de la juridicidad del Derecho tal apoyo, base, cimentación o revestimiento cognitivo y si ello es

extendible a los conceptos de persona y norma en particular. Por el contrario, antes de exigir una presunción *individual* de fidelidad al Derecho como prestación del ciudadano para constituir su personalidad afirmaremos que todos los hombres son personas. La personalidad no es un conjunto de atributos o propiedades que se pueda perder. Además recurriendo a los aportes de la sociología, específicamente, a la *Teoría de la escenificación de la realidad del riesgo mundial* –entre ese riesgo mundial, el riesgo terrorista– se develará la irrealidad del Derecho penal del enemigo y lo infundado de que la erosión de la institucionalidad del Estado y de la personalidad proviene del riesgo terrorista y en general del mismo individuo. En su lugar, la erosión se origina en el mismo Estado quien sobre la base de un ficticio y construido deber de actuar promulga tales normas lesivas a la libertad e igualdad. Seguidamente, se abordará la cuestión de la legitimidad del Derecho penal del enemigo. También se resaltarán los últimos sucesos mundiales relativos al programa de espionaje masivo revelado por Edward Snowden –un héroe mundial– y que ha llegado al extremo de anular las esferas civiles de todo ciudadano. Por último, la respuesta al qué hacer, esto es, la medida de lo que el Derecho penal puede hacer frente a la actividad terrorista que, efectivamente, existe.

Por último, el capítulo V viene a ser el objeto dogmático de la investigación. Una vez detalladas las características del Derecho penal del enemigo se observará que aquellas se presentan en algunos segmentos del Derecho positivo peruano. A efectos determinar su presencia delimitaremos la normativa a analizar en la legislación terrorista, específicamente, en el delito de afiliación a organización terrorista (artículo 5 del Decreto Ley N° 25475). Sin embargo, mostraremos, por un lado, apelando a la *interpretación de textos* que el artículo 5 del Decreto Ley N° 25475 como una disposición jurídica del Derecho penal del enemigo es una interpretación conforme a la intensión del lector (*intentio lectoris* de un defensor del Derecho penal del enemigo) y, por otro, sobre la base de la dialéctica de la interpretación, que la interpretación que hace el discurso del Derecho penal del enemigo del tipo penal de afiliación terrorista es una primera conjetura (medida formal) a partir de una precomprensión doctrinal (teoría del Derecho penal del enemigo) superable solo con los giros dialécticos dirigidos a hacer coincidir dicho tipo con los fines de un Estado que se repunte como legítimo, en caso contrario, es decir, de no conseguir la coincidencia sigue su eliminación o expulsión del sistema normativo. Interpretaremos el delito en mención conforme a su misma coherencia textual y en su ubicación dentro del sistema normativo (*intentio operis*). Finalmente, con el objeto concretizar la contención del Derecho penal del enemigo propondremos un coherente significado del injusto de la afiliación terrorista para ser utilizado por los operados jurídicos (jueces y fiscales); una interpretación que se ajuste en virtud de su conexión con los principios que promuevan el desarrollo de la personalidad.

El revelamiento ideológico (no neutral ni objetivo) del Derecho Penal del enemigo y nuestra propuesta interpretativa legítima de los tipos de organización permitirá contener el poder punitivo en América Latina y reducir la violencia.

## CAPÍTULO I MARCO METODOLÓGICO

### **1. Inquietud heurística y situación problemática**

El discurso del *Derecho penal del enemigo* se presenta, actualmente, como el instrumento teórico-práctico de avanzada para combatir la criminalidad organizada y, principalmente, su forma más intensa, el terrorismo (nacional e internacional). La propuesta teórica alemana se autoconstituye, pues, en la medida necesaria y más apropiada para la salvaguardia del Estado moderno y su configuración sin la cual –así misma se valora– aquél no podría subsistir.

Sin embargo, de inmediato surgen cuestionamientos relativos a su papel en la modernidad tardía o postmodernidad y a sus conceptos medulares, así como de su legitimidad e idoneidad como medida político-criminal. ¿Es necesario un Derecho penal del enemigo? ¿Son sus conceptos los óptimos en un Estado que garantiza la libertad e igualdad? ¿Es la misma persona la que se autoexcluye o despersonaliza?; y sobre todo ¿hace falta un apoyo, revestimiento, garantía o cimentación cognitiva para hacer *real* del Derecho y sus conceptos?

En ese sentido, el interés viene dado, por una parte, por el aspecto teórico. La fundamentación filosófica de esta doctrina en sus conceptos como los de persona, enemigo, vigencia de la norma, apoyo cognitivo, legitimidad es sumamente rica y traza un gran reto para los teóricos en superarlo. Igualmente, su riqueza conceptual incide en los principales conceptos de la Teoría General del Derecho.

Por el aspecto práctico, la legislación terrorista como paradigma de aplicación del Derecho penal del enemigo plantea otro gran desafío: ¿qué hacer con los criminales peligrosos reincidentes? El Estado peruano y la sociedad sufrieron ataques sistemáticos terroristas en las últimas décadas de siglo XX y actualmente –entrados la segunda década del siglo XXI– es objeto de discusión nuevamente

el problema terrorista poniendo el acento en la búsqueda de (más y nuevas) medidas para impedir un resurgimiento. Es por ello, que resulta imprescindible evaluar los dispositivos legales contra el terrorismo para su correcta aplicación en un Estado Constitucional.

En resumen, la inquietud es, pues, doble. Los retos teóricos llevan ya en sí directa implicancia práctica que ameritan ser resueltos de manera impostergable.

## **2. Formulación del problema de investigación**

### **2.1. Problema principal:**

a) ¿Por qué el delito de afiliación a organización terrorista (artículo 5 del Decreto Ley N° 25475) es presentado como una expresión del Derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico-penal peruano?

b) ¿Cuáles son particularidades que caracterizan a la técnica interpretativa que permite alejar la interpretación del artículo 5 del Decreto Ley N° 25475 como una disposición jurídica de Derecho penal del enemigo?

### **2.2. Problema secundario:**

a) ¿Cuáles son las causas que posibilitan la presencia de disposiciones jurídicas con elementos propios del discurso del Derecho penal del enemigo dentro de un Estado Constitucional?

## **3. Justificación**

El fenómeno del terrorismo es nuevamente objeto de discusión de un modo intenso tanto a nivel académico-jurídico, político y social y desde hace unos años atrás se han estado emitiendo normas destinadas a contener dicha actividad criminal. En consecuencia es necesario conocer cómo modernamente se *interpretan* las estructuras normativas que se dirigen a sujetos que se han apartado de modo duradero del Derecho.

Pero además, la doctrina del Derecho penal del enemigo propugna con gran intensidad desatar poder punitivo –dentro de su lógica como medida necesaria–. Ante ello, y contrario a tal lógica, en el enfoque de quien desarrolla la investigación, estimamos que el poder punitivo es un elemento desestabilizador de la sociedad y las libertades civiles y, por ende, socava las bases del Estado constitucional. Es por ello, que la razón fundamental del estudio del Derecho penal del enemigo es contener el poder punitivo que se desata con mayor intensidad con este discurso, debido a su alta *selectividad* de determinados candidatos para la criminalización en un estado de desigualdad que se acrecienta aún más en el contexto de la realidad social peruana donde se corre el alto riesgo de confusión.



## **4. Objetivos**

### **4.1. Generales**

1. Verificar que en la legislación peruana, esto es, el delito de afiliación a organización terrorista constituye formalmente una disposición jurídica del Derecho Penal del Enemigo.
2. Proponer una interpretación teórica distinta del delito de afiliación a organización terrorista a efectos de que su contenido se aleje del marco conceptual del Derecho Penal del Enemigo.
3. Explicar las causas que motivan la configuración del punitivismo contemporáneo y la instauración del estado penal global que, precisamente, constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo.

### **4.2. Específicos**

1. Describir las características del Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) y su fundamento científico y cómo sobre la base de este esquema conceptual se interpretan las estructuras normativas que se dirigen a “enemigos.”
2. Identificar la interpretación como una atribución de significado y que el significado más óptimo atribuido es el que se corresponde con el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.
3. Dar a conocer que el discurso del Derecho penal del enemigo –como resultado de las causas que lo configuran– no es ideológicamente inocente.
4. Poner en evidencia que el Derecho penal del enemigo se encuentra despojado de toda necesidad, puesto que es producto de la escenificación del riesgo terrorista global.
5. Limitar y contener el poder punitivo que se habilita de manera extrema con el discurso del Derecho penal del enemigo y que se hace palmario con la interpretación que ofrece dicho discurso del delito de afiliación a organización terrorista facilitada por la presentación vigente del tipo penal.

## **5. Hipótesis**

### **5.1. Hipótesis principal**

- a) El delito de afiliación a una organización terrorista contenido en la disposición jurídica del artículo 5 del Decreto Ley N° 25475 es presentado como una disposición perteneciente al discurso del Derecho Penal de enemigos debido a que posee en su texto elementos que caracterizan a tal discurso: adelanta la barrera de punibilidad, posibilita flexibles reglas de imputación y exacerba la sanción penal. No obstante, esta es una primera interpretación posible del tipo penal (una primera conjetura). Esa presentación de la disposición normativa se hace en nivel de lo formal.

b) La técnica interpretativa debe ser una que se oriente a afinar o ajustar el sentido de una disposición jurídica a través de continuas interpretaciones – giros– hasta hacer alcanzar su sentido individual con el sentido de un ordenamiento jurídico constitucional; dicho de otro modo, hasta alcanzar el sentido más óptimo con el propósito de potenciar libertad e igualdad.

## **5.2.- Hipótesis secundaria**

a) Las causas que posibilitan la presencia de disposiciones jurídicas de Derecho penal del enemigo en un Estado de corte constitucional son sobretodo económico-político para el mantenimiento del orden mundial. Tales factores provienen de dos áreas geográficas externas: por un lado, de la pragmática política penal norteamericana y, por otro, una sofisticada construcción teórica europeocéntrica.

## **6. Característica de la investigación**

La presente investigación es Teórico-dogmática, es así que, para la fundamentación de las hipótesis, primordialmente, se recurrirá a los criterios dogmáticos o doctrinarios manejados a través de la argumentación, la hermenéutica y la lógica jurídica con la finalidad de proponer un aporte doctrinario.

Asimismo, se caracteriza por ser crítico-descriptivo, puesto que toda descripción de la realidad social implica a la vez su evaluación crítica con la posibilidad inherente de transformarla. En efecto, la mejor crítica a una expresión represiva del castigo en forma de Derecho penal del enemigo se encuentra en la descripción y análisis de las estructuras en donde tiene lugar y aplicación. Se recurre además a un enfoque multidisciplinario (económico, social, político e histórico).

Por último, la metodología recurrida para la elaboración de la propuesta doctrinal es, esencialmente, de naturaleza interpretativa de las normas en general y de los tipos penales de organización en particular. Así, no se propondrá la modificación del tenor literal del artículo 5 del Decreto Ley N° 25475.

La investigación presentará tres diferenciaciones sobre la interpretación.

- 1.- Interpretación conforme a la intensión del autor.
- 2.- Interpretación conforme a la intensión del texto.
- 3.- Interpretación conforme a la intensión del lector.

Sostendremos que la interpretación que un defensor del Derecho penal del enemigo hace de determinados textos legales es una interpretación *desde* el lector. Es lo que este particular destinatario ha descubierto del texto de acuerdo a *su* sistema de expectativas. Se trata, pues, de un caso de la intensión del intérprete o lector.

Sobre la base de lo expuesto, lo que este trabajo busca es rescatar la *intención de texto* e interpretarlo conforme a su significado propio –que es el que se armoniza con todo el sistema de derecho de un Estado que se considere a sí mismo como legítimo–. No buscamos *la* (única) interpretación –tal cosa no existe–, sino la más óptima, la que reduce el poder penal, en otras palabras, la interpretación más constitucional posible.

El modelo de interpretación que asumiremos lo derivaremos de los aportes de la Teoría General del Derecho para elaborar la dialéctica de la interpretación.

Como consecuencia secundaria de la propuesta interpretativa plantearemos además una modificación legislativa en el marco de la conminación penal.

## CAPÍTULO II

### POLÍTICA CRIMINAL, CRIMEN E IDEOLOGÍA DEL CENTRO AL MARGEN LATINOAMERICANO

Diseñada la base metodológica de la investigación, compete en lo que sigue establecer el *marco teórico* que posibilitará resolver nuestro problema de investigación al proveernos de herramientas conceptuales que orientarán la exploración. Esta base conceptual nos permitirá ubicar el problema en un ámbito donde cobre *sentido*.

Nuestro problema busca saber la razón o la medida de la presencia –en términos de interpretación– de la teoría del Derecho penal del enemigo en el delito de afiliación a organización terrorista –o dicho más sencillo por qué tal delito es presentado como propio de aquel discurso– y la posibilidad –si esa medida se constata– de alejar dicha interpretación del delito en análisis. Esto inmediatamente requiere, pues, conocer las notas distintivas del denominado Derecho penal del enemigo (capítulo III) y, antes de ello, el contexto económico, político, social y cultural en que tiene lugar (capítulo II). Debe hacerse esto, porque *todo* discurso jurídico-penal es un programa político con su respectivo programa técnico-jurídico.

#### **1. Enfoque**

Un análisis radical del control del crimen y de las formas modernas de las conductas desviadas solamente puede llevarse a cabo en el ámbito de la Teoría crítica<sup>1</sup> y multidisciplinar. La presente investigación se orienta en los análisis

---

<sup>1</sup> Un referente clave sobre el método de la *Teoría crítica* caracterizada por un rechazo a la mera contemplación del mundo ante el cual el sujeto se encuentra en una relación de inmediatez, así como de un desinterés por la *praxis* y la exclusión de la mediación socio-histórica, se encuentra en Horkheimer, Max, “Teoría tradicional y teoría crítica”, trad. E. Albizu y C. Luis, en *Teoría crítica*, Buenos Aires: Amorrortu, (3ª reimpresión) 1974, pp. 223-271. Así, para la teoría tradicional –a la que se opone la Teoría crítica– “el mundo está ahí y debe ser aceptado”, p. 231.

criminológicos, políticos, sociológicos, económicos e históricos. Un alejamiento de la forma tradicional<sup>2</sup> de pensar.

Así con todo, “[e]l delito no existe. Solo existen actos.”<sup>3</sup> Nils Christie formula una pregunta que no solo es esclarecedora, sino también crítica: *¿cuáles con las condiciones sociales para que ciertos actos sean calificados como delitos?* Resulta esclarecedora, porque conduce a develar los factores que dentro de ciertos contextos sociales hacen que determinados actos reciban un significado delictivo —el delito no es una entidad dada, sino un producto social—; y crítica, porque nos lleva además a preguntarnos, de modo radical, si *esas condiciones sociales* que determinan y moldean nuestra percepción valorativa sobre el crimen han sido genuinas, es decir, propias de la interacción social o han sido puestas, preparadas, insinuadas, inducidas o construidas.

Es por ello que como lo sostuviera la criminología crítica<sup>4</sup> de los años setenta, la comprensión del crimen y su control requiere volver a ocuparse de la estructura social, de la relación entre el hombre en las estructuras de poder, dominación y autoridad.<sup>5</sup> Y en conexión con la comprensión de la periferia y más específicamente del margen latino, respecto del crimen y su control, es imprescindible sobre todo el conocimiento del control del crimen en las

---

En contraste, señalará que “[l]os hechos que nos entregan nuestros sentidos están preformados socialmente de dos modos: por el carácter histórico del objeto percibido y por el carácter histórico del órgano percipiente. Ambos no están constituidos solo naturalmente, sino que lo están también por la actividad humana”, p. 233. En la edición citada, se encuentra además el Prefacio (pp. 9-14) escrito por Horkheimer a una reimpresión de sus primeros ensayos en 1968, en el que muestra que ellos requerirían de una formulación más exacta, en tanto dictados por ideas económicas y políticas discutibles.

<sup>2</sup> En el contexto actual el enfoque crítico se caracteriza por una oposición a los discursos tradicionales en el Derecho, por la necesidad de develar su carácter ideológico y por una praxis política (sobre todo de izquierda). Un ejemplo en el Derecho penal se manifiesta en una oposición al tradicional y legitimante discurso *jurídico* hegemónico de las Teorías de la pena. En la historia, además del método de la Escuela de Fráncfort de sus primeros años, también están los movimientos críticos como el Uso alternativo del diritto, la Critique du Droit y el Critical Legal Studies. En los estudios criminológicos destacó la Criminología crítica. Con mayor vigencia están los estudios de crítica postcolonial y el pluralismo jurídico.

<sup>3</sup> Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, trad. C. Espeleta y J. Iosa, 1ª ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 9. Ya, anteriormente, el autor noruego había sostenido que el delito no es una “cosa”, sino un “concepto aplicable en ciertas situaciones sociales donde es posible cometerlo y cuando a una o varias partes les interesa que se aplique. Podemos crear el delito creando sistemas que requieran esa palabra. Podemos extinguirlo creando los tipos opuestos de sistemas”, *Los límites del dolor*, trad. M. Caso, México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1984 (reimpresión 1988), p. 101. “Los actos no son por sí mismos, se *convierten en*. Lo mismo ocurre con el delito. El delito no existe; se crea. Primero están los actos. Después sigue un largo proceso en el que se les da significado a esos actos”, *La industria del control del delito*, trad. S. Costa, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 1993, p. 30.

<sup>4</sup> La criminología crítica formula una *Teoría radical* en oposición a una Teoría conservadora o liberal. No se limita a describir o prescribir, sino encara “la teoría y la investigación como praxis”, p. 45. Parte del método marxista, es decir, de la “negativa de separar el pensamiento de la sociedad”, como consecuencia de ello es una criminología comprometida con el cambio social, p. 74. Véase Taylor, Ian, Walton, Paul y Young, Jock, “Criminología crítica en Gran Bretaña: Reseña y perspectivas”, trad. N. Grab, en *Criminología crítica*, I. Taylor/P. Walton/J. Young (Dirs.), 5ª ed., México D.F.: siglo xxi editores, 2007, pp. 21-89.

<sup>5</sup> Taylor, Ian, Walton, Paul y Young, Jock, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, trad. Adolfo Crosa, 1ª ed. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1977 (2ª reimpresión 1997), pp. 284 y ss.

sociedades desarrolladas, precisamente, donde tienen lugar la percepción de fenómenos criminales más intensos y de repercusión mundial y donde se elaboran y configuran las interpretaciones que tratan o bien de encubrir las o bien de denunciarlas.

El estudio del crimen debe superar la separación artificial de los problemas –acentuado por la dogmática tradicional– y “ocuparse de la sociedad como un todo”. No aislado, sino dentro de las relaciones sociales de desigualdad de la sociedad capitalista es en el que un acto tiene lugar y recibe su significado criminal. El mito del derecho penal como un derecho igual por excelencia se derrumba y aparece realmente como parte de un derecho desigual por excelencia<sup>6</sup> en donde la criminalidad es el resultado de un doble proceso de selección: los bienes que se han de proteger y de determinados individuos.

Entonces, los intentos pura y estrictamente dogmáticos no tienen lugar aquí.

En esa línea, el *objetivo* de este capítulo es poner en evidencia, nuevamente, que las bases económicas de la sociedad occidental –de los países altamente industrializados y tecnológicamente avanzados– influyen en las estructuras políticas y legales mundiales y, consecuentemente, también en las políticas de control criminal. Asimismo, que el éxito de una teoría jurídica se medirá en función de cómo se adecua mejor al sistema económico mundial dominante, es decir, al capitalismo. Esto mostrará los *factores que han posibilitado un penalismo duro en las últimas décadas* al mismo tiempo que la percepción que del crimen se tiene no es libre, sino inducida y manipulada.

## 2. Derecho y orden mundial

Luego de la caída del muro del Berlín y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas no cabe duda que existe un solo orden económico mundial y, por supuesto, su correspondiente orden legal mundial. Pero este *orden económico* es un orden de dominación y control mundial, en consecuencia, su *orden legal* es un orden legal de dominación y control mundial.

El normativista más importante del siglo XX, Hans Kelsen, en la segunda edición de 1960 de la *Teoría pura del Derecho* dejaba en claro –y lo compartimos– que el derecho es un orden coactivo<sup>7</sup>, esto es, ordena una determinada conducta humana, enlazando la conducta contrapuesta un acto coactivo (un mal). Y ya desde la primera edición de 1934 destacaba al derecho como una específica técnica social: “[e]n la forma específica del Derecho, esto es, por enlace de una conducta de hombres tenida por socialmente nociva con un acto coactivo considerado por ello como un mal, puede perseguirse cualquier fin social. No como fin, sino como un medio específico es caracterizado el Derecho.”<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Barata, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, 1ª ed. (8ª reimpression 2009), México D.F.: Siglo xxi editores, 1986, pp. 167 y s.

<sup>7</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2ª edición alemana de 1960 por R. Vernengo, 1ª ed., México D.F.: Universidad Autónoma de México, 1979 (2ª reimpression 1982), pp. 46 y ss.

<sup>8</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, trad. de la 1ª edición alemana de 1934 por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires: Editorial Losada, 1946, p. 60. Igualmente, en la versión francesa –más difundida– de 1953 el autor destacaba que “derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada al orden social que ella tiene por

No obstante, a diferencia de Kelsen que tiene como interés de estudio el fundamento de la validez del derecho que se deriva de la norma fundante básica (*Grundnorm*), la cual es presupuesta<sup>9</sup> –viniendo a ser una fundamentación lógica–, lo que a aquí se tiene como fundamento del derecho son las relaciones socioeconómicas de una sociedad material,<sup>10</sup> más precisamente, de las necesidades económicas de la clase gobernante<sup>11</sup>, sin negar importancia a la difusión y préstamos (trasplantes jurídicos) de normas e instituciones jurídicas en las sustanciales diferentes etapas de la historia como las provenientes del derecho romano.<sup>12</sup>

Sobre la base de estas premisas, el orden legal mundial tiene la finalidad de mantener el sistema económico hegemónico mundial actual –el capitalismo– y que tiene su centro económico y de producción legal en los Estados Unidos de Norteamérica, auspiciado en el resto del orbe por los organismos internacionales como el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización Mundial de Comercio (OMC), así como las entidades mundiales académicas de investigación, creación y divulgación de ideas, es decir, *Think Tanks*.<sup>13</sup>

Lo expuesto brevemente hasta ahora presenta una *descripción* del derecho tal cual es, sin embargo, no significa abandonarse a esa realidad y a la legitimación de ese hecho trágico, por el contrario, busca una reorientación del derecho a una función modesta, pero diferente, esto es, de regular las relaciones sociales en base a fines de igualdad y libertad, fines que no se los impone el derecho por sí mismo, sino las mismas relaciones materiales de vida (fundamento), por lo tanto, asumimos *una perspectiva descriptiva y crítico-valorativa del derecho*.

---

finalidad mantener”, Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. de la edición francesa de 1953 por M. Nilve, 4ª ed., Buenos Aires: Eudeba, 2009 (9ª reimpresión), p. 59.

<sup>9</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2ª edición alemana de 1960, p. 202.

<sup>10</sup> Véase al respecto la confrontación teórica entre la Teoría pura del Derecho y la Teoría marxista del Derecho, en Instituto Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho y Teoría marxista del Derecho*, trad. E. Volkening, Bogota: Editorial Temis, 1984.

<sup>11</sup> Marx, K. y Engels F., *Manifiesto del Partido Comunista* (1890), en Marx y Engels, *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], p. 46; Marx, K., Prólogo de la *Contribución a la Crítica de la Economía Política* (1859), en Marx y Engels. *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], p. 182; Engels F., *Ludwing Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana* (1888), en Marx y Engels, *Obras escogidas*, Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], pp. 647 y ss.; Engels F., *El Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado*, (4ª ed., 1891) en *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], p. 607; Marx K., *Crítica del Programa de Gotha* (1875), en Marx y Engels. *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], pp. 334 y s.

<sup>12</sup> Véase *Infra* Capítulo II. 4.

<sup>13</sup> Los *Think Tanks* son centros de investigación y análisis conformado por expertos e intelectuales que desarrollan políticas públicas en temas de interés nacional e internacional; al ser una institución intelectual tiene una orientación político-ideológica.

En lo que respecta al desarrollo de políticas públicas en materia criminal con una orientación conservadora destacan *Adam Smith Institute*, *Centre for Policy Studies* y *Institute of Economic Affairs* que contribuyeron con las políticas públicas de Margaret Thatcher en el Reino Unido; también *Manhattan Institute*, caracterizada por promover las políticas de la *Broken Windows Theory*, y *Heritage Foundation*.

### 3. ¿Cómo entendemos el funcionamiento del mundo?

Con la finalidad de comprender la doctrina teórica que da lugar al Derecho penal del enemigo y develar su carácter ideológico como expresión funcional –en términos de utilidad y conveniencia– a la política pública mundial, en especial la política penal mundial, daremos a conocer dos horizontes que llamaremos *externo* e *interno* que han configurado, precisamente, el punitivismo contemporáneo y la instauración del estado penal global.

Lograr este cometido implica necesariamente que salgamos del escenario peruano y latinoamericano y nos adentremos al centro hegemónico de producción legal mundial. A tal efecto, se mostrará la política pública mundial de los países hegemónicos (*horizonte externo*) y el desarrollo de la política penal de la principal potencia mundial (*horizonte interno*). Sin esos datos políticos, sociales y sobre todo históricos, cualquier esfuerzo de crítica a la doctrina de Derecho penal del enemigo será infructuoso. Estos dos horizontes nos ofrecerán *una resultante* que permitirá describir, comprender, analizar y criticar *toda medida de política penal pública*. Nos ubicaremos en el terreno en el que el Derecho penal del enemigo se enorgullece tanto estar, el descriptivo. Con todo, una vez desnuda la teórica jurídica del Derecho penal del enemigo se le dará en la médula de su aplicación legal práctica.

#### 3.1. Horizonte externo

Teniendo un punto de quiebre histórico, es ineludible preguntarnos ¿cómo se desarrollaba la política mundial antes y después de 1989-1990?

El reconocido intelectual y crítico de la política exterior norteamericana Noam Chomsky puso de relieve cómo funcionaba la Guerra Fría.

De acuerdo con el profesor del Massachusetts Institute of Technology, según las posiciones convencionales, la guerra fría fue un conflicto entre superpotencias causado por la Unión Soviética, la cual habría finalizado con la victoria estadounidense y sus aliados (*la guerra fría como proceso ideológico*, en parte cierto); sin embargo, los hechos y las prácticas de la guerra fría, esto es, las intervenciones del bloque soviético (en Europa Oriental y la invasión de Afganistán) y de los Estados Unidos (en todo el planeta) permitían ver *algo diferente y mucho más complejo*, se trataba del establecimiento de un sistema de control global (*la guerra fría como proceso histórico*)<sup>14</sup>. Para tal objetivo, ambas potencias recurrían a una vieja técnica: el miedo a un gran enemigo para controlar a su propia población. Así pues, la guerra fría fue funcionalmente útil para ambas superpotencias.

“En aspectos decisivos, entonces, la guerra fría fue una especie de arreglo tácito entre la Unión Soviética y Estados Unidos bajo el cual Estados Unidos condujo sus guerras contra el Tercer mundo y controló a sus aliados en Europa, mientras que los gobernantes soviéticos mantuvieron en un puño de hierro a su propio imperio interno y sus satélites en Europa

---

<sup>14</sup> Chomsky, Noam, *El miedo a la democracia*, trad. Mireia Carol, Barcelona: Grijalbo Mondadori, 2002, pp. 21 y ss.



del Este –cada parte usando a la otra parte para justificar represión y violencia en sus propios dominios.”<sup>15</sup>

Con el fin de esta fase, en términos ideológicos, es decir, del colapso del “Imperio del Mal”, la técnica –mejor dicho el pretexto– para mantener controlada a la población debió cambiar, deben inventarse nuevos enemigos en tanto el conflicto Norte-Sur o países centrales-países periféricos o primer mundo-tercer mundo continúa. Este conflicto se mantiene debido a que *el verdadero enemigo es el tercer mundo*,<sup>16</sup> precisamente, las crecientes insatisfacciones en la periferia serían el caldo de cultivo para las insurgencias, las cuales pondrían en amenazas sus intereses<sup>17</sup> (el mercado, los recursos naturales, la mano de obra y las zonas estratégicas; no se permitiría una industria nacional que le haga competencia), en otras palabras, la amenaza de que el tercer mundo deje de cumplir su función de servicio<sup>18</sup>. Ejemplo de ello es la invasión a Panamá por la administración de Bush en diciembre de 1989 con pretexto de las drogas, en pleno colapso de la Unión Soviética y desenlace de la guerra fría.

Desparecido el bloque soviético, y ante la ausencia de un enemigo con el cual justificar intervenciones en el tercer mundo (el enemigo real), la amenaza ha sido sustituida por el *tráfico de drogas* y el *terrorismo* –un disfraz diferente–. Entrados a la segunda década del tercer milenio, resulta difícil presentar crudamente al tercer mundo –los países en desarrollo– como un enemigo, por ello, siguen siendo vigentes los pretextos.

Con respecto a lo primero Chomsky señalaba:

“De modo que intencionalmente ‘la guerra contra las drogas’ proporciona una cubierta para la intervención. Internamente tiene poco que ver con las drogas pero mucho que ver con la distracción de la población, aumentando la represión en los centros de las ciudades, y agregando apoyo al ataque contra las libertades civiles.”<sup>19</sup>

Y sobre lo segundo:

“La guerra contra el terrorismo ha sido descrita en las altas esferas como la lucha contra una plaga, un cáncer esparcido por bárbaros, por ‘depravados enemigos de la mismísima civilización’. Comparto este sentimiento. Veinte años atrás la administración Reagan asumió declarando que la guerra contra el terrorismo internacional sería el núcleo de la política exterior estadounidense (...). Y así ocurrió.”<sup>20</sup>

No se trata, pues, de sugerir que ambos problemas sean inexistentes o no sean serios, lo son y muy graves. Lo que se va a poner sobre la mesa es la verdadera

---

<sup>15</sup> Chomsky, Noam, *Lo que realmente quiere el tío Sam*, trad. S. Testa, 8ª ed., México D.F.: Siglo xxi editores, 2006, pp. 93 y s.

<sup>16</sup> Chomsky, Noam, *Lo que realmente quiere el tío Sam*, p. 96; el mismo, *El miedo a la democracia*, p. 54.

<sup>17</sup> Chomsky, Noam, *El miedo a la democracia*, p. 51.

<sup>18</sup> Chomsky, Noam, *Lo que realmente quiere el tío Sam*, p. 96.

<sup>19</sup> Chomsky, Noam, *Lo que realmente quiere el tío Sam*, p. 97.

<sup>20</sup> Chomsky, Noam, “La nueva guerra contra el terrorismo”, en *El terror como política exterior de Estados Unidos*, trad. C. Abousleiman y O. Kulesz, Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2002 (3ª reimpresión), p. 21.

intencionalidad de las políticas represivas (criminales) originados en un centro hegemónico que son usados como pretexto para mantener un control mundial y mediante las cuales se justifican medidas exacerbadas que socavan la igualdad y la libertad. De ese modo, se recurre a construcciones –ya no se trata de una mera descripción y nomenclatura– como el denominado “Derecho penal del enemigo” o la figura estadounidense del “*enemy combatants*”<sup>21</sup> –que apareció en la Administración Bush en el 2001<sup>22</sup> siendo promovida por el iuspublicista John Yoo,<sup>23</sup> término que fue rechazado formalmente por la Administración Obama el 2009<sup>24</sup>– y que resultan ser funcionales al sistema legal mundial de control.

A todo esto, ¿es posible intuir un nuevo enemigo? Ulrich Beck sugiere una alternativa futura. Veamos:

“Tras la caída del Muro de Berlín y la desaparición del enemigo, los Estados van a la búsqueda de uno nuevo. Algunos temen o esperan que la imagen del enemigo terrorista sustituya la imagen del enemigo comunista para unir a Occidente. Pero esta presunción ha quedado refutada cuando menos por el fiasco de la guerra de Irak. Simultáneamente, se perfila una alternativa histórica: el aglutinante para mantener unido a Occidente en el futuro (y sin necesidad de estereotipar ningún enemigo) podrían ser los retos de las crisis ecológicas, que comunitarizan los peligros. Pues no hay mayor amenaza al estilo y calidad de vida occidentales que la combinación de cambio climático, destrucción medioambiental, escasez en el suministro de energía y agua y las consiguientes guerras.”<sup>25</sup>

Probablemente eso sea así. Sin embargo, quizá uno pueda creer que el bienestar occidental incluye a América Latina, África y Asia. La situación es diferente; eso no es así. La periferia es área de suministro y mercado y, por eso, requiere un fuerte control. Justamente, los intentos para que esto no cambie –aún teniendo por encima a la crisis ecológica– requiere la imagen de un enemigo real, es decir, de un *otro* peligroso. Los acontecimientos recientes en medio oriente revelan la necesidad de que el centro hegemónico –sobre todo norteamericano– mantenga la imagen *construida* del enemigo terrorista en el ojo del mundo.

El término “ayuda” a los países periféricos contra el combate a las drogas y el terrorismo es un eufemismo.

---

<sup>21</sup> Véase los aspectos en común, Gómez-Jara, Carlos, “Enemy Combatants versus Enemy Criminal Law”, en *Buffalo Criminal Law Review*, 2008, pp. 1 y ss. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1097066>

<sup>22</sup> Al respecto, González Cussac, José, “El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, J. Gómez Colomer/J. González Cussac (coords.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 81 y ss. y Salas Calero, Luis, “La Ley patriótica USA”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, J. Gómez Colomer/J. González Cussac (coords.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 277.

<sup>23</sup> Referencias sobre John Yoo y las justificaciones a las medidas y excesos contra “enemy combatants” en Campderrich, Ramón, “Ciudadano persona versus enemigo no-persona: las ideas antigarantistas de Günther Jakobs y John Yoo”. Recuperado de <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/PDFs/8-Jakobs&Yoo.pdf>

<sup>24</sup> Véase el Comunicado del Department of Justice del 13 de marzo del 2009 <http://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-withdraws-enemy-combatant-definition-guantanamo-detainees>

<sup>25</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, trad. Rosa S. Carbó, Barcelona: Paidós, 2008, pp. 99 y s.

### 3.1.1. El discurso político mundial

¿Cómo darnos cuenta del sentido de las políticas públicas mundiales? Si bien un sistema global de control ha intentado ser ocultado, pero puesto en evidencia por las revelaciones de Edward Snowden, lo visible y punto de partida deben serlo el discurso político mundial que reproduce la retórica de libre mercado de los agentes económicos. Cojamos un simple hilo.

En el año 2014, el Presidente de Rusia Vladimir Putin asumió la dirección del Group of Eight<sup>26</sup> (en adelante G8)<sup>27</sup>. De acuerdo a su programa de gobierno, su gestión tiene la prioridad de luchar contra los mayores riesgos que afronta el mundo capitalista, esto es, básicamente, el terrorismo y tráfico de drogas. “Gestión de riesgos” es, pues, el lema orientador que se encuentra en la carta de bienvenida al sitio web oficial de la presidencia rusa del G8.

“I view the primary goal of our joint work as promoting the wellbeing of our people, progress, and development. This approach is reflected in the motto of Russia's G8 Presidency in 2014: ‘Risk Management for Sustainable Growth in a Safe World’. The priority issues advanced by our country are based on this motto, and include fighting the drug menace, combating terrorism and extremism, settling regional conflicts, safeguarding people's health, and establishing a global management system to address risks associated with natural and man-made disasters, as well as numerous other issues that have previously been raised by the G8, including in St. Petersburg in 2006.”<sup>28</sup>

Sería muy ingenuo creer que estos lineamientos políticos mundiales se van a quedar en meros discursos y no se convertirán directamente en políticas públicas (políticas criminales entre otras) en los países centrales e indirectamente –o en un momento posterior y directamente– en los países de la periferia a través de la importación o recepción normativa (trasplantes jurídicos) o por fuerza de los convenios internacionales o por la violencia.

Así, bajo la idea del manejo de riesgos se propone con claridad una mayor intervención a través de “mecanismos de control”, lo cual no es otro, convertido en mecanismo legal, que el penal y policial.

“As the holder of the G8 Presidency, Russia suggests that the G8 members should develop comprehensive and cooperative mechanisms to control the most critical risks. It is important to cover the entire ‘chain’ – from forecasting and preventing particular threats to overcoming their potential adverse effects.”

---

<sup>26</sup> El Grupo de los Ocho (G8) es un foro no oficial de las principales economías del mundo (Rusia, Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Japón, Alemania, Canadá e Italia) que tiene como objeto coordinar los problemas más apremiantes de entre los asuntos mundiales.

<sup>27</sup> La presidencia del G8 cambió debido a la intervención de Rusia a Ucrania. El G7 –G8 menos Rusia– decidieron en marzo del 2014 no asistir a la cumbre en la ciudad de Sochi; desde entonces la presidencia del G7 fue asumido por Alemania. Véase al respecto, Federal Foreign Office of Germany. (31 de julio de 2014). G7/G8. Rescatado de [http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Aussenpolitik/GlobaleFragen/G8/UebersichtG8\\_node.html](http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Aussenpolitik/GlobaleFragen/G8/UebersichtG8_node.html)

<sup>28</sup> Véase el discurso del Presidente Vladimir Putin al asumir la Presidencia del G8. Putin V. (1 de enero de 2014). *Address by President Vladimir Putin on Russia assuming the G8 Presidency*. Rescatado de <http://en.g8russia.ru/news/20140101/983174589.html>

Evidentemente, en lo próximos años nos atenderemos ya no solo a un adelantamiento extremo de la barrera de punibilidad, sino a una persecución policial e injerencia –abierta y no encubierta como actualmente ocurre– del poder punitivo en la esfera privada de los ciudadanos, justificada –aceptada y reclamada por el ciudadano por influencia de los *mass media*– por el temor a la inseguridad. Ya no que nos quieran vigilar, sino la forma cómo justificar tal intromisión.

Así por ejemplo, en la ciudad rusa de Sochi se llevaron a cabo los Juegos Olímpicos de Invierno, para lo cual se desplegó –a consecuencia de los discursos del Presidente Putin y de los condenables atentados terroristas ocurrido en la ciudad de Volgogrado a fines de diciembre del 2013– un gran aparato de seguridad jamás antes visto en un evento de este tipo. Sin embargo, no siempre las medidas de seguridad se corresponden con una amenaza real de los grupos terroristas o de cualquier otro ataque, sino que el temor y la sensación de inseguridad se crea no solo por el real peligro de los grupos terroristas, sino también por la presencia de las medidas extremas de seguridad existentes, esto es, por la *escenificación de la realidad del riesgo*<sup>29</sup>. Mejor dicho, el miedo en la población será directamente proporcional a la presencia de la escenificación de seguridad.

El discurso político de los centros hegemónicos se hace efectivo y su alcance planetario en la periferia es cuestión de los medios por los cuales se incorporan.



**Gráfico N° 1:** Política pública mundial del G8. Fuente: <http://en.g8russia.ru/> (2014)

<sup>29</sup> Véase con mayor detalle el Capítulo IV. 4.

La configuración de políticas penales se establece de *arriba hacia abajo* sobre todo, y si bien se puede argüir que la recepción de las mismas en la sociedad contienen elementos de aceptación social que hagan ver como consentidas y configuradas *de abajo hacia arriba*, la conciencia social no es libre, sino enajenada y construida deliberadamente desde arriba.

#### **a) La lucha contra las drogas y los convenios de las Naciones Unidas**

La Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961, la Convención de 1971 sobre sustancias sicotrópicas, la Convención de la Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y la actual *Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem*<sup>30</sup> de 2009 muestran la línea ascendente de la política represiva e intervencionista de los instrumentos internacionales.

A pesar de que la Convención Única del 1961 y la Convención de 1971 partían de una preocupación por la salud individual y pública de la humanidad tal como lo indica su *Preámbulo*, recurriendo para tal efecto a la fiscalización, control y limitación de los estupefacientes para fines médicos y científicos (enfoque prohibicionista<sup>31</sup>), no estaba exenta de intromisiones políticas destinadas a incrementar la represión iniciada con ellas.

David Bewley-Taylor y Martin Jelsma<sup>32</sup> destacan que la diplomacia estadounidense quedó descontenta con la –ya represiva– Convención Única de 1961, promoviendo su modificación para hacerla más eficaz en cuanto al control como lo planteaba el Protocolo de Nueva York de 1953 sobre el opio y que era más estricto. Los esfuerzos estadounidenses propiciados por el posicionamiento punitivista del presidente Nixon se concretaron con el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961; sin embargo, el resultado no fue tan severo como lo esperaban, aún así se mantuvo el espíritu prohibicionista y la fiscalización de la oferta. En contraste, la Convención de 1971 –que tuvo un origen paralelo– permitió proteger determinadas plantas, alejándose del lineamiento de tolerancia cero de la Convención Única.

Entrados al último tercio del siglo XX, con la Convención Única de 1961 se había suministrado el marco legal internacional para la “lucha contra las drogas”. La línea punitivista e intervencionista volvió a la carga con la Convención de 1988. Mediante este nuevo instrumento internacional –que se dirigía a *fortalecer* y *complementar* las convenciones previas– se daba énfasis que el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas ya no solo dañan la salud física y pública, sino “menoscaban las bases económicas, culturales y políticas” y

---

<sup>30</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem*, New York, 2009.

<sup>31</sup> Así por ejemplo, se prohibía los usos ancestrales de tres plantas: opio, marihuana y coca; pudiéndose hacer, únicamente, reservas temporales como lo establece el artículo 46.

<sup>32</sup> Bewley-Taylor, David y Jelsma, Martin, “Cincuenta años de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes: una relectura crítica”, en Serie reforma legislativa en materia de drogas, N° 12, Marzo de 2011. Recuperado de <http://www.undrugcontrol.info/images/stories/documents/dlr12s.pdf>

“socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados” –discurso que no se ha abandonado hasta la actualidad–.

El profesor Diez Ripollés en 1991 analizando la legislación internacional sobre las drogas, destacaba que por primera vez una convención –la de 1988– se dedicaba exclusivamente a la represión y persecución penales<sup>33</sup> hasta el consumo personal. En efecto, así lo señala uno de los considerandos de dicha convención:

“*Reconociendo* también la importancia de **robustecer e intensificar medios jurídicos eficaces** de cooperación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito.”<sup>34</sup>

El contenido del amplió artículo 3 de la Convención de 1988 describiría todas las conductas punibles relacionadas al tráfico. Al respecto el profesor español señalaba que, “[e]l análisis de todas las conductas señaladas en este apartado nos muestra, en primer lugar, que se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico y consumo de drogas: se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico penales de intervención mínima y de seguridad jurídica.”<sup>35</sup>

Por otro lado, el profesor Velásquez Velásquez en la editorial titulada “*¡Una nueva política de drogas!*” al número 54 de la revista *Nuevo Foro Penal* en 1991, ya destacaba lúcidamente el *significado* de las políticas represivas de los países centrales lideradas por los Estados Unidos con motivo, mejor dicho, con pretexto de la “guerra contra las drogas”. El mantenimiento de las políticas represivas, pese a su fracaso e ineficacia revelaría un propósito político soterrado:

“Así mismo, ahora resulta evidente que la susodicha ‘guerra contra las drogas’ es una estrategia más de las naciones poderosas para intervenir de manera descarada en nuestros asuntos, fortalecer la discriminación y el colonialismo, extender el control social por ellas ejercido hasta ámbitos nunca imaginados; y, por supuesto, crear nuevos lazos de dependencia, opresión y sometimiento (...).

Por eso, parece lógico concluir que mientras la economía mundial continúe manejada como hasta ahora, no será posible pensar en otras orientaciones encaminadas a intentar otras formas de erradicar el flagelo que hoy azota a la humanidad. Se trata de una guerra equivocada y fracasada desde el punto de vista de quienes creemos que la única lucha que debería librar la comunidad de naciones es la encaminada a erradicar la pobreza y las condiciones de atraso imperantes en el planeta; pero

---

<sup>33</sup> Diez Ripollés, José, “Alternativas a la actual legislación sobre drogas”, en *Nuevo Foro Penal*, Editorial Temis, Colombia, Año X, octubre-noviembre-diciembre, N° 54, 1991, p. 468.

<sup>34</sup> Véase Convención de la Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (el resaltado es nuestro).

<sup>35</sup> Diez Ripollés, José, “Alternativas a la actual legislación sobre drogas”, pp. 471 y s.

correcta y triunfante conforme a la perspectiva de quienes tienen otras pretensiones.”<sup>36</sup>

Concluía el autor colombiano con un rechazo a la Convención de 1988, afirmándose que el combate a las drogas no se efectúa con autoritarismo y deshumanización, sino con respeto a los derechos fundamentales de la persona.

El fracaso de las políticas penales frente a las drogas se hacía extensivo a todo el derecho penal, Muñoz Conde y Aunión Acosta declaraban:

“Si la historia del derecho penal es la historia de un fracaso, nada mejor para demostrarlo que el fracaso de la política penal seguida a escala internacional desde la famosa Convención de la ONU de 1961, en relación con el tráfico de drogas. Ninguna de las soluciones técnico-legislativas penales adoptadas hasta la fecha ha servido para combatir adecuadamente el fenómeno. Más bien ha sucedido lo contrario. El tráfico de drogas, que era ya un grave problema en la sociedad norteamericana de los años 60, se ha ido extendiendo por todo el mundo, hasta alcanzar cotas apenas imaginables hace 15 ó 20 años.”<sup>37</sup>

En la misma línea de denuncia, ambos autores mostraban determinados mecanismos de la intervención política:

“La cocaína pervierte las relaciones entre Estados Unidos y los países latinoamericanos. Unos hacen dejación de su soberanía y permiten la extradición de sus propios ciudadanos; otros permiten la intervención de tropas norteamericanas o de agentes de la DEA en sus propios territorios, o que se fumiguen sus plantaciones de coca con productos tóxicos que deterioran el medio ambiente o dañan irreversiblemente el suelo del que viven miles de familias.”<sup>38</sup>

La política de intervención y control social bajo pretexto de la “lucha contra las drogas” por el poder político (local y global), lo constata Zaffaroni a inicios de la década de los 90 en la Argentina, siendo el principal pretexto para la *intervención policial disciplinadora*.

“En cuanto a la práctica misma respecto del consumo y del pequeño tráfico, en lo que a la policía se refiere, es conveniente señalar que la ‘droga’ es el más serio pretexto que se tiene para ejercer un poder de control social configurador o positivo (en términos foucaultianos). Merced a ese pretexto la policía puede realizar, ‘razzias’, frecuentemente amparadas y legalizadas desde el poder judicial (...).

La ‘droga’ es el pretexto para la intromisión de la policía en locales nocturnos, en la vida privada de las personas y, además, permite que agentes de policía foráneos intervengan en sus procedimientos, haciéndolo constar incluso en las actas judiciales. El poder policial se

---

<sup>36</sup> Velásquez V., Fernando, en la editorial titulada “¡Una nueva política de drogas!” en *Nuevo Foro Penal*, Editorial Temis, Colombia, Año X, octubre-noviembre-diciembre, N° 54, 1991, p. 414.

<sup>37</sup> Muñoz Conde, Francisco, y Aunión Acosta, Bella, “Drogas y derecho penal”, *Nuevo Foro Penal*, Editorial Temis, Colombia, Año X, octubre-noviembre-diciembre, N° 54, 1991, p. 505.

<sup>38</sup> Muñoz Conde, Francisco y Aunión Acosta, Bella, “Drogas y derecho penal”, p. 512.

halla potencializado, pues la policía argentina está facultada por ley para privar de libertad a cualquier persona por el término de 24 horas, aduciendo simple ‘averiguación de antecedentes’.”<sup>39</sup>

Últimamente, el 2009 las Naciones Unidas adoptó –su mayor instrumento– la *Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem*, cuya orientación mantiene las bases represivas de las convenciones antes señaladas, esto es, son su piedra angular:

“3. Assert that the world drug problem is most effectively addressed in a multilateral setting and that the **three international drug control conventions**<sup>40</sup> and other relevant international instruments remain the cornerstone of the international drug control system, and urge all Member States that have not yet done so to consider taking measures to ratify or accede to those instruments;”

Por otra parte, el Director Ejecutivo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC) Antonio María Costa, en ocasión del quincuagésimo segundo período de sesiones de la Comisión de Estupefaciente (CND), llevado a cabo en marzo del 2009, enfatizó un rechazo a las posiciones extremas –por un lado, el llamado a un retribucionismo y, por otro, la legalización de las drogas–, calificándolas de respuestas emocionales e hizo ver la imposibilidad de renunciar a la lucha contra las drogas:

“I suggest an approach that is not ideological, or emotional. Drugs are not harmful because they are controlled—they are controlled because they are harmful. The fact that certain unlawful transactions are hard to control doesn’t mean that they should be made legal. Should humanity accept paedophilia, human trafficking, or arms smuggling out of a naïve sense of market inevitability or intractability? Lifting the controls on drugs would reveal a state’s impotence to fight organized crime or protect the health of its citizens.”<sup>41</sup>

Con todo, el discurso bienintencionado del Sr. Antonio María Costa, Director Ejecutivo de la UNODC, se reduce a un enfoque puramente técnico, ante un problema una respuesta; sin embargo, se deja oculto el discurso político de detrás de este tipo de políticas globales que, únicamente, pueden ser develadas con un enfoque macro de las decisiones de los líderes que gobiernan el planeta.

Recientemente, en el *World Report 2014* de *Human Rights Watch*, María McFarland Sánchez-Moreno<sup>42</sup> destacaba que la política de más represión e

---

<sup>39</sup> Zaffaroni, Raúl, “Política Criminal, en materia de drogas en la República Argentina” en *Nuevo Foro Penal*, Editorial Temis, Colombia, Año X, octubre-noviembre-diciembre, N° 54, 1991, p. 461.

<sup>40</sup> Las convenciones a que se refiere son la Convención Única de 1961 (y su protocolo de 1972), Convención de 1971 y Convención de 1988 (el resaltado es nuestro).

<sup>41</sup> Costa, Antonio M., Discurso de apertura al 52 período de sesiones de la Comisión on Narcotic Drugs, en *Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem*, New York, 2009, p. 3.

<sup>42</sup> McFarland Sánchez-Moreno, María, “The Human Rights Case for Drug Reform. How Drug Criminalization Destroys Lives, Feeds Abuses, and Subverts the Rule of Law”, en *World Report*



incremento de la persecución y sanción del consumo, producción y distribución de drogas ilícitas como respuesta a la explosión de la violencia y corrupción de las instituciones en torno a los mercados de drogas ilícitas promovidas por los Estados Unidos, Rusia, sus aliados con el apoyo de la UNODC, no solo no ha logrado reducir eficazmente el suministro ni el consumo de drogas, sino que han creado una pesadilla para los Derechos Humanos (ejecuciones extrajudiciales, maltratos y golpizas violentas para los usuarios de drogas y quienes se la inyectan, encarcelaciones masivas, aumento del riesgo de transmisión del VIH, limitación del acceso a la atención médica, pena de muerte, penas desproporcionadas y discriminación).

Así las cosas, nuevamente, se constata, en primer lugar, la directriz ascendente del punitivismo en las drogas, en segundo lugar, su ineficacia y, por último, la amenaza real a los derechos humanos.

## **b) El terrorismo**

Luego de los atentados terroristas del 11 de septiembre (en adelante 11S), el terrorismo es la amenaza más intensa. Esta fecha es, pues, el mayor acontecimiento histórico que sin duda ha cambiado la forma de ver el mundo y la política de seguridad mundial. El fenómeno terrorista es ahora el mayor pretexto para el control planetario.

Antes del 11S, ya se tenía instrumentos internacionales contra el terrorismo. Las Naciones Unidas aprobaron la resolución 49/60, de 9 de diciembre de 1994 y resolución 51/210, de 17 de diciembre de 1996: *Medidas para eliminar el terrorismo internacional*. La primera de ellas en su Anexo “Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional” señalaba que los actos, métodos y prácticas terroristas constituyen una grave violación de los propósitos y principios de las Naciones Unidas, y pueden representar una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, poner en peligro las relaciones de amistad entre los Estados, obstaculizar la cooperación internacional y llevar a la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y las bases democráticas de la sociedad. Asimismo, disponía múltiples mecanismos de cooperación y mandatos para contener el terrorismo.

La segunda, además de incluir el Anexo “Declaración complementaria de la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional”, exhorta la adopción de nuevas medidas contra el terrorismo como las aprobadas por el Grupo de los siete (G7) y la Federación de Rusia en la *Conferencia Ministerial sobre el Terrorismo*, celebrada en París el 30 de julio de 1996, y en el plan de acción aprobado por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo, celebrada en Lima del 23 al 26 de abril de 1996 bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos.

Es particularmente relevante la *Conferencia Ministerial sobre el Terrorismo* por dos motivos, primero es un documento elaborado por las superpotencias (G7) que revela la influencia de las principales economías del mundo y, segundo, en ella ya se ensaya medidas extremas –inicio del espionaje mundial y vigilancia

---

2014, Human Rights Watch, 2014, pp. 24 y s. La autora en su lugar propone despenalizar el uso personal y la posesión para el consumo personal, reducir la regulación penal de la producción y distribución de drogas y buscar formas alternativas y asegurar el respeto a los derechos humanos.

electrónica masiva– de disuasión, persecución y sanción de actos terroristas. Entre estas últimas:

- La investigación de todo tipo de organizaciones incluso si tienen fines caritativos, sociales o culturales.
- La necesidad de encontrar medios para prevenir el riesgo de que los terroristas usen comunicaciones electrónicas para sus actos criminales.
- Revisar y corregir la legislación y endurecer las sanciones y que ellas se reflejen en la sentencias.
- Acceder a la información y comunicaciones para prevenir e investigar actos terroristas.

Luego de los atentados terroristas al World Trade Center, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas crea el *Comité contra el terrorismo*, resolución 1373 (2001), del 28 de septiembre de 2001, mientras mediante resolución 1624 (2005) aprobada el 14 de septiembre de 2005, el Consejo de Seguridad condena la incitación a la comisión de actos terroristas, sus intentos de justificación o glorificación (apología) que puedan incitar nuevos actos. En esta ocasión le recordaba a los Estados la lucha contra *todo el que apoye o facilite la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o la facilitación de refugio, o participe o intente participar en dichas actividades e instaba a adoptar estas medidas:*

- “a) Prohibir por ley la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo;
- b) Impedir dicha conducta;
- c) Denegar protección a toda persona respecto de la cual se disponga de información fidedigna y pertinente por la que haya razones fundadas para considerar que es culpable de esa conducta;”

La Asamblea General, dentro del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 (resolución 60/1, del 18 de septiembre de 2005), sección relativa al terrorismo, enfatiza reforzar la lucha contra todo acto terrorista.

Posteriormente se adopta, mediante la resolución 60/288, del 8 de septiembre del 2006, la *Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo*, reafirmada en las sucesivas resoluciones 62/272, del 5 de septiembre de 2008, y 64/297, de 8 de septiembre del 2010. *El Plan de Acción* de la Estrategia incidía dentro de tales medidas a localizar, negar refugio y someter a la acción de la justicia a *toda persona que apoye, facilite, participe o trate de participar en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos terroristas, o proporcione refugio*. Disposición en la que se puede observar, se mina los principios dogmáticos de la participación criminal persiguiendo los actos preparatorios y los intentos de participación. También, destacan el combate del terrorismo en todas sus formas y manifestaciones en la Internet, para ello, promueve la Internet como instrumento de lucha contra la propagación del mismo.

Asimismo, la Asamblea General creó el *Centro de las Naciones Unidas contra el terrorismo* mediante la resolución 66/10, de 18 de noviembre del 2011. Por otro

lado, en el *Examen de la Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo* (resolución 66/282, 29 de junio del 2012) vuelve a reconocer la necesidad de aumentar la visibilidad y eficacia de las actividades contra el terrorismo que se vienen llevando a cabo.

Frente a las medidas contra el terrorismo, el Director Ejecutivo de *Human Rights Watch* Kenneth Roth<sup>43</sup> ha puesto en alerta que desde los ataques a la ciudad de Nueva York en el 2001 las acciones contra el terrorismo emprendidas por los Estados Unidos han contribuido con la violación de los derechos humanos bajo la excusa de la seguridad nacional (el uso de aeronaves no transportadas y la vigilancia electrónica masiva). El autor destaca que pese a que la administración Obama abandonó formalmente la “guerra global contra el terrorismo” de la era Bush, aún se mantiene la lucha armada con los talibanes, Al-Qaeda y otras fuerzas asociadas, lo que motivó ejecuciones selectivas en Pakistán, Yemen y Somalia, se siguen causando muertes a civiles. Se pone en alerta que no demostrar el uso lícito de aeronaves no tripuladas –drones– para las ejecuciones, siendo el único país que los utiliza, generará un mal precedente provocando que otros gobiernos califiquen a cualquier persona como “combatiente” en lugar de supeditarse a normas más exigentes de respeto a los derechos humanos. Tal precedente devastador para futuras superpotencias ya había sido sentado con la invasión a Irak contraria al Derecho internacional, guerra que constituye un eslabón más en la cadena de una política de orden mundial.<sup>44</sup>

Así las cosas, los principales pronunciamientos de las Naciones Unidas y del Consejo de Seguridad no han dejado de considerar la necesidad de reforzar las medidas contra el terrorismo, las cuales a pesar de la referencia al respeto de los derechos humanos, son de por sí incongruentes con los principios limitativos del poder penal global.

### **3.2. Horizonte interno**

El discurso político mundial da cuenta del establecimiento de un control global mundial post guerra fría a través de dos problemas reales convertidos en pretextos, mejor dicho en nuevos enemigos –el terrorismo y el tráfico de drogas– con la finalidad de encubrir el reconocimiento de que *el verdadero enemigo es el tercer mundo*. Ahora bien, una observación a la política interna de los países centrales altamente industrializados –principalmente los Estados Unidos y en menor medida el Reino Unido– nos ofrece un panorama de represión y realización del control ciudadano sobre una base ideológica *neoconservadora*, la cual es exportada e imitada en el resto del mundo.

#### **3.2.1. El Derecho penal del *Welfare State***

Los programas sociales (laborales y de la seguridad social) iniciados a fines del siglo XIX y primeros años del siglo XX por el Reino Unido y Alemania dieron inicio a una política asistencial de carácter integral. La Crisis del 29 llevó a los Estados Unidos a la implantación del *New Deal* por Roosevelt en 1933, esto es, de políticas asistenciales destinadas a resolver los problemas originados por la

---

<sup>43</sup> Roth, Kenneth, “Rights Struggles of 2013. Stopping Mass Atrocities, Majority Bullying and Abusive Counterterrorism”, en *World Report 2014*, Human Rights Watch, 2014, pp. 13 y ss.

<sup>44</sup> Habermas, Jürgen, “¿Qué significa el derribo del monumento?”, *El País*, 20 de mayo del 2003. Recuperado de [http://elpais.com/diario/2003/05/20/internacional/1053381615\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2003/05/20/internacional/1053381615_850215.html)

depresión. Mientras que el asistencialismo se interrumpía en Europa continental por los totalitarismos, la política económica y social del Reino Unido y los Estados Unidos seguía esa dirección. Luego del fin de la segunda guerra mundial se distinguió claramente el *welfare state*, caracterizado por un Estado que juega un rol clave en el desarrollo económico, social y bienestar de los ciudadanos.

El *welfare state* configuró un específico control del delito: el *welfarismo penal*. De acuerdo con David Garland, este complejo penal tuvo su origen a fines del siglo XIX, alcanzado un vigoroso desarrollo entre las décadas del 50 y 60, y hacia el 70 constituía un sólido marco de políticas públicas en los Estados Unidos y Reino Unido. Este programa correccionalista se sustentaba en el *ideal rehabilitador*, el cual no era un elemento más, sino el principio organizador principal, el marco intelectual y el sistema de valores que mantenía unida toda su estructura y la hacía inteligible para los operadores.<sup>45</sup> El welfarismo penal se basó en dos axiomas: (i) la reforma social, junto con la afluencia económica, reduciría la frecuencia del delito, y (ii) el Estado es responsable de la asistencia a los delincuentes tanto como de su castigo y control. Ambos fueron resultados de un momento histórico específico, esto es, del “milagro del delito” del siglo XIX (la monopolización por parte del Estado del enjuiciamiento y castigo de los delincuentes y la confianza en la capacidad de vencer al delito) y del optimismo liberal del siglo XX.<sup>46</sup> Esta política progresista del control del delito representaba el *establishment* de aquella época.

En el marco del complejo penal-welfare, el delito se consideraba un problema social; el acto delictivo como la consecuencia de un individuo mal socializado. Así, el estudio del delito se enfocaba en el delincuente de “carácter criminal” o grave. La criminología correccionalista estimaba que el delito y el delincuente eran resultado de múltiples privaciones producto de la pobreza y de tipo afectivas (desviación). De ese modo, al delincuente se le rehabilita con el tratamiento correccional y al delito se le reduce con las políticas públicas del Estado de Bienestar.<sup>47</sup>

Massimo Pavarini<sup>48</sup> también sostiene que el *welfare state* o estado asistencial estructuró una nueva política del control social sobre todo en Norteamérica. El estado asistencial tenía la tentativa de reducir la conflictividad social a fin de permitir una racional organización del trabajo –de tipo keynesiano–, ello lo lograría con (i) la reducción de desigualdades económicas a través de una política de redistribución del rédito y de una ampliación de los servicios sociales y (ii) el aislamiento, guetización de las clases y de los sectores sociales inútiles, en tanto excluidos de la producción y, por lo tanto, potenciales generadores de conflictos sociales. Dicho de otro modo, la concentración capitalista derivaría en una restricción del mercado del trabajo (exclusión y marginación), entonces, para la administración de este problema era preciso que la cantidad de excluidos no sobrepase la capacidad del control estatal sobre ellos, pues esto socavaría el

---

<sup>45</sup> Garland, David, *La cultura del control*, trad. de Máximo Sozzo, 1ª ed., Barcelona: Editorial Gedisa, 2005, p. 82.

<sup>46</sup> Garland, David, *La cultura del control*, p. 88.

<sup>47</sup> Garland, David, *La cultura del control*, pp. 92 y ss.

<sup>48</sup> Pavarini, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, trad. Ignacio Muñagorri, 9ª ed., México D.F.: Siglo xxi editores, 2008, pp. 73 y s.

sistema. Para evitar tal peligro el Estado debe potenciar en términos democráticos la redistribución de rédito en los sectores sociales marginados. En consecuencia, el soporte financiero del *welfare state* se encontraba en una mayor recaudación de impuestos para cubrir los programas de asistencia y servicios sociales de los excluidos del sistema de producción: el *welfare state* sería un estado fiscal. Ahora bien, la vertiente asistencial se encuentra unida y pensada junto a una *vertiente económica* necesariamente, pues la redistribución aumentará el consumo en amplios sectores sociales bajos garantizando la demanda interna, permitiendo, de ese modo, que la dinámica capitalista superviva. Ingrediente final a este modelo es el consenso social, brindado por las organizaciones políticas y sindicales.

Bajo los presupuestos económicos-políticos antes descritos (Garland y Pavarini), la política del control social del *welfare state* consideraba, pues, que el desarrollo económico reduciría la criminalidad. En ese marco contextual, la principal causa social del delito eran las desventajas económicas como consecuencia del desarrollo capitalista, entonces, la reducción de las mismas con políticas asistenciales incidiría en la reducción de la criminalidad. Objeto fundamental de la propuesta del *welfare state* en materia criminal era corregir al delincuente y no solo castigarlo, a quien se le asociaba determinadas patologías o desviaciones. Sobre la base de ello, se levantaba el paradigma correccionalista y el ideal de la rehabilitación (la filosofía del tratamiento), ya que el delincuente es susceptible de ser corregido: institutos como la sentencia indeterminada, la *probatio*, libertad condicional o *parole*, el tratamiento individualizado, la justicia de menores se dirigían al logro de ese objetivo.

#### **a) Declive de la rehabilitación**

El complejo penal-welfare funcionó hasta los años setenta. En aquella época se presentaron críticas fundamentalmente dirigidas al modelo de tratamiento individualizado que se traducía en un uso indiscriminado del poder de castigar, siendo la primera de ellas, los contenidos en el Informe *Struggle for Justice* del Working Party of the American Friends Service Committee (Grupo de Trabajo del Comité de Servicios de Amigos Estadounidenses).<sup>49</sup> Asimismo, a la desconfianza por la corrección del delincuente debido a que *nothing works*, se sumó la crítica<sup>50</sup> de sectores conservadores que ligaron el incremento de la criminalidad de aquella década con el fracaso de la rehabilitación y la indulgencia de la justicia penal con los infractores a quienes les resultaba beneficioso. Por el contrario, se exigía volver a pensar en la víctima y que el delincuente reciba lo que merece (*crime does not pays*). También, se destacaba las consecuencias nocivas de los programas de tratamiento<sup>51</sup> en el individuo y la lesión de los derechos de los presos (la sentencia indeterminada). Las críticas provinieron de todos los sectores de la política estadounidense, tanto de los

---

<sup>49</sup> Garland, David, *La cultura del control*, pp. 110 y ss.

<sup>50</sup> Zysman Quiros, Diego, “El castigo penal en EEUU. Teorías, discursos y racionalidades punidas del presente”, en *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Iñaki Rivera Beiras (Coord.), Barcelona: Anthropos, 2004, pp. 273 y ss.

<sup>51</sup> Rivera Beiras, Iñaki, “Forma-Estado, mercado del trabajo y sistema penal (“Nuevas” racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)”, en *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Iñaki Rivera Beiras (Coord.), Barcelona: Anthropos, 2004, p. 296.

reformistas como de los que buscaban desacreditar el sistema penal-welfare y rechazarlo.

El análisis de Garland sostiene que el declive del programa correccional no se debió a las críticas, sino fue producto de cambios económicos, políticos y culturales de la modernidad de fines de siglo, esto es, las estructuras sociales fueron transformadas:

“El nuevo campo del control del delito y la justicia penal fue moldeado no por los programas de los reformadores y por ideas criminológicas, sino por el carácter de la sociedad de fines del siglo XX, sus problemas, su cultura y sus tecnologías de poder. (...) los nuevos arreglos institucionales implementados como mecanismos de solución de problemas fueron desarrollados a partir de la experiencia práctica de entes estatales y sus bases de apoyatura más que a partir de los programas ideológicos de reformadores.”<sup>52</sup>

De acuerdo al mencionado autor fueron dos conjuntos de fuerzas transformadoras: (i) los cambios sociales, económicos y culturales característicos de la modernidad tardía y (ii) los realineamientos y las iniciativas políticas que se desarrollaron en respuesta a estos cambios y en reacción a la crisis del Estado de bienestar, en Estados Unidos y Reino Unido desde fines de la década de 1970 en adelante.

El impacto es sintetizado:

“[E]l primer conjunto de fuerzas -la transición a la modernidad tardía- transformó algunas de las condiciones sociales y políticas de las que dependía el campo del moderno control del delito. También planteó nuevos problemas relativos al delito y la inseguridad, cuestionó la legitimidad y efectividad de las instituciones del welfare y colocó nuevos límites a los poderes del Estado-nación. El segundo conjunto de fuerzas – la política del postwelfarismo– produjo un nuevo conjunto de relaciones de clase y raciales y un bloque político dominante que se definió a sí mismo en oposición al viejo welfarismo y a los ideales sociales y culturales en los que se fundaba.”<sup>53</sup>

De todas las fuerzas, la más poderosa fue el desarrollo de la dinámica de producción y el intercambio capitalista.

Asimismo, llevar a la práctica el programa rehabilitador del *welfare state* en materia criminal implicó invertir en la implementación de agencias judiciales (oficinas de clasificación y comisiones de *parole*), profesionales (trabajadores

---

<sup>52</sup> Garland, David, *La cultura del control*, p. 135.

<sup>53</sup> Garland, David, *La cultura del control*, p. 137.

De igual manera, Emiliano Borja –dentro de su investigación para descubrir los fundamentos más comunes de todo sistema penal (universalidad)– destaca las tres revoluciones industriales que aparejaron cambios y evolución del Estado (liberal, social y neoliberal) y su correspondiente política criminal (de protección de las libertades formales y bienes jurídicos individuales, de disminución de las diferencias sociales y, por último, de gestión de conflictos bajo parámetros eficientistas). Así, el actual Derecho penal es consecuencia de la ideología de la globalización. Borja Jiménez, Emiliano, *Acerca de lo universal y lo particular en el Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 46 y ss.

sociales, psicólogos, psiquiatras, médicos, educadores, criminólogos, expertos en cuidados de niños, supervisores) y de una estructura penitenciaria e institutos reformativos (reformativos juveniles, prisiones de capacitación, institutos correccionales, etc, todas ellas alternativas a la prisión tradicional), las cuales ya no era posible cubrir, consecuentemente, se quebraba el paradigma rehabilitador.

Es importante, por ello destacar que la crisis del ideal de la resocialización tiene relación con la crisis del estado fiscal, precisamente, lo que permitía la ejecución de los programas asistencias sociales y criminales.

Pavarini subraya que el malestar social de las sociedades desarrolladas en los años sesenta fue reflejo de la crisis socioeconómica, la cual tuvo causas intrínsecas: la reducción de la población activa frente a un universo creciente de excluidos de la producción elevaba la demanda de servicios sociales obligando a un mayor presión fiscal que se mostraba inadecuada. Así precisa:

“Esta contradicción lleva a un proceso de *deslegitimación de la función del estado asistencial*: en cuanto no es capaz de satisfacer las nuevas y crecientes necesidades de la población marginal, el estado ve de hecho extenderse la conflictividad y no es capaz de justificar la demanda de un ulterior cobro del rédito por parte de las clases productoras, precisamente porque ya no puede garantizar la paz social que es la contrapartida necesaria para imponer a las clases acomodadas un incremento de las cargas económicas. Se abre, así, una espiral de incumplimientos cuyo resultado histórico es la *puesta en crisis del estado fiscal*: el cambio de orientación de las inversiones del sector social y por tanto improductivo hacia sectores económicos-productivos.”<sup>54</sup>

Por su parte, Rivera señala que junto a la deslegitimación de la función del estado asistencial, fueron las transformaciones socioeconómicas la base de los cambios hacia nuevas racionalidades punitivas: la quiebra del modelo *fordista* (estilo de producción de Henry Ford) y keynesiano de la sociedad que precisamente era el eje del Estado social. Las transformaciones económicas-políticas de los años sesenta y setenta (R. Reagan y M. Thatcher) dan inicio a la globalización económica y un modelo *post-fordista* de sociedad. De una forma de producción que permitía que entre los trabajadores se establezcan vínculos comunes y una conciencia de clase colectiva se pasa a un paradigma productivo de trabajo fragmentario, impersonal y precario (riesgoso), dejando de ser ciudadanos para ser consumidores. Es así que, dentro de los múltiples *riesgos* de la sociedad (tecnológicos, ambientales, laborales, de salud pública, etc), la política criminal se dirigirá ya no al individuo, sino al control del delito, más precisamente al riesgo del delito.<sup>55</sup>

Lo hasta aquí dicho nos informa que las transformaciones estructurales en lo social y económico (neoliberalismo de libre mercado y conservadurismo social) fueron lo que determinaron una nueva forma de control del delito. Desde los setenta, se dibuja un nuevo panorama criminológico norteamericano. La nueva racionalidad punitiva: una cultura del control.

---

<sup>54</sup> Pavarini, Massimo, *Control y dominación*, p. 80.

<sup>55</sup> Rivera Beiras, Iñaki, “Forma-Estado, mercado del trabajo y sistema penal (‘Nuevas’ racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)”, pp. 306 y ss.

Por último, en los setenta la tasa delictiva se incrementó en los países industrializados, lo cual no fue una mera coincidencia como señala Garland<sup>56</sup> junto a las críticas al welfarismo penal, sino producto de los cambios sociales. En ese contexto, el programa rehabilitador se presentaba como ineficaz, indulgente y contraproducente. La lectura reaccionaria de los cambios fue que había la necesidad de un mayor control social, pero dirigido a un grupo focalizado y de conductas específicas: los pobres y marginados.

Del control económico y libertad social ➡ libertad económica y control social

“El delito (...) comenzó a funcionar como una legitimación retórica de las políticas sociales y económicas que castigaban efectivamente a los pobres y como una justificación para el desarrollo de un fuerte Estado disciplinario. (...) El delito pasó a ser considerado, en cambio, como un problema de indisciplina, de falta de autocontrol o de control social, un asunto de individuos malvados que debían ser disuadidos y merecían ser castigados. (...) En lugar de ser un indicador de necesidades o privaciones, el delito era una cuestión de culturas o personalidades antisociales, así como de elecciones racionales individuales frente a una laxa aplicación de la ley y unos regímenes de castigo blandos.”<sup>57</sup>

### **3.2.2. El cambio de paradigma del estado social al estado penal: La lucha por más seguridad**

Las nuevas racionalidades del castigo o ideologías del control social o nueva penalidad que se presentaron en los Estados Unidos y en general en el mundo occidental desarrollado en lugar del welfarismo penal, se caracterizan por combinar estrategias de control del crimen que van, como señala el profesor italiano Silvio Ciappi, desde instrumentos de predicción actuarial de la delincuencia a instrumentos de justicia reparativa. En este cúmulo de políticas penales lo que importa es que resulten eficaces en el control del delito. *Todo vale* en las políticas de reducción de la criminalidad. Así señala:

“La palabra clave para interpretar la penalidad de comienzo del milenio es precisamente ésta: eficacia y gestión de riesgos (*Risk Management*), en una perspectiva de reducción del estado social al estado penal, y posteriormente en una óptica de reducción de las medidas penales a medidas administrativas de control. (...) Lo que importa es que el sistema, se dice, funcione. (...) La nueva penalidad se apropia de los principios de la razón instrumental; es *logos* con respecto a un fin (...), no es la aplicación de filosofías y conocimientos más generales sobre el hombre, la sociedad, el derecho. Su *telos* es interino al sistema: la nueva ideología de la pena no conoce ideologías (...).”<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Garland, David, *La cultura del control*, p. 159.

<sup>57</sup> Garland, David, *La cultura del control*, p. 177.

<sup>58</sup> Ciappi, Silvio, *La nueva penalidad. Política criminal y gobierno de la inseguridad*, 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 13.



En relación a estas formas de políticas criminales se pueden señalar:

- (i) El *just desert* (justo merecimiento).
- (ii) La incapacitación y la *new penology*.
- (iii) El movimiento *Law and Economics*.
- (iv) Los programas de prevención del delito.
- (v) El modelo reparativo.

El *just desert* por un lado y la incapacitación y la *new penology* por otro tienen su origen en el resurgir del *neoclasicismo*,<sup>59</sup> esto es, una vuelta a la idea retributiva de la sanción. Esta orientación va a tener su expresión garantista en el *Justice Model* y otra expresión conservadora-represiva en el *Crime Control*. Mientras uno busca determinar una pena justa con respeto a los derechos del acusado, la otra tiene como objeto instrumental la *incapacitación o neutralización* del delincuente.

#### **a) El *just desert* (justo merecimiento)**

Esta orientación<sup>60</sup> va a sostener que el castigo debe corresponderse al daño causado, su enfoque parte de una teoría de la justicia que se aplica al castigo y así limitarlo. El *just desert* es consecuencia de los estudios críticos al modelo del tratamiento del welfarismo penal y que convergían en el programa del *Justice Model* o Modelo de Justicia.

En ese sentido, el *just desert* buscaba garantizar un castigo seguro, reduciendo la injusticia y la irracionalidad de las penas indeterminadas. Tenía una doble misión, “justificar filosóficamente la existencia y necesidad de las penas, pero también guiar la imposición de los castigos en la práctica.”<sup>61</sup> El concepto *desert* (merecimiento) resultaba más apropiado para expresar la idea, además servía para diferenciarlo del retribucionismo clásico. La propuesta requería de la prevención general disuasoria (*deterrence*), pues reafirmaba valores que se infringían. Asimismo, el merecimiento se encontraba enclavado en el sentido común que le imprimía un contenido ético.

Esta perspectiva estaba representada principalmente por el reporte del Comité para el Estudio del Encarcelamiento llamado *Doing Justice*.

“Algunas de nuestras conclusiones pueden parecer anticuadas. Con sorpresa nos encontramos regresando a las ideas de estos pensadores del Siglo de las Luces como Kant y Beccaria, ideas que precedieron a las ideas de la rehabilitación que surgieron en el siglo XIX. Tomamos muy en serio la opinión de Kant de que un individuo debe ser castigado porque lo merece. Hacemos valer, tal como lo hicieron Kant y Beccaria, que la severidad del castigo debería depender sobre todo de la gravedad

---

<sup>59</sup> Ciappi, Silvio, *La nueva penalidad*, p. 25.

<sup>60</sup> Véase, Zysman Quiros, Diego, “El castigo penal en EEUU. Teorías, discursos y racionalidades punidas del presente”, p. 253 y ss.

<sup>61</sup> Zysman Quiros, Diego, “El castigo penal en EEUU. Teorías, discursos y racionalidades punidas del presente”, p. 256.

del delito. Compartimos el interés de Beccaria en que se fijen los límites de la discreción para sentenciar.”<sup>62</sup>

### **b) La incapacitación y la *new penology***

La *incapacitación y neutralización* es la que entre las últimas décadas del siglo XX y primeras del siglo XXI es global. Zysman Quiros<sup>63</sup> explica que la *incapacitación* busca restringir la comisión de delitos mediante impedimentos físicos (la cárcel), dicho de otro modo, que el delincuente no vuelva a hacer lo mismo. Ahora bien, una *incapacitación general* derivaría en una sobrepoblación de las prisiones, por lo que resulta mejor clasificar a quienes se va a incapacitar (*incapacitación selectiva*, que no era otra cosa que una política administrativa), es decir, a los más peligrosos y persistentes. Así, tanto el neoconservadurismo y la managerismo/actuarialismo (*New penology*) auspician la *incapacitación*.

El primero es expresión de las políticas de derecha que promueven un penalismo *duro* y el *Law & Order*<sup>64</sup>, es decir, de las ampliamente difundidas políticas de la *Zero Tolerance*.

A finales del siglo XX los Estados Unidos tenía consolidado un punitivismo exacerbado y de intolerancia al delito. En marzo 1982, James Q. Wilson y George L. Kelling en el magazine *The Atlantic Monthly* publicaron un artículo titulado “*Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety*”<sup>65</sup>, en él proponen una intervención decidida de la policía (rol clave), puesto que el no control de determinadas conductas a las cuales no se les presta atención y se descuida (el ejemplo del desmantelamiento progresivo de un auto en el Bronx y otro en Palo Alto) conducirá a la ruptura de los controles comunitarios. El deseo de “descriminalizar” conductas deshonrosas (la del borracho, vagabundo o la trabajadora sexual) que “no dañan a nadie” es un error. Detener a uno parecería injusto, pero de no hacer nada con cientos de ellos podrían destruir la comunidad entera. Estas conductas podrían socavar más rápidamente la comunidad que un equipo de ladrones profesionales. La idea preventiva de los norteamericanos se expresa así:

“Just as physicians now recognize the importance of fostering health rather than simply treating illness, so the police—and the rest of us—ought to recognize the importance of maintaining, intact, communities without broken windows.”

---

<sup>62</sup> Hirsch, Andrew von, “Doing Justice: The Choice of Punishment”, citado por Richard Quinney, *Clases, estado y delincuencia*, trad. Mercedes Pizarro, 1ª ed., México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 40 y s.

<sup>63</sup> Zysman Quiros, Diego, “El castigo penal en EEUU. Teorías, discursos y racionalidades punidas del presente”, p. 267.

<sup>64</sup> La expresión en el contexto anglosajón se refiere a las políticas públicas orientadas a hacer frente a situaciones generalizadas de criminalidad y conflicto social. Es así que, una traducción a la misma se adecuada mejor como políticas de la “seguridad ciudadana”. Su fuente ideológica es de tipo conservador.

<sup>65</sup> Wilson, James, y Kelling, George, “Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety”, en *The Atlantic Monthly*, 1982. Recuperado de <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>

En 1984, Habermas<sup>66</sup> en la cuestión de la crisis del Estado social destacaba que en dicha época se encontraba el alza del neoconservadurismo representado por los gobiernos de Reagan y Thatcher caracterizado por 3 componentes:

“1. Por una política económica orientada en función de la oferta, que tiene por objeto mejorar las condiciones de revalorización del capital y poner otra vez en marcha el proceso de acumulación. Se cuenta –en principio se supone que, sólo de forma transitoria– con una tasa de desempleo relativamente alta. La redistribución de ingresos redundará en detrimento de las capas más pobres de la población, mientras que sólo los grandes poseedores de capital alcanzan claras mejoras. A todo lo cual hay que añadir una cierta restricción de las prestaciones del Estado social.

2. Hay que rebajar los costes de legitimación del sistema político. La ‘inflación de exigencias o pretensiones’ y la ‘ingobernabilidad’ son los dos núcleos temáticos contra los que se vuelve una política que tiene por objeto establecer una más marcada separación entre la Administración y los procesos de formación de la voluntad colectiva. En este contexto se fomentan desarrollos neocorporativistas, es decir, una activación del potencial de control no estatal de las grandes corporaciones, sobre todo de las organizaciones empresariales y de los sindicatos. Esta sustitución de las competencias parlamentarias, normativamente reguladas por sistemas de negociación que todavía siguen funcionando, convierte al Estado en una parte más en la mesa de negociaciones.

3. Finalmente, la política cultural se encarga de operar en dos frentes. Por un lado, hay que desacreditar a los intelectuales como gente obsesa por el poder y, a la vez, como representantes ya improductivos del modernismo, pues los valores posmateriales sobre todo las necesidades expresivas de autorrealización, y los juicios críticos de una moral universalista ilustrada se consideran amenazas a las bases motivacionales de la sociedad del trabajo y de la opinión pública despolitizada. Por otro lado, hay que reavivar la cultura tradicional, las bases sustentadoras de la eticidad convencional, del patriotismo, de la religión civil, de la cultura popular.”

La puesta en práctica de las políticas de tolerancia cero se ejecutaron en los noventa bajo el gobierno del alcalde (1994-2001) de la ciudad de Nueva York Rudolph Guiliani, en cuyo periodo de gobierno se presentó una reducción de la delincuencia.<sup>67</sup> La vinculación del pensamiento conservador y el punitivismo se hizo presente en nuestro país cuando la candidata a la presidencia de la república, Sra. Keiko Fujimori<sup>68</sup> –hija del ex presidente A. Fujimori preso por violación a los derechos humanos–, en el 2011 presentó a Guiliani como su

---

<sup>66</sup> Habermas, Jürgen, “El fin de una utopía”, *El País*, 09 de diciembre de 1984. Recuperado de [http://elpais.com/diario/1984/12/09/opinion/471394806\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1984/12/09/opinion/471394806_850215.html)

<sup>67</sup> Ciappi expone argumentos que cuestionan la efectividad de la política de tolerancia cero. Por una parte, la delincuencia también había disminuido en otras zonas en las que no se adoptó dicha política; por otra parte, ya había una reducción en curso de la delincuencia. Véase Ciappi, Silvio, *La nueva penalidad*, pp. 116 y s.

<sup>68</sup> La República, 17 de mayo de 2011. Recuperado de <http://www.larepublica.pe/17-05-2011/el-modelo-de-represion-de-rudolph-giuliani> y *El Comercio*, 15 de mayo de 2011. Recuperado de <http://elcomercio.pe/politica/gobierno/keiko-quiere-convencer-indecisos-su-unico-plan-gobierno-noticia-757875>

asesor en temas de política de seguridad ciudadana (la aplicación del garrote policial), plateando su programa “Calle segura”.

Justamente, el Derecho penal del enemigo es una manifestación de la *incapacitación* al promover la neutralización de quienes no ofrecen la garantía mínima de un comportamiento personal. El objetivo es la eliminación de la fuente de peligro y la cárcel aparece aquí como instrumento neutralizador ideal.

Por otra parte, el segundo, la *New penology*,<sup>69</sup> pretende manejar o gerenciar diversas situaciones con lógicas propias del emprendimiento de empresarios, asociada además a la incapacitación selectiva. Aquí el concepto de riesgo (*risk management*) cobra relevancia. El centro de atención del actuarialismo son las técnicas de identificación, clasificación y manejo (*managerism*) de grupos poblacionales de acuerdo a su peligrosidad, se busca *gerenciar los riesgos*.

Característica de las políticas criminales actuales en Estados Unidos y Reino Unido es que en lugar de un control puramente penal se toman medidas administrativas.<sup>70</sup> Las decisiones administrativas se encuentran en función de parámetros de riesgo de determinados sujetos (prevención individual de tipo tecnocrático), esto es, bajo un concepto de peligrosidad de tipo estadístico (concepto actuarial del riesgo). Una vez identificados grupos peligrosos con alta tasa de crímenes se neutraliza con una pena incapacitadora para lograr la ansiada prevención.

Estas formas de *sentencing*, como señala Rivera,<sup>71</sup> se ven influidas por racionalidades de corte económico y tecnocrático, empleando *mandatory penalties* (la obligación de imponer un mínimo de privación de la libertad) y *guidelines sentences* (guías penales de determinación aritmética de la penalidad).<sup>72</sup> Sobre la base de ellas, se construye el camino hacia el *business penitenciaro*. Hacer negocio con el delito resulta lucrativo, se invierte en construcción de cárceles y se compra y vende seguridad. El alto índice del delito garantiza una industria del control del delito. Mientras más delito, mejor para el visionario empresario.

### **c) El movimiento *Law and Economics***

Esta perspectiva parte de una concepción sobre la naturaleza humana. Asume al sujeto libre y racional en sus interacciones sociales, es decir, elige medios eficientes para sus fines cualesquiera sean estos.<sup>73</sup> Para la teoría económica no existe enfermedad, sino libre elección, de ese modo, analiza el delito y el castigo

---

<sup>69</sup> Zysman Quiros, Diego, “El castigo penal en EEUU. Teorías, discursos y racionalidades punidas del presente”, pp. 276 y ss.

<sup>70</sup> Ciappi, Silvio, *La nueva penalidad*, pp. 111 y ss.

<sup>71</sup> Rivera Beiras, Iñaki, “Forma-Estado, mercado del trabajo y sistema penal (‘Nuevas’ racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)”, pp. 297 y ss.

La *sentencing* no se reduce a la individualización o determinación judicial de la pena, sino incluye todo acto judicial posterior a la *conviction* (declaración de culpabilidad del acusado).

<sup>72</sup> Ejemplo de ello es el nuevo sistema de determinación de la pena por tercios (inferior, medio y superior) incorporado en el artículo 45-A del Código Penal mediante la Ley N° 30076 publicada el 19 de agosto del 2013.

<sup>73</sup> Posner, Richard A., “El análisis económico del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo”, en *Revista de Economía y Derecho*, Sociedad de Economía y Derecho UPC, Vol. 2, N° 7, Perú, Invierno 2005, p. 10.

a luz de las herramientas económicas como lo haría con cualquier otra conducta. Becker<sup>74</sup> en su ensayo de 1968 trata de responder lo siguiente: “¿cuántos recursos y castigos se *deben* usar para hacer cumplir los diferentes tipos de normas? O, lo que es lo mismo, ¿cuántos delitos se *deben* permitir y cuántos delincuentes *deben* quedar sin castigo?” Con ese cometido, recurre al análisis económico para desarrollar políticas públicas y privadas óptimas contra el crimen.

El delito es una decisión de utilidad. En ese sentido, lo que se busca es una sanción óptima o eficiente (castigar mejor en lo que se refiere a la clase como al *quantum* de pena) que permita minimizar costos que acarrea su imposición. Las políticas públicas se fundan, pues, en la decisión que ofrezca mayor eficiencia económica al margen de consideraciones morales. Así ejemplifica Posner:

“Este análisis ayuda a explicar la extraordinaria severidad de las penas por el tráfico ilícito de drogas, un crimen cuyos costos sociales son probablemente bajos. Esto es intangible una vez que se ha tomado la decisión de criminalizar y, por tanto, intentar detener la conducta. Puesto que la venta de drogas es un negocio potencialmente lucrativo (*G* alta), y más importante aún, como se trata de un crimen sin ‘víctimas’, la dificultad de la aprehensión es aguda (*P* baja) y la sanción óptima es alta.”<sup>75</sup>

#### **d) Los programas de prevención del delito**

Este modelo de racionalidad es la que engloba las políticas, métodos y técnicas de prevención de la delincuencia<sup>76</sup>. Ahora bien, estos programas de prevención tienen interés de estudio en los temas de *seguridad urbana*, así pues, resulta de relevancia el conocimiento de la distribución geográfica del crimen. Se busca medir y evaluar los resultados de estos programas y observar si son funcionales a su finalidad (reducir la delincuencia) y, en consecuencia, ser útiles a los gobiernos locales y nacionales. Resulta importante que los programas de prevención sean medibles, objetivos y replicables, lo que precisa una base empírica susceptible de evaluación. Importa saber qué funciona (*what works*), qué no (*what doesn't*) y qué es prometedor (*what's promising*).

Entre estos programas –describe Ciappi<sup>77</sup>– se encuentran la Prevención situacional, la Prevención evolutiva, la Prevención comunitaria y la Prevención ambiental. La primera se enfoca en que en la lucha contra el delito se deben incrementar los obstáculos para su realización (proteger bienes o reducir vías de escape) y disminuir las oportunidades que lo facilitan (ocultar bienes)<sup>78</sup>. La

---

<sup>74</sup> Becker, Gary, “Crimen y castigo: un enfoque económico”, trad. E. Lozano y R. Galván, en *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*. México: CEGPP, ITAM y FCE, 2000 (1ª reimpresión 2002), p. 384.

<sup>75</sup> Posner, Richard A., “El análisis económico del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo”, p. 11.

<sup>76</sup> Véase Ciappi, Silvio, *La nueva penalidad*, pp. 45 y ss.

<sup>77</sup> Ciappi, Silvio, *La nueva penalidad*, pp. 57 y ss.

<sup>78</sup> Esta estrategia se basa en cuatro enfoques teóricos: 1. La teoría de las oportunidades criminales (busca comprender las condiciones de lugar, tiempo y disponibilidad de quien va a cometer un delito, el crimen es favorecido por los contextos y situaciones de vida); 2. La teoría de la actividad habitual (para comisión del delito convergen un sujeto disponible y motivado, un objetivo disponible y falta de controles territoriales); 3. La teoría del modelo criminal (explica el

segunda parte de la idea de identificar factores de riesgo que aparecen en el transcurso de la vida y que motivaran una conducta delictiva (maltrato de menores o jóvenes madres) y a efectos de evitar *la propensión al crimen* se elaborarán programas de *intervención temprana* o precoz (apoyo familiar y empleo). La tercera se basa en la gestión local de la seguridad urbana (ciudades seguras), en la que se involucra a la comunidad en la toma de decisiones de su propia seguridad (cooperación entre grupos comunitarios y la policía), reduciendo el sentimiento de inseguridad. La última política preventiva se dirige a planteamientos de rediseño de la ciudad y barrios para reducir la delincuencia.

#### **e) El modelo reparativo**

También identificado como *restorative justice* o justicias con rostro humano.<sup>79</sup> La finalidad es “reparar” el daño causado dentro de un marco en el que el conflicto sea una cuestión privada, un asunto que compete a las partes involucradas (el autor, víctima y la comunidad). Se caracteriza por la implicación de la comunidad en la gestión de conflictos y en la elaboración de proyectos de prevención, especialmente en barrios de alta delincuencia. Este modelo pone de relieve la capacidad de la comunidad para que a través de la discusión y el diálogo el conflicto se componga, logrando no solo el compromiso y la responsabilidad de las partes (reflejo pedagógico), sino en el fortalecimiento del sentido de pertenencia al grupo social (mejorar las relaciones de convivencia). Este nuevo paradigma en lugar de recurrir al tipo de justicia formal (los tribunales), acude a un tipo de justicia social.

Pero ¿cómo incluir a este procedimiento alternativo dentro del marco de la *nueva penalidad*? Ciappi ofrece dos razones:<sup>80</sup> el modelo reparativo surgió en coincidencia con el éxito de las políticas inspiradas en la nueva penalidad, con o sin conexión con instrumentos más represivos; en segundo lugar, en algunas aplicaciones los instrumentos reparativos constituyen accesorios a la pena dentro de políticas de inhabilitación o rehabilitación más generales. Asimismo, estas formas alternativas surgieron como parte de la crítica al welfarismo penal y además asimila el conflicto como un problema administrativo de seguridad urbana. Es cierto en parte, como habitualmente se considera, que nacieron como antítesis al modelo retributivo.<sup>81</sup>

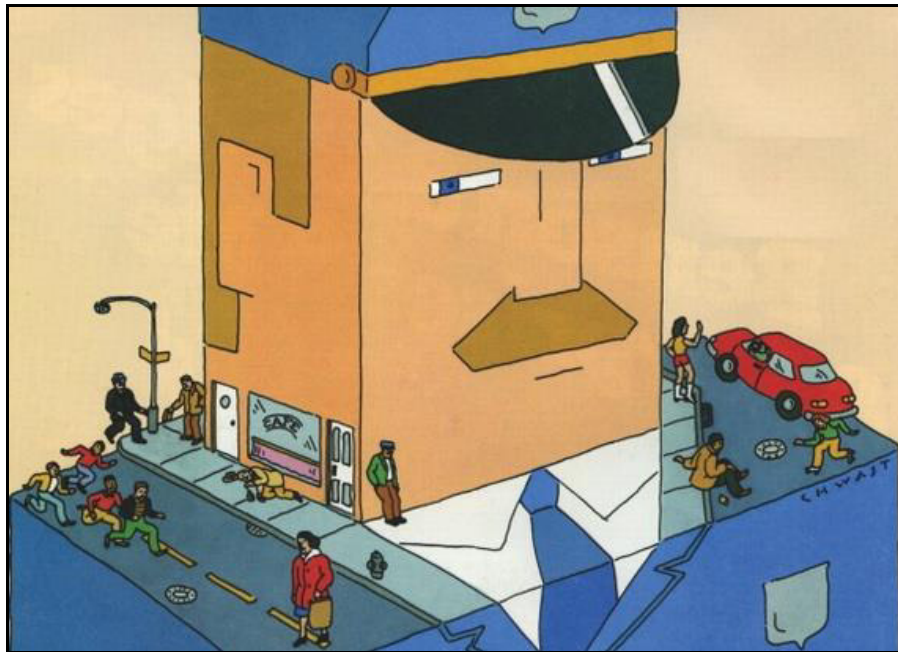
---

acto desviado por medio de la distribución especial de las actividades criminales); y 4. La teoría de la elección racional (la elección de cometer un delito deriva de la ponderación de costes y beneficios).

<sup>79</sup> Véase Ciappi, Silvio, *La nueva penalidad*, pp. 159 y ss.

<sup>80</sup> Ciappi, Silvio, *La nueva penalidad*, pp. 162 y s.

<sup>81</sup> Ciappi Silvio, *La nueva penalidad*, pp. 126 y ss.



**Gráfico N° 2:** Representación del estado actual de la política de seguridad estatal. Fuente: <http://www.theatlantic.com> (Broken Windows) (1982).

### 3.2.3 Crítica marxista de R. Quinney a las propuestas alternativas de castigo al programa rehabilitador

La concepción marxista del derecho en general y del derecho penal en particular sostiene que cualquier análisis jurídico no puede estar al margen de un análisis de las relaciones materiales de vida presentes, esto es, de las condiciones de la sociedad capitalista. El marxismo, pues, no se agota en la disolución del sistema capitalista, sino que aborda la liberación del hombre en todos sus aspectos, incluido el crimen y el castigo en un sector de la población que sufre la opresión en forma de sanción penal.<sup>82</sup>

El teórico marxista del derecho Pašukanis sintetiza esta idea:

“No se puede comprender el verdadero sentido de la práctica penal del Estado de clase a no ser que se parta de su naturaleza antagónica. Las teorías del derecho penal que deducen los principios de la política penal de los intereses de la sociedad en su conjunto son deformadores

<sup>82</sup> Taylor, Ian y Walton, Paul, “La teoría radical de la desviación y el marxismo: Replica a ‘Marx y Engels sobre la ley, el delito y la moralidad’, de Paul Q. Hirst”, trad. N. Grab, en *Criminología crítica*, I. Taylor/P. Walton/J. Young (Dirs.), 5ª ed., México D.F.: Siglo xxi editores, 2007, pp. 288 y ss.

Véase el debate sobre si el marxismo tiene definidos sus propios conceptos (modo de producción, lucha de clases, el estado, la ideología, etc.) y que excluiría aplicar sus criterios al estudio del crimen, que es sostenido por Paul Q. Hirst en “Marx y Engels sobre la ley, el delito y la moralidad”, y Taylor Ian y Walton Paul que afirman lo contrario (el marxismo está interesado luchar contra la opresión en todas sus formas, entre ellas el delito) en *Criminología crítica*, I. Taylor/P. Walton/J. Young (Dirs.), 5ª ed., México D.F.: Siglo xxi editores, 2007.

conscientes o inconscientes de la realidad. La «sociedad en su conjunto» no existe sino en la imaginación de los juristas: no existen de hecho más que clases que tiene intereses contradictorios. Todo sistema histórico determinado de la política penal lleva la marca de los intereses de la clase que lo ha realizado.»<sup>83</sup>

Igualmente, Alexandrov<sup>84</sup> y Konstantinov<sup>85</sup> destacan que, así como el Estado, el derecho tiene un carácter clasista. El derecho expresa la voluntad de la clase dominante que emite normas que sirven a sus intereses. Ante todo, el derecho penal se manifiesta como la más adecuada forma de control.<sup>86</sup>

Richard Quinney<sup>87</sup> considera que el control penal (las penas y el derecho penal) es consecuencia de las características endémicas del capitalismo en desarrollo, por ello, para entender el delito es necesario comprender su economía política. De aquí que cuando surgen en el seno de la sociedad problemas que no puede resolver, ésta implanta y formaliza políticas para controlar a la población.

Dentro de la perspectiva del autor norteamericano, las propuestas “críticas” (liberales y conservadoras) al –“inoperante”– programa rehabilitador a mediados de los sesenta derivaron en una concepción utilitarista de la pena.<sup>88</sup> Así, James Q. Willson (*Thinking about Crimen*), con el objetivo de elaborar un adecuado plan de políticas públicas, y Gary S. Becker (*Crime and Punishment: An Economic Approach*) postulaban una noción de la naturaleza del hombre (racional y utilitarista) –el ser malo y delincuente es una elección racional–. Esta noción posibilitaba una política social de “abstención mediante el temor”. En esa línea, Franklin E. Zimring y Gordon J. Hawkins (*Deterrence*) promovían que el castigo –dirigido a atemorizar al delincuente por la certidumbre y rapidez de la pena– sea moralmente tolerable. Se sumaba el pensamiento conservador de Ernest van Den Haag (*Pushining Criminals*) que en conjunto buscaban justificar nuevas formas de castigo. Es así que, la vuelta a la prisión como lugar del castigo se hizo patente en la propuesta de Norval Morris (*Future of Imprisonment*).

La nueva visión de la realidad sobre todo del hombre trae como consecuencia políticas penales de abstención del delincuente por temor y la incapacitación en la prisión. Wilson sostendrá –explica Quinney– que las instancias judiciales y penitenciarias juegan un rol fundamental al tener la tarea no solo de decidir sobre la culpabilidad o inocencia del delincuente, sino sobre todo en qué hacer con él.

---

<sup>83</sup> Pašukanis, Evgeny, *Teoría general del Derecho y marxismo*, trad. V. Zapatero, 1ª ed., Barcelona: Editorial Labor, 1976, p. 149.

<sup>84</sup> Alexandrov, N. G., *Teoría del Estado y del Derecho*. (correspondiente al capítulo I), trad. A. Fierro, 2ª ed., México D.F.: Editorial Gribaldo S.A., 1966., pp. 20 y s.

<sup>85</sup> Konstantinov, F. V., *Fundamentos de la filosofía marxista*, trad. A. Sánchez Vásquez y W. Roces, Academia de Ciencias de la URSS, Instituto de Filosofía, México, D.F.: Editorial Gribaldo, 1965, p. 467.

<sup>86</sup> Véase un estudio breve de dos enfoques convergentes del castigo en la óptica marxista –uno, el castigo como un fenómeno histórico-social supeditado al mercado y, otra, el castigo como institución que cumple una función política de represión y aparato ideológico–, en Prado Carolina, “Dos concepciones del castigo en torno a Marx”, en *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Iñaki Rivera Beiras (Coord.), Barcelona: Anthropos, 2004, p. 113 y ss.

<sup>87</sup> Quinney, Richard, *Clases, estado y delincuencia*, trad. M. Pizarro, 1ª ed., México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 10 (Prefacio) y pp. 55 y ss.

<sup>88</sup> Quinney, Richard, *Clases, estado y delincuencia*, pp. 33 y ss.



Se requiere de una buena sentencia en la que prime antes que su dureza en prisión, la certeza de la misma surtiendo en el autor un efecto para que no reincida, como en los potenciales delincuentes para que éstos no cometan delitos.

La crítica de Quinney<sup>89</sup> a estos autores y sus obras con respaldo sociológico se centra en que sus análisis toman como cierto el orden social existente y en lugar de sugerir un orden alternativo –junto a un concepto distinto de hombre– justifican una mayor represión dentro del orden establecido y que a pesar de la fundamentación legal y filosófica ellas carecían de una comprensión crítica. Todas ellas ofrecen una defensa del castigo para la protección del orden social norteamericano capitalista. Incluso la propuesta del *Doing Justice* de von Hirsch, en lugar de impugnar la naturaleza de la sociedad, formula un plan de castigo para satisfacer los fines de la sociedad existente.

“Todas esas obras se ajustan a una combinación de dos únicas nociones de justicia. Conciben a la justicia como una protección de los ‘derechos’ reconocidos dentro del orden natural y como un castigo distributivo que está de acuerdo con lo merecido. El nuevo modelo de justicia la dispensa (esto es, castiga) con el propósito de preservar el orden social capitalista y de conformidad con lo que el agresor merece en la persecución de una acción racional. Esta noción de justicia es la adecuada para el orden capitalista; supone una jerarquía de derechos y relaciones sociales competitivas.”<sup>90</sup>

Pero la crítica de Quinney<sup>91</sup> va más allá de una crítica a las “nuevas” propuestas sobre el castigo en plena decadencia del welfarismo penal. En efecto, partiendo de la filosofía crítica (forma de vida y de negación del orden establecido) elabora una Teoría crítico-marxista del control del crimen que abarca el reconocimiento de una clase dominante que tiene el interés primario de preservar el sistema capitalista para lo cual se sirve del sistema legal. Sin embargo, dicha clase no ejerce el control legal directamente sino a través del Estado, por ello, el derecho se convierte en un medio final por el cual el Estado asegura los intereses de la clase dominante. Así, llega hasta la desmitificación del derecho penal en los Estados Unidos y de la solución del crimen en una sociedad socialista.

#### **3.2.4. La cuestión de la seguridad y la globalización**

El historiador de la Universidad de Yale John Lewis Gaddis –citado por Chomsky– señala que el principio fundamental de la Administración Bush –y que ha prevalecido desde los padres fundadores de la nación norteamericana hasta la actualidad–, es que se “[ha] asumido que la expansión es el mejor camino para garantizar la seguridad.”<sup>92</sup> No obstante, esa seguridad no es como podría pensarse para las personas de a pie que forman parte de la ciudad, sino

---

<sup>89</sup> Quinney, Richard, *Clases, estado y delincuencia*, pp. 31 y ss.

<sup>90</sup> Quinney, Richard, *Clases, estado y delincuencia*, p. 42.

<sup>91</sup> Quinney, Richard, “Control del crimen en la sociedad capitalista: una filosofía crítica del orden legal”, trad. N. Grab, en *Criminología crítica*, I. Taylor/P. Walton/J. Young (Dirs.), 5ª ed., México D.F.: Siglo xxi editores, 2007, pp. 229 y ss.

<sup>92</sup> Chomsky, Noam, *Esperanzas y realidades*, trad. María Isabel Merino, Barcelona: Tendencias Editores, 2010, p. 37.

para los “artífices de la política”. Éstos en los tiempos de Adam Smith eran los fabricantes y comerciantes y en la actualidad las grandes corporaciones.<sup>93</sup>

Precisamente en el contexto mundial, la seguridad es la del Estado, la ausencia de amenazas para su desenvolvimiento, mejor dicho, para su supervivencia, pues es él la cubierta que garantiza la seguridad del comercio global y, principalmente, de sus actores.<sup>94</sup> Para asegurarse se vale de todos medios posibles, entre ellos, el político, militar, legal y cultural.

En este panorama aparece el concepto de globalización en dos sentidos; el primero, en sentido literal, significa la integración internacional tanto económica, cultural y política con el objetivo de que sirvan a la gente, lo que en realidad sería una “antiglobalización”. En sentido técnico, es una “forma particular de integración económica internacional, con una mezcla de medidas liberales y proteccionistas, muchas de las cuales no están relacionadas con el comercio sino con los derechos del inversor, y todas ellas diseñadas para servir a los intereses de los inversores, las instituciones financieras y otros centros de poder privado estatal concentrado.”<sup>95</sup> Pero esta globalización no se limita a lo económico<sup>96</sup>, sino a todo ámbito de las relaciones humanas (cultural, social, medioambiental y de las comunicaciones). La *Declaración de Granada*<sup>97</sup> –firmada por renombrados académicos– señala que la sociedad globalizada es una sociedad mal estructurada y con efectos perversos en millones de personas en el mundo, con lo que puede hablarse correctamente de “injusticias globales”. Justamente, este aspecto negativo posibilita el surgimiento de sentimientos de rechazo a los valores occidentales por otras civilizaciones o grupos étnicamente diferenciados, lo cual se encuentra íntimamente vinculado con el terrorismo en el mundo.<sup>98</sup>

En el terreno nacional-interno, la seguridad se va reproducir de acuerdo a las necesidades económicas internacionales y las alarmas globales del momento y de acuerdo a la orientación política que dirija el gobierno. El problema y la

---

<sup>93</sup> John Lewis Gaddis, citado por Chomsky, Noam, *Esperanzas y realidades*, p. 42.

<sup>94</sup> Dos principios de la teoría de las relaciones internacionales ayudan a comprender el mundo contemporáneo, uno lo explica Adam Smith –los diseñadores de la política estatal eran los fabricantes y comerciantes para así asegurar que sus intereses sean atendidos, aún cuando estos fueran gravosos para la población– y el otro la máxima Tucídides –los fuertes hacen lo que quieren y los débiles sufren como es menester–. Un colorario de ambos principios es que quienes manejan el látigo solo pueden realizar su trabajo de forma eficaz si cuentan con el beneficio de una ceguera autoinducida; véase Chomsky, Noam, *Esperanzas y realidades*, pp. 28 y ss.

<sup>95</sup> Chomsky, Noam, *Esperanzas y realidades*, pp. 51 y s.

<sup>96</sup> El sociólogo alemán U. Beck, distingue tres conceptos: globalidad, globalización y *globalismo*. Identificando a éste último como la ideología neoliberal del dominio del mercado mundial, siendo caracterizado por su unidimensionalidad económica, autoritarismo político en relación al mercado mundial, de su imposición apolítica y de su actuar altamente político. Véase Beck Ulrich, *¿Qué es globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad., B. Moreno y M<sup>a</sup> Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998, pp. 171 y ss., y pp. 241 y ss.

<sup>97</sup> Habermas J., Held D., *et al*, Declaración de los participantes al XXII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, reunido en Granada entre el 24 y el 29 de mayo de 2005. El País, España, 06 de junio del 2005. Firman esta declaración Francisco J. Laporta, Nicolás López Calera, Manuel Atienza, William Twining, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Elías Díaz, Boaventura de Sousa Santos, Neil MacCormick, Paolo Comanducci, Zhan Wenxian, Uma Narayan, Larry May y otros 200 participantes a dicho congreso. Recuperado de [http://elpais.com/diario/2005/06/06/opinion/1118008808\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/06/06/opinion/1118008808_850215.html)

<sup>98</sup> Borja Jiménez, Emiliano, *Acerca de lo universal y los particular en el Derecho penal*, p. 65.

respuesta sigue siendo el mismo: cuando en la sociedad capitalista se presenten problemas que no puede resolver establecerá políticas para controlar a la población.

De hecho, el cambio de paradigma del estado social al estado penal muestra que es a la criminalidad convencional o tradicional junto a la criminalidad mafiosa y terrorista a las que únicamente se dirige la política criminal y se encubre la criminalidad del poder vinculado las organizaciones criminales de los grandes poderes económicos y de los poderes estatales.

La seguridad interna en relación al poder penal se manifiesta en los siguientes enfoques:

<b>La seguridad neoliberal</b>	<b>La seguridad socialdemócrata</b>	<b>La seguridad conservadora</b>
La seguridad está basada en un rígido individualismo y en una lógica managerial de gestión y evaluación del riesgo.	Esta concepción se funda en una lógica de solidaridad para la cual las condiciones de mayor seguridad están garantizadas por una mayor redistribución de los recursos económicos.	La seguridad está garantizada por la presencia de preceptos formales y morales destinados a dar una forma moral a la sociedad, mediante, la construcción de identidades nacionales basadas en valores tradicionales como el respeto de la ley, la certeza de la pena, la connotación en sentido ético de leyes y comportamientos.

### **Actitudes ideológicas sobre la seguridad (Ciappi)**

### **3.3. Síntesis: la línea resultante de los horizontes externo e interno**

Ahora estamos en la capacidad de afirmar –superando los sentimentalismos y las intuiciones– que las transformaciones estructurales en lo social y, sobre todo, *económico* en el centro hegemónico de mediados de los 60 y 70 fueron motivadas por una ideología particular (el neoliberalismo de libre mercado y conservadurismo) y ejecutadas por una decisión política desde arriba. Ella determinó una nueva forma de control del delito y, por lo tanto, de toda la configuración teórica de la represión. La lucidez de Ciappi es reveladora:

“La nueva penalidad es el intento de dar respuesta a problemas que la comunidad social impone: intento de respuesta concreta a problemas concretos, ignorando que a menudo la solución a un problema concreto se esconde detrás de supuestos tecnicismos, detrás de la cortina de humo

de ideologías implícitas, ocultas detrás de la pretensión no científica de considerarla neutral y no evaluativo de su propio trabajo.”<sup>99</sup>

Es fundamental destacar que como consecuencia de los acontecimientos del 11S se ha pasado a una militarización del sistema penal, bases que se habían sentado desde los años setenta en el contexto de la política penal interna de los Estados Unidos y que fuera producto de la ideología neoconservadora (libertad económica y control social).

Entonces, tres conclusiones podemos asentar en relación al centro hegemónico:

(i) Las bases socioeconómicas determinan la superestructura jurídica:

Estado de bienestar	=	política penal rehabilitadora.
Estado neoliberal	=	política de control duro del delito.

Ya Foucault<sup>100</sup> había mostrado como la penalidad cuya función era corregir mediante la reclusión (la prisión originada en la *lettre de cachet*) tuvo su *origen* en la forma que adoptó la producción. Fue precisamente el capitalismo del siglo XVIII y cómo éste se manifestó en la riqueza (depósitos, maquinas, talleres, materias primas, etc.) la que obligó a buscar formas de control para mantener alejados a los pobres y desempleados de aquella riqueza. “La prisión no pertenece al proyecto teórico de reforma de la penalidad del siglo XVIII; surgió a comienzos del siglo XIX como una institución de hecho y casi sin justificación teórica.”<sup>101</sup> Igualmente, Rusche y Kirchheimer<sup>102</sup> ponen relieve que el origen del sistema carcelario y su precursora, la *casa de corrección*, se encuentran en las transformaciones economías europeas, esto es, en el modo de producción, el mercantilismo.

(ii) La sociedad norteamericana se ha convertido en una sociedad más punitiva – consagrándose el Estado penal– y presta ahora a ser modelo e imitada (trasplantada, difundida o recepcionada) en el resto del mundo voluntariamente, impuesta mediante el chantaje o propagada con la violencia.

El discurso político mundial (horizonte externo), que alienta el control de la sociedad y la libertad de los actores económicos, junto al punitivismo norteamericano (horizonte interno), que recorta la libertad concreta, configuran la política pública del control del crimen.

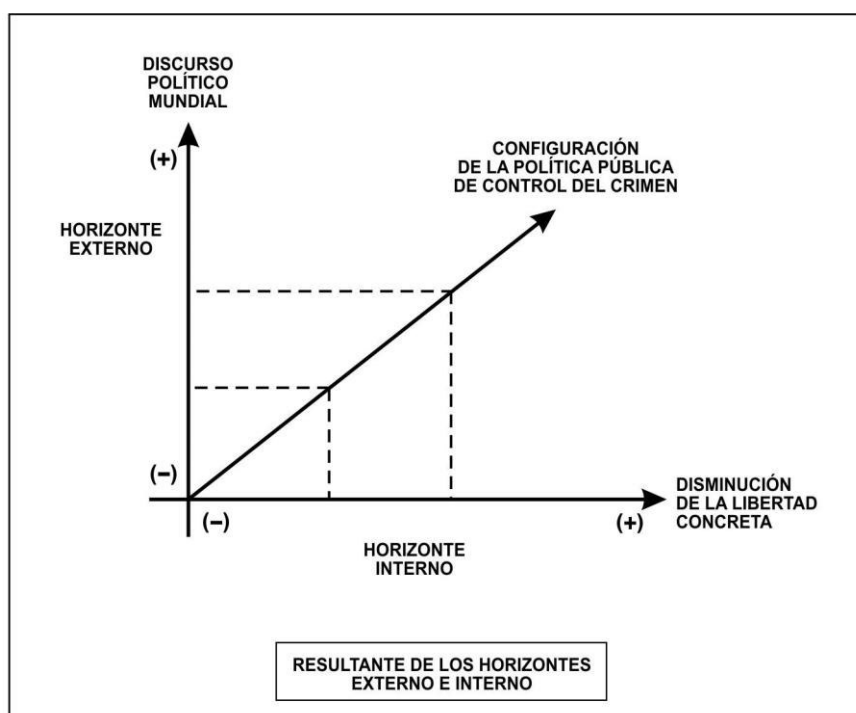
---

<sup>99</sup> Ciappi, Silvio, *La nueva penalidad*, p. 228.

<sup>100</sup> Foucault, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, en *Estrategias de poder. Obras esenciales*, Vol. II, trad. F. Álvarez y J. Varela, Barcelona-Buenos Aires: Paidós, 1999, pp. 221-239.

<sup>101</sup> Foucault, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, p. 225.

<sup>102</sup> Rusche, Georg, y Kirchheimer, Otto, *Pena y estructura social*, trad. E. García Méndez, Bogotá: Temis, 1984, pp. 25 y ss. (Puntos III, IV, V y VI).



**Gráfico N° 3:** Resultante de los horizontes externo e interno.  
Fuente: Elaborado por el autor.

(iii) La descripción científica no puede negar el hecho de que la economía determina en cierta medida la política y ésta al derecho.

También, no debe perderse de vista que la política penal represiva ha influido a la seguridad ciudadana y la seguridad estatal, y ambas se deben diferenciar.

Toca en el siguiente apartado analizar los canales cómo se difunde el modelo punitivo del centro hegemónico en todo el mundo y particularmente a Latinoamérica.

Christie advierte el peligro de la difusión del sistema penal norteamericano:

“Su política penal representa una amenaza contra los valores humanos de su propio país. Más allá de preservar el carácter civil de su sociedad, semejante sector representa un serio peligro. Pero fuera de los Estados Unidos esta política penal también es un peligro, por su poder como modelo. Los parlamentarios de mi país viajan a Nueva York para aprender sobre la tolerancia cero. No son los únicos que van. El peligro es que seamos nosotros, los críticos, quienes tengamos que avergonzarnos por no conformarnos con los estándares estadounidenses.”<sup>103</sup>

Ya con mucha evidencia la región latina es influida por los programas ideológicos importados, constatándose una política penal de corte altamente punitivista.

<sup>103</sup> Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, p. 172.

## 4. Los *formantes jurídicos* y la penetración de la dominación hegemónica mundial en la legislación de la periferia

### 4.1. La hegemonía jurídica norteamericana

Junto a la hegemonía económica, política y militar de los Estados Unidos en todo el planeta, se suma ahora la hegemonía jurídica. Por primera vez, el centro de producción legal mundial se encuentra en el mundo del *common law*.<sup>104</sup> En efecto, de acuerdo con Ugo Mattei, el liderazgo intelectual mundial en el Derecho, luego de haber pasado primero por Francia y Alemania después, hoy en día, lo ha alcanzado la primera superpotencia mundial. Ahora bien, el liderazgo mundial se debe sobre todo a la *forma de pensar el derecho*. Así como lo fue el pensamiento del derecho natural con su mayor producto el *Code* de 1804 y el método formal o dogmático de la pandectística alemana, así también lo es el *legal realism*, todas ellas se presentaron como *contribuciones al derecho*. El *realismo jurídico* no se enfoca solamente a los aspectos prácticos del derecho (dimensión política o práctica), sino se concibe como método de análisis a diferentes sistemas jurídicos (dimensión académica). De aquí que, la cultura jurídica líder es aquella que tiene una visión metapositivista y políticamente aceptable,<sup>105</sup> de ese modo, hace parecer a los enfoques jurídicos previos como obsoletos y primitivos. Tales características las ha alcanzado el derecho norteamericano.<sup>106</sup>

Desde luego, no basta pensar que el dominio jurídico global se deba solamente a la hegemonía económica y política, la fuerza o el prestigio.<sup>107</sup> Del dominio político y económico no se sigue el dominio jurídico. Es necesario considerar actualmente que la difusión de las ideas jurídicas extranjeras dominantes precisan de la cooperación de *instituciones jurídicas* que hagan posible crear un grado de consentimiento para ser recibidas en la periferia. Estos constructos culturales no son sino los conceptos democracia y estado de derecho (*rule of law*), a través de los cuales el nuevo derecho hegemónico (*Imperial law*) se legitima, posibilitando el resguardo de los intereses del gran capital y el saqueo<sup>108</sup>. ¿Qué es, pues, *Imperial law*?

“Imperial Law is the product of a renowned alliance between state and economics institutions, a cooperative game in which a very limited number of powerful players are at play”.<sup>109</sup>

Este derecho se presenta perfectamente funcional al sistema económico, constituye la columna vertebral que permite legitimar las actuaciones de los

<sup>104</sup> Mattei, Ugo, “A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 10: Iss. 1, Article 14, 2003, p. 383.

<sup>105</sup> Mattei, Ugo, “Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law”, en *American Journal of Comparative Law*, 195, 1994, pp. 195 y ss., sobre todo pp. 213 y ss.

<sup>106</sup> Es oportuno mencionar también al *Critical Legal Studies*, *Law and Economics* y en materia criminal *Law and Order*, *New penology*, *Zero Tolerance*, *Culture of control*, *Three-Strikes Laws* y *Broken Windows Theory*. El primero es una corriente crítica muy provechosa.

<sup>107</sup> Mattei, Ugo, “A Theory of Imperial Law:...”, pp. 384 y ss.

<sup>108</sup> Véase, ampliamente Mattei, Ugo and Nader, Laura, *Plunder. When the rule of law is illegal*. Oxford: Blackwell Publishing, 2008. Destaca que la ausencia de *rule of law* ha justificado intervenciones para el saqueo (pp. 10 y ss.) y se constituye un límite a cualquier cambio al *statu quo* (p. 197).

<sup>109</sup> Mattei, Ugo, “A Theory of Imperial Law:...”, p. 386.

actores del libre mercado. El derecho imperial es la carta de pase para al control y la dominación.

“This is certainly the case in present U.S. hegemony, offering an expansive universalistic global model that expresses itself in English (the new lingua franca), that keeps a dialogue open with economics (the queen of social sciences), and that claims to be the new natural legal order of the post-Westphalian state society based on imperial law.”<sup>110</sup>

Esta hegemonía no debiera causar preocupación si no se tratase de que ésta tiene el carácter de dominación mundial, esto es, de control (el espionaje a los países centrales y periféricos), opresión (las intervenciones militares en medio oriente) y saqueo (la explotación de los recursos naturales y conocimientos ancestrales en el tercer mundo) post caída del muro de Berlín y el 11S.

Asimismo, las contemporáneas intervenciones estadounidenses en distintos países del mundo, así como su apoyo a las dictaduras latinas en el pasado, muestran que los valores occidentales de este nuevo derecho tienen en la *violencia* su principal herramienta de imposición.

Esto último, lo recuerda recientemente el filósofo esloveno Slavoj Žižek<sup>111</sup> en un artículo titulado “*Edward Snowden, Chelsea Manning y Juliane Assange: Our new heroes*” publicado en *The Guardian*. Aquí se resalta no ya la *sospecha* –que siempre la intuíamos– de lo que los países poderosos están haciendo (EE.UU., Alemania, China, Rusia e Israel), sino que hay pruebas concretas de que nos controlan y vigilan. La preocupación no es ya la intromisión a nuestra privacidad –ya no la tenemos–, sino que saben demasiado de nosotros y sobre la base de dicha información podemos ser erróneamente catalogados como terroristas.

“What makes the all-encompassing control of our lives so dangerous is not that we lose our privacy, that all our intimate secrets are exposed to Big Brother. There is no state agency able to exert such control – not because they don't know enough, but because they know too much. The sheer size of data is too large, and in spite of all intricate programs for detecting suspicious messages, computers that register billions of data are too stupid to interpret and evaluate them properly, ridiculous mistakes where innocent bystanders are listed as potential terrorists occur necessarily – and this makes state control of communications even more dangerous. Without knowing why, without doing anything illegal, we can all be listed as potential terrorists.”

La violencia estructural de los países centrales es evidente, ya sea ésta brutal (Guantánamo y las guerras actuales) o la más peligrosa, es decir, la encubierta y que no la percibimos.

“We need Mannings and Snowdens in China, in Russia, everywhere. There are states much more oppressive than the US – just imagine what would have happened to someone like Manning in a Russian or Chinese

---

<sup>110</sup> Mattei, Ugo, “A Theory of Imperial Law:...”, p. 409.

<sup>111</sup> Žižek, Slavoj, “*Edward Snowden, Chelsea Manning y Juliane Assange: Our new heroes*”, *The Guardian*, jueves 3 de septiembre del 2013. Recuperado de <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/sep/03/snowden-manning-assange-new-heroes>

court (in all probability no public trial). However, one should not exaggerate the softness of the US: true, the US doesn't treat prisoners as brutally as China or Russia – because of its technological priority, it simply does not need the brutal approach (which it is more than ready to apply when needed). In this sense, the US is even more dangerous than China insofar as its measures of control are not perceived as such, while Chinese brutality is openly displayed.”

#### 4.2. La estructura económica y el producto intelectual global

Las relaciones económicas determinan en última instancia la configuración de la sociedad (mundial o local), por su parte, el gobierno político (mundial o local), fundado sobre aquellas bases, tratará de mantener tales relaciones entre otros con el derecho y la fuerza. Afirmaba Marx en el Prólogo de su “*Contribución a la Crítica de la Economía Política*”:

“El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, *la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política* y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general.”<sup>112</sup>

Pero hay que añadir las palabras de Engels:

“El desarrollo político, jurídico, filosófico, religioso, literario, artístico, etc., descansa en el desarrollo económico. Pero todos ellos repercuten también los unos sobre los otros y sobre su base económica. No es que la situación económica sea *la causa, lo único activo*, y todo lo demás efectos puramente pasivos. Hay un juego de acciones y reacciones, sobre la base de la necesidad económica, que se impone siempre, *en última instancia*.”<sup>113</sup>

Este enfoque causal si bien permite entender en marcos generales el dominio de un sistema jurídico de corte capitalista como correspondencia del sistema económico dominante no explica el liderazgo jurídico norteamericano como parte del sistema económico mundial que es una cuestión más compleja –y que ya hemos destacado líneas arriba–, ni de la forma cómo se difunde el derecho. Veamos ahora la influencia de la determinación actual del sistema económico en el sistema político y jurídico.

Más allá de la referencia a Marx, tal determinación de la economía en la política y el derecho es, en cierto modo, evidente. No hay que ser marxista para reconocerlo. Así, no es extraño que el Presidente ruso en la Cumbre de los

---

<sup>112</sup> Marx, K., Prólogo de la *Contribución a la Crítica de la Economía Política* (1859), en Marx y Engels. *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], p. 182.

<sup>113</sup> Es fundamental precisar que en la concepción marxista, el factor económico no es el único factor determinante de la historia, sino el que en *última instancia* la determina. También los diversos factores de la superestructura inciden en la base estructural económica. Cfr. Engels, F. *Carta a Joseph Bloch* (Londres, 21-22 de septiembre de 1890), *Carta a Konrad Schmidt* (Londres, 27 de octubre de 1980), *Carta a Francisco Mehring* (Londres, 14 de julio de 1893) y *Carta a W. Borgius* (Londres, 25 de enero de 1894), en Marx y Engels. *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], pp. 717-732. Así, en la última carta se afirmó lo citado.



Líderes del G8 que se celebró en Lough Erne, Irlanda del Norte, a mediados de junio de 2013 diera énfasis en que la Organización Mundial del Comercio (OMC) debe desempeñar un papel central –y que ya viene haciendo– en el desarrollo de normas económicas internacionales universales.

“(…) the World Trade Organization should play a central role in developing universal international economic rules.”<sup>114</sup>

Los principios que inspiran a la OMC como se aprecia abiertamente en su portal de Internet<sup>115</sup> confluyen en un objetivo único: la subordinación de las naciones (su soberanía) a la empresa privada. A través de sus políticas, el derecho renuncia a su función de limitar y controlar los intereses de puro lucro de los inversionistas. El lineamiento de las principales potencias del mundo es claro, el libre comercio y la inversión son los motores claves del crecimiento económico global. La economía es, pues, el principal tema de discusión global.<sup>116</sup> Es más, la Declaración de Lough Erne de los líderes del G8 durante la presidencia del Reino Unido en el 2013, expresamente señalaba:

“Private enterprise drives growth, reduces poverty, and creates jobs and prosperity for people around the world. Governments have a special responsibility to make proper rules and promote good governance. Fair taxes, increased transparency and open trade are vital drivers of this.”<sup>117</sup>

Mientras que en el *Comunicado de los líderes* afirma:

“As leaders of the G8, we are committed to open economies, open societies and open governments as the basis of lasting growth and stability. We have today agreed concrete steps to play our part in ensuring a safe and prosperous world.”<sup>118</sup>

La puesta en marcha de estos objetivos ya se ha evidenciado con los trabajos del Banco Mundial<sup>119</sup> (BM). Este organismo internacional mostró claramente

---

<sup>114</sup> Véase la Conferencia de Prensa del Presidente Vladimir Putin tras la Cumbre del 2013 en el Reino Unido. Putin V. (18 de junio 2013). *President Vladimir Putin's news conference following the G8 Summit*. Reino Unido. Rescatado de <http://en.g8russia.ru/transcript/20130618/983143340.html>

<sup>115</sup> <http://www.wto.org/>

<sup>116</sup> La actual presidencia alemana del G7-2015 tiene como tema clave la economía global y otros ejes como política exterior, seguridad y desarrollo, que serán objeto de discusión en junio en Schloss Elmau. Véase al respecto, German G7 Presidency. (19 de noviembre de 2014). *Key topics for the summit announced*. Rescatado de [http://www.g7germany.de/Webs/G7/EN/G7-Gipfel\\_en/Agenda\\_en/agenda\\_node.html;jsessionid=7D2AFEE9E16199EDD8053267761280A6.s2t2](http://www.g7germany.de/Webs/G7/EN/G7-Gipfel_en/Agenda_en/agenda_node.html;jsessionid=7D2AFEE9E16199EDD8053267761280A6.s2t2). Véase también la Declaración de los Líderes. G7. (7-8 de junio de 2015). *Leaders' Declaration G7 Summit 2015*. Rescatado de [https://www.g7germany.de/Content/EN/Anlagen/G7/2015-06-08-g7-abschluss-eng\\_en.pdf?\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.g7germany.de/Content/EN/Anlagen/G7/2015-06-08-g7-abschluss-eng_en.pdf?_blob=publicationFile&v=3)

<sup>117</sup> Véase la Declaración de Lough Erne de 2013. G8. (18 de junio 2013). *G8 Lough Erne Declaration*. Rescatado de <https://www.gov.uk/government/publications/g8-lough-erne-declaration>

<sup>118</sup> Véase el *Comunicado de los líderes* en Lough Erne el 2013. G8. (18 de junio 2013). *2013 Lough Erne G8 Leaders' Communiqué*. Rescatado de <https://www.gov.uk/government/publications/2013-lough-erne-g8-leaders-communicue>

<sup>119</sup> Véase, Banco Mundial, *En el umbral del siglo XXI: Informe sobre el desarrollo mundial 1999-2000* (resumen), 1ª ed., Washington D.C., 1999.

mediante el informe anual *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*<sup>120</sup> –el primero de una serie de informes que investigan las regulaciones que favorecen la actividad empresarial y aquéllas que la limitan–, la necesidad de abandonar el sistema de tradición romano-francesa del Derecho civil por ser ineficiente, dicho de otro modo, disfuncional al capital financiero. Así por ejemplo, refiere que el modelo jurídico francés resulta costoso y con procedimientos complejos y de larga duración en relación a la ejecución de contratos (*contract enforcement*<sup>121</sup>) y por una fuerte regulación de la actividad financiera.<sup>122</sup> Los siguientes informes hasta la fecha (*Doing Business in 2005*<sup>123</sup> hasta *Doing Business in 2014*<sup>124</sup>) continúan impulsando la elaboración de políticas públicas destinadas a favorecer al sector empresarial privado mediante propuestas de desregulación y eliminación de obstáculos.

El comparatista italiano Giuseppe Monateri, en relación a esta guerra entre el sistema americano, promovido por el Banco Mundial, y el modelo francés, señala “[n]o hay nada particularmente nuevo es estos enfoques, que representan una generalización de los análisis de *corporate governance*: en la competición entre sistemas jurídicos, son favorecidos aquellos sistemas que aseguran la mayor protección jurídica a los inversionistas de instituciones de diversos países, incluso si estos no adquieren participaciones en la mayoría de las sociedades locales. El nuevo planteamiento en los sistemas de derecho romanista de Europa continental son menos capaces que el *common law* para ofrecer una amplia protección en el mundo de los inversionistas globales.”<sup>125</sup>

Incluso la legislación que posee una connotación social es asaltada y desmantelada por los organismos internacionales que promueven el libre mercado. Así por ejemplo, pese a que el artículo 923 del Código Civil peruano de 1984 reconoce una función social de la propiedad –influencia propia de la normatividad civil italiana–, tal noción ha sido derrotada<sup>126</sup> por la propaganda ideológica de las instituciones de gobernanza global (OMC, FMI y el BM) a través de las cuales se asegura el derecho imperial.

Como observamos, derecho y política son, pues, incididos por la economía. Y de una económica global, lo será así también su derecho y política (globales). En ese sentido, en esta etapa mundial, la producción jurídica de los países centrales –sobre todo de la primera superpotencia– reproducirá su base económica capitalista, y sumando además que el eje de producción legal también tiene a los Estados Unidos su centro de prestigio, llevará como consecuencia a extenderse

---

<sup>120</sup> Banco Mundial, *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*, Washington D.C.: 2004.

<sup>121</sup> Banco Mundial, *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*, p. 48.

<sup>122</sup> Banco Mundial, *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*, pp. 83 y ss.

<sup>123</sup> Banco Mundial, *Doing Business in 2005: Removing Obstacles to Growth*, Washington D.C.: 2005.

<sup>124</sup> Banco Mundial, *Doing Business in 2014: Understanding Regulations for Small and Medium-Size Enterprises*, Washington D.C.: 2014.

<sup>125</sup> Monateri, Giuseppe, “Globalización y Derecho Europeo de los contratos”, en *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*, Lima: Ara Editores, 2009, p. 143.

<sup>126</sup> Mattei, Ugo, “Transformaciones del mundo globalizado y derecho de propiedad durante la vigencia del Código Civil peruano: veinte años de saqueo imperialista y el potencial de resistencia de los juristas”, en *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho, N° 58, Perú, 2005, pp. 281 y s.

rápidamente hacia los países de la periferia. La superestructura jurídica, como parte del producto intelectual, no es local, sino global.

Nuevamente Marx:

“En lugar de las antiguas necesidades, satisfechas con productos nacionales, surgen necesidades nuevas, que reclaman para su satisfacción productos de los países más apartados y de los climas más diversos. En lugar del antiguo aislamiento y la amargura de las regiones y naciones, se establece un intercambio universal, una interdependencia universal de las naciones. Y esto se refiere tanto a la producción material, como a la intelectual. La producción intelectual de una nación se convierte en patrimonio común de todas. La estrechez y el exclusivismo nacionales resultan de día en día más imposibles; de las numerosas literaturas nacionales y locales se forma una literatura universal.”<sup>127</sup>

De acuerdo con ello, no se puede ignorar que la producción legal extranjera proveniente de los países centrales tenga un contenido esencialmente político, un sustrato ideológico oculto. Este sustrato soterrado es, sin duda, de normalidad de la vida y de apatía por cuestionar las condiciones sociales. “Mantenimiento del sistema” y “lealtad al derecho” son ideas que se presentan como parte de un sistema legal apolítico y tecnocrático, como algo normal y conveniente, pero que en realidad ocultan una política de control. El sistema hegemónico mundial no se limita a la teoría económica y legal, sino en todo aspecto de la vida. *Este discurso nos presenta la imagen que las actuales relaciones sociales son espontáneas y naturales,*<sup>128</sup> *que son así tal cual.*

Los estudios postcoloniales<sup>129</sup>, la crítica a la *globalización* y a la visión eurocéntrica han dejado en claro que éste fenómeno oculta un régimen dominación, hace menos visible el poder político y financiero, presentándose como si estuviera diluido cuando, por el contrario, está más concentrado<sup>130</sup> e inadvertido. Ese retrato del proceso pretendidamente no diferenciado y “cálido” que es la globalización, difunde su ideología subrepticamente: la vigencia del mercado y el recurso a la violencia ante intentos de perturbarlo. Históricamente, la violencia, la coerción, el control y la fuerza<sup>131</sup> han sido el principal instrumento de imposición vinculado al capital y que ahora se extiende en la forma “global” de pensar. Otro de esos canales es la legislación y, en general, los *formantes jurídicos*.

---

<sup>127</sup> Marx, K. y Engels, F., “Manifiesto del Partido Comunista”, p. 36.

<sup>128</sup> Véase sobre las *naturalización de las relaciones sociales*, Lander, Edgardo, “Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos”, en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Edgardo Lander (editor), 1ª ed., Buenos Aires: CLACSO, 2000, pp. 11 y ss.

<sup>129</sup> El intelectual palestino Edward Said pone de relieve que Occidente impone una concepción del conocimiento constituido por ideas no políticas, señalando, por el contrario, que el conocimiento no puede ser no político. Said, E. *Orientalismo*, trad. M. Fuentes, 2ª ed., Barcelona: Debolsillo, 2008, (Introducción), p. 31.

<sup>130</sup> Coronil, Fernando, “Naturaleza del poscolonialismo: del eurocentrismo al globocentrismo”, en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Edgardo Lander (editor), 1ª ed., Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 105.

<sup>131</sup> Véase la lógica de la coerción y el capital en Tilly, Charles, *Coercion, Capital, and European States, AD 990-1990*, Cambridge-Oxford: Basil Blackwell Publishers, 1990, pp. 16 y ss.

Analicemos los medios o canales de difusión.

### 4.3. Aproximación a la difusión del derecho

#### 4.3.1. Los trasplantes y formantes jurídicos

Dentro del derecho comparado un tema central de debate ha sido la cuestión de la *difusión del derecho* –iniciado con la publicación de la obra de Alan Watson *Legal transplants. An approach to Comparative Law* en 1974–, esto es, de la forma como el derecho se transfiere, circula o recepciona de un país o pueblo a otro o de una tradición a otra.

Este importante comparatista sostiene que los trasplantes jurídicos (*legal transplants*) –el traslado de una norma o sistema jurídico de un país a otro o de un pueblo a otro– han sido comunes desde los primeros registros de la historia y no se limitan al mundo moderno.<sup>132</sup> Esta premisa calza bien con su idea de entender al derecho comparado no como un estudio de un o parte de un sistema jurídico extranjero, o como una descripción básica de varios sistemas legales, ni como una cuestión de hacer comparaciones, sino como el estudio –sobre todo– de la relación *histórica* de un sistema legal y sus normas con otros, dicho en otras palabras, del estudio de la naturaleza del derecho y especialmente de la naturaleza del desarrollo jurídico.<sup>133</sup> En ese sentido, los *préstamos jurídicos* constituyen la mayor fuente fértil del desarrollo jurídico –y tal como señala el autor–, es así que, la mayoría de cambios en la mayoría de sistemas es el resultado de préstamos (*borrowing*),<sup>134</sup> en consecuencia, el derecho apenas podría estar relacionado con el espíritu del pueblo (*Volksgeist*). Asimismo, destaca que los gobernantes y gobiernos en occidente estuvieron poco interesados en legislar, en contraste, tal tarea fue dejada a una elite jurídica (juristas, jueces y catedráticos) que llegó a convertirse en legislador subordinado sin haberle sido dado poder para legislar. Esto permitió que estos legisladores desarrollen su propia *cultura jurídica*, la cual era hasta cierta medida distante de la realidad social, así pues, dicha cultura jurídica determinaría los parámetros del razonamiento y los préstamos.<sup>135</sup>

Sobre la base de autonomía para legislar, el criterio principal (*main criterion*) de la élite jurídica para realizar los trasplantes fue lo atractivo de la *accesibilidad*<sup>136</sup> y esto ocurría cuando el sistema foráneo está escrito, es fácil de encontrar e interpretar (incluido el idioma) y está disponible. Entre otros criterios también están el *hábito y la moda (fashion)*. Por ejemplo, la recepción del derecho suizo en Turquía no fue por lo similar que pudieran ser sus situaciones sociales, sino porque el Ministro de Justicia Mahmut Esad Bozkurt, la persona responsable de elaborar el código turco, estudió en suiza. El contenido ya sea social, económico y político es dejado de lado. Por el contrario, el factor que motiva a realizar los

---

<sup>132</sup> Watson, Alan, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, 2ª ed., Athens: University of Georgia Press, 1993, pp. 21 y ss.

<sup>133</sup> Watson, Alan, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, pp. 6 y ss.

<sup>134</sup> Watson, Alan, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, p. 95.

<sup>135</sup> Watson, Alan, “From Legal Transplants to Legal Formants”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, N° 5, 1995, p. 469.

<sup>136</sup> Watson, Alan, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, p. 113.

préstamos, esto es, el cambio legal, depende de la *cultura jurídica de la elite jurídica*.<sup>137</sup>

Con todo, primariamente,<sup>138</sup> el *trasplante* ocurre por la transferencia o préstamos de un sistema legal o una parte de él a otro.

Ahora bien, otro ilustre comparatista, Rodolfo Sacco –quien considera que el derecho comparado tiene como objetivo primario y esencial el mejor conocimiento de las reglas jurídicas e instituciones con la finalidad de establecer en que medida ellas son similares o diferentes<sup>139</sup>– cuestiona que la comparación jurídica tenga como primer paso identificar “*legal rule*” de cada uno de los países que van a ser objeto de comparación.<sup>140</sup> Este es el punto de vista de un jurista inexperto. Esta creencia errada se debe a que el pensamiento del jurista se encuentra dominado por la asunción de la unidad del sistema jurídico, de ese modo, su mayor meta es descubrir “*the legal rule*” de su sistema. Precisamente, tal simplificación engañosa debe ser criticada, afirma el autor.

En lugar de hablar de “*the legal rule*” de un país, se debe identificar las reglas o normas contenidas en la constitución, en la legislación, las declaradas por las cortes y las formuladas por los juristas (“*the rules of constitutions, legislatures, courts, and, indeed, of the scholars who formulate legal doctrine*”). Todas ellas no tienen un idéntico contenido. Así pues, no hay una única regla o norma, sino una variedad de *material jurídico (legal material)*. Estos diferentes elementos reciben el nombre de formantes jurídicos (*legal formants*).<sup>141</sup> Además, dentro de un sistema jurídico con múltiples formantes jurídicos no hay garantía que ellos se encuentren en armonía, sino en conflicto. Asimismo, el comparatista italiano va a explicar lo qué esos formantes jurídicos podrían ser.<sup>142</sup> Así, destaca entre ellas las razones (*reasons*) y las conclusiones (*conclusions*) dadas por juristas y jueces. Las *razones* tienen una vida independiente respecto de las *conclusiones* a las que ellas mismas apoyan, las mismas conclusiones apoyadas por *diferentes justificaciones* no pueden ser consideradas como idénticas, ellas son, pues, formantes jurídicos. Pero también lo son las proposiciones acerca del derecho presentadas como conclusiones por los académicos, legisladores y jueces; ellas pueden influir en la forma como las reglas son entendidas e interpretadas. Igualmente, las explicaciones hechas por el legislador tienen un carácter oficial y, por ello, ejercen influencia. También resultan importantes que determinadas declaraciones (*declamatory statement*) que hacen explícitas ideologías (como el sistema jurídico socialista), pero también podrían ser de tipo filosófico, político o religioso, todas ellas son formantes jurídicos.

Esta propuesta deriva, pues, a una reconfiguración de las fuentes formales del derecho. A tal efecto, pone el siguiente ejemplo<sup>143</sup>: la constitución de Francia,

<sup>137</sup> Watson, Alan, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, p. 115.

<sup>138</sup> Aunque Watson también refiere que es extensible a la costumbre (*customary law*). Cfr. Watson, Alan, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, p. 114.

<sup>139</sup> Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, N° 1, Winter, 1991, pp. 4-6.

<sup>140</sup> Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, p. 21.

<sup>141</sup> Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, p. 22.

<sup>142</sup> Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, pp. 31-32.

<sup>143</sup> Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, N° 2, Spring, 1991, p. 343.

siguiendo la tradición del siglo XVIII, preserva la idea de que las reglas del derecho solo pueden ser creadas por el legislativo, sin embargo, en dicho país, como en cualquier otro, el derecho civil evoluciona impulsado por las soluciones judiciales (*droit prétorien*), reconociéndoseles como pilar fundamental. Es por ello, que las fuentes del derecho son incompletas a menos que se describan todos los formantes jurídicos del sistema, en esa línea, todo aquello que influya en la interpretación que efectúa el intérprete (juez o jurista) es una fuente del derecho.<sup>144</sup>

Por último, otro concepto que propone el autor es de los “*cryptotypes*”<sup>145</sup>, los cuales son patrones no revelados o implícitos en los sistemas jurídicos o reglas no verbalizadas que explican la divergencia de los formantes jurídicos de las formulaciones explícitas de un sistema (formulas doctrinales o estatutos idénticos dan lugar a diferentes aplicaciones o idénticas aplicaciones son producidas por diferentes fórmulas doctrinales o estatutos).

Así, sobre la base de dichos planteamientos, entonces, vemos que lo que se difunde no se limita a los sistemas jurídicos o una parte de ellos (la legislación *stricto sensu*), sino a las reglas provenientes de la doctrina o trabajos de los juristas, las decisiones judiciales y de la legislación. Ante todo, lo que verdaderamente se trasplantan, circulan, prestan o reciben son los *formantes jurídicos*.

#### 4.3.2. Las razones de los préstamos

En cuanto a la razón del préstamo, habíamos visto que A. Watson destacaba la cultura jurídica de la élite académica encargada de hacer la legislación (enmarcaba dentro de la recepción *voluntaria*), sin embargo, no dejaba de lado otras clasificaciones como podrían ser una “*imposed reception, solicited imposition, penetration, infiltration, crypto-reception, inoculation*”<sup>146</sup> y así sucesivamente. Estas diferenciaciones van hacer mucho más precisas con lo expuesto por Sacco. En efecto, este autor italiano luego de destacar, en la misma línea que A. Watson, que el nacimiento, innovación u originalidad de una norma o institución es un fenómeno raro y que, por el contrario, el cambio jurídico ocurre por préstamos o imitación,<sup>147</sup> va a señalar dos causas fundamentales del cambio<sup>148</sup>: la *fuerza* y el *prestigio*. El primero es reversible y termina; el segundo, es, en contraste, el medio usual por el que la recepción tiene lugar, y ello se debe al deseo de tomar los trabajos de otros por su calidad. La fuerza del prestigio es un postulado indispensable para explicar los préstamos.

Estos dos enfoques son fundamentales, pero explican una parte del proceso del trasplante de los formantes jurídicos de un lugar a otro. Tal como hemos visto en la descripción de los *horizontes interno y externo*, existen también otras causas de la movilización de ideas como la violencia soterrada –aparte de la explícita, como ha sucedido en Irak y su democracia impuesta– para el establecimiento de un control global fomentado por la influencia de los *mass media* y la propaganda

---

<sup>144</sup> Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, p. 344.

<sup>145</sup> Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, pp. 384-387.

<sup>146</sup> Watson, Alan, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, pp. 129 y s.

<sup>147</sup> Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, pp. 397 y s.

<sup>148</sup> Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, pp. 398 y s.

ideológica neoconservadora (libertad económica a ultranza o neoliberal y el control social) de las instituciones económicas internacionales y los centros ideológicos mundiales (*Think Thanks*).

Esta última intuición, la vemos desarrollada y contrastado por el comparatista Ugo Mattei. Efectivamente, el proceso de recepción de los formantes jurídicos (legislación extranjera, decisiones judiciales y doctrina) no debería perder de vista el *sustrato ideológico*. Mattei sostiene que la recepción jurídica no es un simple proceso de traer normas foráneas, un ejercicio mecánico de importar-exportar normas.

“American legal hegemony can be much better seen (and is much more important) as a change in legal consciousness than as a pattern of transplantation of legal rules. Legal reception is a highly creative activity, and legal transplants would be severely misunderstood in their nature if they were approached only as a mechanical import-export exercise. Much more important is to monitor the diffusion of professional ways of thinking about the law and to address such major intellectual changes as results of the ideological apparatuses of global governance.”

Mattei presenta dos<sup>149</sup> patrones de gobernanza (hegemonía legal) a través del derecho: la fuerza (*law as dominance without hegemony*), casos como la relación metrópoli/colonia o por fuerza militar; y, el más importante, el prestigio (*voluntary reception by an admiring periphery of legal models developed and provided for at the center*); más adelante destaca un patrón más de exportación del derecho, descrito como imposición a través de la negociación (*imposition by bargaining*)<sup>150</sup>, esto es, se acepta un modelo legal como parte de un sutil chantaje que permitirá acceder al mercado o créditos, piénsese las cartas de intensión ante el FMI.

El autor italiano para explicar su teoría del *imperial law* (el derecho como resultado de una renovada alianza entre el Estado y las instituciones económicas) parte de una noción gramsciana de *hegemonía*: como poder alcanzado por una combinación de fuerza y consentimiento.<sup>151</sup> Esta idea le permitirá sostener que:

“Law is a detailed and complex machinery of social control that cannot function with any degree of effectiveness without some cooperation from a variety of individuals staffing legal institutions. These individuals usually consist of a professional elite which either already exists or is created by the hegemonic power. Such an elite provides the degree of consent to the reception of foreign legal ideas that is necessary for any legal transplant to occur.”<sup>152</sup>

Además, para que la recepción de ideas jurídicas dominantes sean recibidas en la periferia, la élite académica profesional se vale de una retórica de constructos culturales que son los conceptos de democracia y estado de derecho (*rule of law*), a través de los cuales el nuevo derecho hegemónico (*imperial law*), finalmente, se legitima. Es así que, para entender la expansión del sistema

<sup>149</sup> Mattei, Ugo, “A Theory of Imperial Law:...”, p. 385.

<sup>150</sup> Mattei, Ugo, “A Theory of Imperial Law:...”, p. 388.

<sup>151</sup> Mattei, Ugo, “A Theory of Imperial Law:...”, p. 387.

<sup>152</sup> Mattei, Ugo, “A Theory of Imperial Law:...”, p. 385.

hegemónico actual –difusión por medio del *prestigio*– se debe tener presente los aparatos ideológicos que están en juego, “producing spectacular propaganda that allows the produced legal consciousness to circulate.”<sup>153</sup>

Entonces, señalar que los conceptos jurídicos son enteramente definidos por el Derecho es una ingenuidad del tamaño de la Torre Eiffel. Partir de una separación entre derecho y política no es un presupuesto viable para proveer de objetividad –o si se quiere de científicidad– a una propuesta técnica, la cual no debe perder de vista tales vinculaciones si no quiere fracasar en su intento de aplicación.

Al respecto, Mattei destaca que en todas las sociedades existen tres fuentes principales de normas sociales (*patterns of law*)<sup>154</sup>: El derecho, la política y la tradición religiosa o filosófica. La hegemonía de uno u otro determinará la forma de control social, *pero todos ellos están presentes simultáneamente en todos los sistemas jurídicos*. Estos tres *patterns of law* son *the rule of professional law* (*western legal tradition*), *the rule of political law* and *the rule of traditional law*.

Veamos en que consisten. El primero<sup>155</sup> de ellos se caracteriza por dos factores: el ámbito jurídico se distingue del político y su secularización, es decir, la legitimidad del derecho no es ni política ni religiosa, sino de una naturaleza técnica; este primer *legal pattern* abarca el sistema del *common law* de Inglaterra, Estados Unidos y Oceanía, el sistema del *civil law* de Europa occidental, el sistema escandinavo y otros sistemas mixtos (Louisiana, Quebec, Escocia y Sudáfrica). El segundo<sup>156</sup> se caracteriza debido a que el proceso político y jurídico no están separados (no se alcanza campos autónomos de operación). Los países que se abarca son los países en desarrollo o en transición de América latina y África y Europa oriental. El último<sup>157</sup> tiene como fuente la tradición religiosa o filosófica en cuyo ámbito están los países islámicos, la India y el sistema jurídico hindú y concepciones asiáticas y de orientación confuciana (Japón y China).

Aún así se constatan relaciones entre derecho y política dentro de los países de *the rule of professional law* (Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania) y de *the rule of traditional law* (Japón). Teniendo a Latinoamérica dentro del *the rule of political law* es evidente, pues, que no es factible perder de vista la presencia de factores políticos en la configuración del Derecho.

---

<sup>153</sup> Mattei, Ugo, “A Theory of Imperial Law:...”, p. 389.

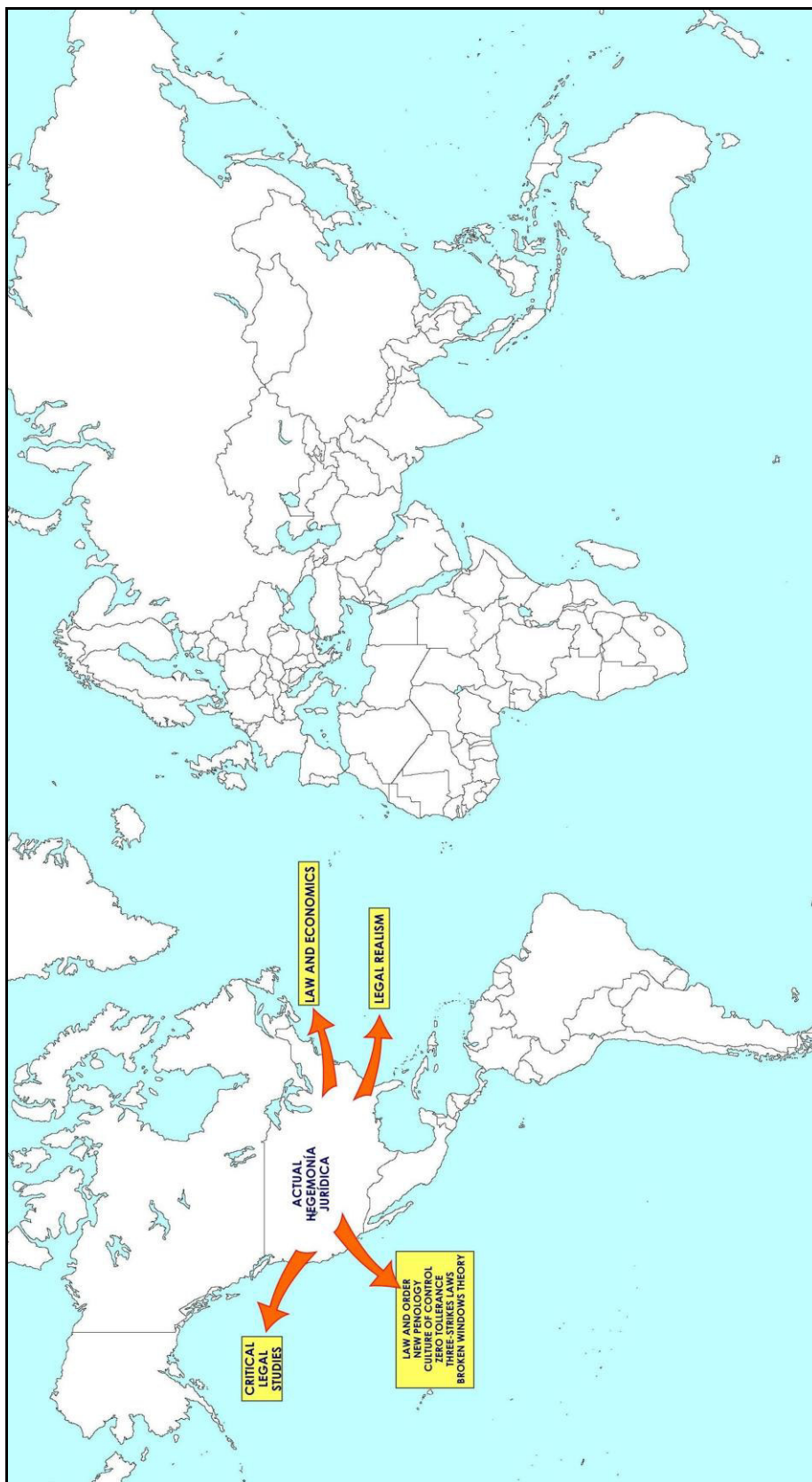
<sup>154</sup> Mattei, Ugo, “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System”, en *The American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, pp. 12 y ss.

<sup>155</sup> Mattei, Ugo, “Three Patterns of Law...”, p. 23.

<sup>156</sup> Mattei, Ugo, “Three Patterns of Law...”, p. 27.

<sup>157</sup> Mattei, Ugo, “Three Patterns of Law...”, p. 35.





**Gráfico N° 4:** Difusión del derecho hegemónico. Fuente: Elaborado por el autor

#### 4.4. La recepción en el Perú

A fines de los ochentas dos trabajos abordaron la cuestión de la transferencia, trasplante o recepción del derecho o sistemas jurídicos en el Perú. Uno de ellos de autoría de Fernando de Trazegnies G. de la PUCP –para quien hubo dos ocasiones de transferencia (la Conquista española en el siglo XVI y el Derecho liberal “moderno” en el siglo XIX)– y otro de José Hurtado Pozo de la UNMSM. Lo común en ambos es que (i) no ven en el fenómeno de la difusión del derecho elementos de imposición y dominación más allá del Derecho español del siglo XVI, que (ii) luego de ésta imposición el derecho fue voluntariamente importado y que (iii) creyeron en una clase dominante peruana independiente.

Así sostiene Trazegnies G.:

“[D]ebe también tenerse en cuenta que el Derecho español del S. XVI se impone por la fuerza como resultado de una conquista y establece el centro de gravedad jurídico en un país extranjero. En cambio, el Derecho liberal del S. XIX es voluntariamente importado por un país independiente y persigue, cuando menos desde una cierta perspectiva, consolidar tal independencia política y lograr el desarrollo nacional por la vía capitalista.”<sup>158</sup>

Más adelante indica en contra de los que sostienen una imposición de los países capitalistas a los subdesarrollados:

“En América Latina las cosas parecen diferentes. No debe olvidarse que el Perú ha vivido nada menos que tres siglos de influencia española y de mestizaje, lo que da origen a una clase dominante local bastante poderosa, todavía de carácter pre-capitalista; es esta clase dominante ya peruana -los criollos- la que promueve la Independencia. Y a estos 300 años de formación se agregan 150 años de consolidación de una cultura propiamente peruana, desde la Independencia hasta la fecha, en los que dicha clase dominante local se afirma y se moderniza. Es así como el Perú es un país joven, pero no al punto de carecer de una identidad propia y de estructuras locales que tamizan la penetración del capitalismo internacional. La clase dominante peruana tiene su propio proyecto político-económico y sus propios valores culturales, a los cuales no renuncia ni aún ante los valores, intereses y formas de vida capitalistas: a lo sumo pretende conjugar ambos.”<sup>159</sup>

El caso de Hurtado Pozo lo veremos más adelante.

Pero la realidad es algo diferente. Lo cierto es que el sustrato ideológico oculto en la importación del derecho (formantes jurídicos) es el que requiere ser develado. Y uno de los formantes jurídicos de mayor intensidad en ser trasplantado en el Perú es la *doctrina* –los trabajos de los académicos y juristas–. La legislación cualquiera sea la fuente foránea de importación –proveniente del *civil law* o del *common law*– se muestra tal cual (en mayor o menor medida

---

<sup>158</sup> Trazegnies G., Fernando de, “La transferencia de filosofías jurídicas: la idea de derecho en el Perú republicano del S. XIX”, en *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho, N° 34 Perú, 1980, p. 39.

<sup>159</sup> Trazegnies G., Fernando de, “La transferencia de filosofías jurídicas: la idea de derecho en el Perú republicano del S. XIX”, p. 50.

manifiestamente ideológica), pero detrás de ella se mueven múltiples enfoques doctrinales –ideológicos– que pugnan en convertirse en la interpretación de esa legislación suplantando a la primigenia; esto ocurre frecuentemente en los artículos de la Parte General del Código Penal (la lucha de escuelas).

Para ello es necesario recurrir a los estudios del Derecho comparado, en primer lugar, para ver el estado de la importación y trasplante de teorías foráneas en la formación de la cultura jurídica latinoamericana<sup>160</sup> y, en segundo, lugar, ya sea para darnos cuenta qué importamos y copiamos y cómo importar y copiar mejor –no se trata de rechazar las instituciones extranjeras– o ya para justamente detener las formas de dominación encubiertas en los formantes jurídicos. Lo primero y lo segundo ha tenido lugar en nuestro país en los últimos años en el Derecho civil para analizar la americanización del derecho en el caso del movimiento del *Law and Economics*<sup>161</sup> y otras instituciones europeas céntricas para la reforma de la legislación civil.<sup>162</sup>

La importación o trasplante de doctrina<sup>163</sup> debe tener mayor objeto de atención y recelo. Como ya señalamos, los trasplantes no se limitan a la actividad legislativa, sino que de la misma manera el proceso se lleva a cabo a través de la actividad de los jueces y académicos, sobre todo de estos últimos que desarrollan, mejor dicho, que traen del extranjero sistemáticas enteras distanciadas de una particular realidad social –y en ocasiones funcionales al sistema económico de dominación–. Por medio de sus trabajos académicos, los *scholars* influyen indirectamente en la configuración de la legislación, pero tienen una mayor capacidad de avasallamiento en la formación jurídica y en las decisiones judiciales. Los jueces incorporan el desarrollo teórico extranjero, mientras que los académicos –llamados “científicos”– lo transforman en cultura jurídica que los jóvenes universitarios estiman de vanguardia.

El ropaje con que la ideología se sirve para cubrirse es su pretendida cientificidad, a lo que se suma que paradójicamente denuncia toda intromisión de cualquier discurso político. Es bastante recurrente que se rechace la interferencia

---

<sup>160</sup> López Medina, Diego, “Por qué hablar de una ‘Teoría Impura del Derecho’ para América Latina”, en *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Daniel Bonilla (editor), 1ª ed., Bogotá: Siglo del Hombre editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 37 y ss.; el mismo, “Repositioning Latin America and the Caribbean in the Contemporary Maps of Comparative Law”, en *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Mauro Bussani y Ugo Mattei (editores), Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 344 y ss. Recuperado de <http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/04/Camb-Encycl.-DLM-Latin-American-Law.pdf>

<sup>161</sup> Merino, Roger, “¿Recepción o resistencia? Americanización y análisis económico del derecho en el Perú”, en *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, Vol 14, 2008, (Revista Crítica del Derecho Privado, pp. 69 y ss). Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1697253>

<sup>162</sup> León, Leysser, “La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos”, en *Ius et veritas*, Año XIII, N° 26, Perú, Lima, 2003, pp. 12 y ss.; el mismo, “Common Law vs. Civil Law: la competencia entre ordenamientos jurídicos”, *Foro Jurídico*, Año IV, N° 7, 2007, pp. 259 y ss. Recuperado de [http://works.bepress.com/leysser\\_leon/9](http://works.bepress.com/leysser_leon/9)

<sup>163</sup> La doctrina en nuestro país es aplicado por las cortes nacionales sin ninguna meditación sobre sus implicancias sociales, y es enseñado también por las instituciones de formación de magistrados sin crítica alguna. Jueces y fiscales citan doctrina extranjera solo para mostrar que están al día de la “modernidad” jurídica. Deberían recordar que la justicia al caso concreto se logra independientemente a cualquier remisión a tal o cual doctrina.

de la política en el derecho, pero tal actuar es engañoso, ya que evita que se descubra como una expresión de la política, y más grave aún, porque se presenta como neutral cuando se sabe conscientemente que no lo es.

Los trasplantes jurídicos en la historia del derecho y la actual penetración de la hegemonía jurídica norteamericana en América Latina en materia de control del crimen, así como en el Derecho procesal penal con el modelo acusatorio y en general en todas las áreas del derecho y en todo el mundo, muestra que los contornos de cada familia jurídica se desdibujan junto a su influencia (del centro del *civil law* a la periferia del *civil law* o del centro del *common law* a la periferia del *common law*). No obstante, aún cuando vemos que se trasplantan normas de diferente tradición jurídica (el *civil law* copia al *common law*), los actores jurídicos locales (la periferia del *civil law* o del *common law*) continúan inclinados a tener presente los modelos disponibles, los cuales son los de su propia familia jurídica, de ese modo, son más probables que estos sean adoptados y que, por tanto, las diferencias entre modelos centrales supervivan en alguna medida en la periferia.<sup>164</sup> Es decir, la difusión de los formantes (legislación, doctrina y jurisprudencia) todavía se sigue llevando a cabo dentro de los límites de cada familia jurídica.

Esto último, en lo que a nosotros respecta –la mirada a los países centrales del *civil law*–, ocurre en el Derecho penal sustantivo peruano (la codificación –formante del tipo legislación– se nutre de los modelos europeocéntricos).

En el caso del formante jurídico del tipo doctrina, en América Latina lo que ha constituido los criterios de interpretación de la legislación han sido los sistemas dogmáticos alemanes entre ellos, el causalismo, el finalismo, el funcionalismo político-criminal de protección de bienes jurídicos y el funcionalismo sistémico. Y este último es el que más acogida ha tenido entre los académicos, básicamente, producto de la gran movilidad de estudiantes que viajaron a estudiar a Alemania. Además, el funcionalismo sistémico es, se puede decir, mayoritario y va teniendo cada vez mayor recepción ya no solo en la cultura jurídica académica, sino también en la jurisprudencia.

El factor del trasplante en ambos casos: el prestigio.

Ahora bien, la legislación del tipo de Derecho penal del enemigo ya existía, como lo hemos hecho ver en las resoluciones de las Naciones Unidas, lo que ahora se ha sumado es una fundamentación teórica de legitimación (doctrina) que lo fortalece. Este fenómeno es complejo, por un lado, se importa un formante ideológico-cultural (la cultural del control) de los países centrales del *common law* (Estados Unidos) y, por otro, el formante doctrinal proveniente de países centrales del *civil law* (Alemania).

---

<sup>164</sup> Al respecto Spamann, Holger, “Contemporary legal transplants-legal families and the diffusion of (corporate) law”, Harvard Law School, Discussion Paper N° 28, 4/2009. Recuperado de [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/fellows\\_papers/pdf/Spamann\\_28.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Spamann_28.pdf)

#### 4.1.1. Crítica a Hurtado Pozo

Los postulados aquí planteados se contraponen a los hechos por el profesor Hurtado Pozo en su conocido trabajo *La Ley “Importada”* de 1979, reiterado en su *Manual de Derecho Penal-Parte general*.<sup>165</sup>

El autor peruano define la *recepción* jurídica como “la adopción consciente de un derecho surgido y desarrollado en un clima sociocultural determinado, por parte del legislador de otra sociedad como derecho vigente de ésta.”<sup>166</sup> Asimismo, distingue otras dos categorías, esto es, el *trasplante* y la *imposición del derecho*, así señala que se “debe diferenciar la recepción, aceptación consciente y voluntaria de un derecho foráneo por parte de un grupo social determinado, del trasplante y de la imposición de un Derecho. El primero se da (...) cuando emigrantes o colonizadores llevan consigo a tierras extrañas sus normas legales; y la imposición cuando a un pueblo se le obliga a obedecer y aplicar disposiciones legales que no son de su creación.”<sup>167</sup>

Sobre la base de sus diferenciaciones no habría la posibilidad de considerar que exista una imposición y control a través de la legislación. Dicho en otras palabras, no habría lugar para advertir la penetración de la ideología de control. Sus tres conceptos (recepción, trasplante e imposición) son demasiados estrechos y limitados que no logran comprender el proceso *velado* y *sutil* de incorporación de violencia y control del régimen mundial y su ideología de globalización. Solamente pone como ejemplo de imposición de derecho, el derecho peninsular al derecho indiano en la conquista<sup>168</sup> –un caso de violencia brutal evidente–, mientras que las elaboraciones de los códigos penales de 1863 (influencia española), 1924 (influencia suiza en mayor medida) y el de 1991 (influencia alemana, española, pero sin abandono del modelo suizo) se muestran como casos de recepción del derecho –un proceso voluntario y consciente–.

Las elaboraciones de los códigos –conforme a nuestra perspectiva correcta– constituyen casos de trasplantes del formante de tipo *legislación*. En el esquema de Hurtado no se vislumbra claramente otro tipo de formante, siendo, pues, su perspectiva limitada. La doctrina –otro formante– que se recepciona junto a la legislación apenas se destaca.

Esta visión ingenua de la naturaleza y las consecuencias de la recepción jurídica se hace notar claramente en otra parte del texto: “[c]uando un legislador opta por importar un código o una ley, lo hace justamente porque asume su significado cultural, ideológico. Al recepcionar la ley foránea busca, precisamente, poner en vigencia en su medio social la concepción o el pensamiento jurídico que la inspira.”<sup>169</sup> Aquí se refleja una actitud bienintencionada, mejor dicho inocente, con respecto a la recepción jurídica.

---

<sup>165</sup> Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho Penal Parte General I*, 3ª ed. Lima: Grijley 2005, pp. 89 y ss.; Hurtado Pozo, José y Prado Saldarriaga, Víctor, *Manual de Derecho Penal Parte General*, T. I, 4ª ed., Lima: Grijley, 2011, pp. 89 y ss. También se encuentra disponible en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_02.pdf)

<sup>166</sup> Hurtado Pozo, José, *La Ley ‘importada’*. *Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima: CEDYS, 1979, p. 20.

<sup>167</sup> Hurtado Pozo, José, *La Ley ‘importada’*. p. 31.

<sup>168</sup> Hurtado Pozo, José, *La Ley ‘importada’*, pp. 27 y ss.

<sup>169</sup> Hurtado Pozo, José, *La Ley ‘importada’*. p. 21.

El legislador –quien recurre a un especialista o *scholar* en derecho (civil, penal, comercial, etc.) para que elabore los proyectos de Ley–, no tiene en cuenta en muchos casos la ideología de dominación que incorpora. Este desconocimiento es propio también del especialista, tecnócrata o *scholar* que elabora los proyectos legales, quien tiene en sus manos el estandarte de la científicidad (“neutralidad”) de su doctrina. En el caso que fuera consciente de lo que incorpora a la legislación nacional probablemente tuviera mínimos reparos, a menos que esté de acuerdo con ella por su formación ideológica personal. En efecto, en no pocas veces el *scholar* es también elegido por afinidad política por el legislador, es decir, tiene una posición ideológica y la vierte en sus proyectos legales.

Desde la visión del autor peruano, lo ideológico se muestra con un carácter positivo y ello se observa nítidamente cuando detalla las causas de la recepción, entre uno de los factores, el *factor poder*: “Así como el subdesarrollo (...) y la dependencia, impulsan a los gobiernos de países como el nuestro a tratar de disminuir la abismal separación técnica en la industria, mediante la importación de tecnología, también en el dominio jurídico se evidencia este afán de recurrir a la importación de instrumentos técnicos más adecuados a una realidad deseada que a la actualmente imperante. A esto contribuye la ideología jurídica dominante, uno de cuyos aspectos consiste en propugnar el mejoramiento del ordenamiento jurídico positivo como medio idóneo para resolver los problemas sociales.”<sup>170</sup>

Claramente se destaca el *prestigio* como fuerza influyente de la difusión del Derecho (v. gr. la calidad de los proyectos helvéticos), las posibilidades de acceder a él (la estrechez de la cultura jurídica de los primeros juristas peruanos materializados en el conocimiento del idioma) o la moda (la vigencia de modelos o escuelas).

No cabe duda que, actualmente, los operadores jurídicos y políticos son consientes también de lo que buscan trasplantar, esto es, de la deliberada incorporación de ideología de dominación. Pero esto no siempre ocurrió; los sistemas alemanes fueron importados sin tomar en cuenta el momento del poder político y del contexto particular en que surgían, siendo reducidos a una cuestión técnica y académica.

“De ese modo, la *dogmática-jurídico penal latinoamericana del siglo XX* presentó caracteres de severa enajenación política, no sólo en razón de la *alienación política originaria* que acarrea cada modelo (en mayor o menor medida, según los casos), sino también porque fueron *importados con notoria privación o recorte de la dimensión política originaria* y, además, porque hubo completa *enajenación frente a la dimensión política local o regional*.”<sup>171</sup>

Únicamente, en un aspecto estamos de acuerdo con Hurtado Pozo en lo relativo a que los grupos dominantes juegan un rol importante en la recepción del derecho, pero me aparto cuando considera que tales grupos de poder buscan el desarrollo

---

<sup>170</sup> Hurtado Pozo, José, *La Ley ‘importada’*, p. 90; Hurtado Pozo, José y Prado Saldarriaga, Víctor, *Manual de Derecho Penal Parte General*, pp. 103 y s.

<sup>171</sup> Zaffaroni, Raúl, “Política y Dogmática jurídico-penal”, en *En torno a la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 81.

y más aún “resolver los problemas sociales”. Esto no es cierto. Aquí la clase dominante –los grupos de poder fácticos y las corporaciones<sup>172</sup> que gobiernan el país y sus operadores ideológicos– siempre han bregado por mantener las relaciones de dominación y de herencia colonial<sup>173</sup> –acomodándose al grupo político que mejor responda a sus intereses–, alimentando el sistema económico opresivo e inmoral para enriquecer una clase social a costa de la explotación y marginación de las mayorías y *no han buscado el desarrollo de la sociedad en su conjunto*. Esta clase gobernante nacional se encuentra dominada por el capital extranjero, es dependiente, de esa forma, reproduce los intereses extranjeros.

El sociólogo peruano Julio Cotler destacó que lo característico de la dominación burguesa-oligárquica nacional es que ha buscado sus propios intereses, mejor dicho, los del capital extranjero; por su parte, su par Aníbal Quijano que la ideología de la clase dominante reproducía un patrón mundial de poder, la racionalidad eurocéntrica, caracterizaba por una connotación racial excluyente.

Cotler precisa:

“Por consiguiente, en ningún momento de la historia peruana puede hablarse, con un mínimo de responsabilidad, de la existencia de un margen significativo de autonomía de la clase dominante y del Estado, respecto a los intereses del capital extranjero, que permitiera la acumulación de recursos suficientes para satisfacer las más urgentes exigencias populares. De ahí que en los raros momentos que los derechos ciudadanos se amplían, por las presiones populares, rápidamente se plantea una crisis política del régimen de dominación social y la forzada respuesta represiva del aparato estatal.”<sup>174</sup>

Por su parte Quijano:

“En fin, el éxito de Europa Occidental en convertirse en el centro del moderno sistema-mundo, según la apta formulación de Wallerstein, desarrolló en los europeos un rasgo común a todos los dominadores coloniales e imperiales de la historia, el etnocentrismo. Pero en el caso europeo ese rasgo tenía un fundamento y una justificación peculiar: la clasificación racial de la población del mundo después de América. La asociación entre ambos fenómenos, el etnocentrismo colonial y la clasificación racial universal, ayuda a explicar por qué los europeos fueron llevados a sentirse no sólo superiores a todos los demás pueblos del mundo, sino, en particular, naturalmente superiores.”<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> Es el caso de la CONFIED-Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas.

<sup>173</sup> La herencia colonial de acuerdo con Cotler tiene dos facetas distinguibles: “Una se refiere al carácter dependiente de la sociedad peruana respecto al desarrollo del capitalismo en el hemisferio norte, en sus varias etapas de transformación. (...) La otra faceta de la herencia colonial es la persistencia de las relaciones coloniales de explotación de la población indígena. (...) De ahí que las relaciones sociales de dominación en el Perú estén cargadas de un fuerte ingrediente de naturaleza étnica”, Cotler, Julio, *Clases, estado y nación en el Perú*, 3ª ed., Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2005 (2ª reimpresión 2009), pp. 335 y s.

<sup>174</sup> Cotler, Julio, *Clases, estado y nación en el Perú*, p. 337.

<sup>175</sup> Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Edgardo Lander (editor), 1ª ed., Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 210.



Como resultado, en los márgenes del poder planetario –cada uno con sus particularidades– la penetración ideológica es devastadora. El derecho de los países centrales prepara el camino para la imposición de medidas dirigidas a través de políticas públicas a mantener el *stabliment* sin importar que con ellos se conserve, por un lado, la inequidad, injusticia y desigualdad y, por otro, que se aliente el saqueo de recursos naturales. La oposición a tales medidas se responde con habilitación de poder punitivo (represión).

Tres factores son posibles de identificar en la elaboración de la norma: el legislador, el o los grupos de poder y el académico. El legislador es subordinado del poder, así que capacidad de decisión no se cuenta, el académico hará lo que le ordene el legislador.

#### **4.5. El margen latino**

Latinoamérica se encuentra en la periferia del poder planetario, pero resulta más expresivo, como señala Zaffaroni,<sup>176</sup> abordar la situación de los países periféricos como países *marginales*, es decir, ubicados al *margen* del poder mundial.

El término marginal (asunción consiente de la condición marginal) no solo indica que se está en la periferia, sino que representa a la población latinoamericana marginada del poder y que es objeto de la violencia del sistema, la marginación cultural expresada en el colonialismo, el neo-colonialismo y el tecno-colonialismo y la dependencia en relación al poder central. En nuestro margen, refiere el autor argentino, la dinámica latina está condicionada por la dependencia al poder central y nuestro control social está íntimamente ligado a ella.<sup>177</sup>

Otro aspecto que debe destacarse es el lugar que ocupaba América Latina durante la guerra fría. En este contexto era mucho más evidente la imposición ideológica y militar. Esto se muestra claro si partimos de que el tercer mundo resultaba ser el campo de batalla militar e ideológico entre el primer mundo capitalista y el segundo mundo comunista. Finalizado la guerra fría, parecía ser que todo ya estaba bien, que había terminado la amenaza y cesado el aparato de imposición ideológica, sin embargo, las intervenciones se han vuelto más sutiles, ocultan su naturaleza opresiva. Ya no viene como una orden, sino como una sugerencia más perversa.

#### **4.6. El margen peruano**

Clara intromisión de los aparatos ideológicos de gobernanza mundial en el direccionamiento de la economía nacional han sido la suscripción de las *letter of intent* (Cartas de intención). Estas imposiciones por el FMI en forma de un pedido de parte constituyen la expresión evidente del poder económico mundial de condicionar el desarrollo de una nación a un modo de producción mundial.

---

<sup>176</sup> Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires: EDIAR, 1998 (2ª reimpresión), p. 170.

<sup>177</sup> Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, p. 70. Por otro trabajo, Zaffaroni deja ver que el dinamismo de la globalización tiende a cambiar el lugar del margen, pues empieza a haber *márgenes* cada vez mayores en los viejos *centros* (brazileñización), Zaffaroni, Raúl, “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”, en *En torno a la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 2000.



Siendo hoy de igual de decisivas en la actual crisis europea (España, Chipre y Grecia).

Por otro lado, el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Perú con los Estados Unidos es un ejemplo que el Estado no es totalmente *soberano* en la expedición de normas y el diseño de su política criminal, a través de él se ha modificado la legislación penal, básicamente una retirada de normas penales que reprimen delitos socioeconómicos.

La implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos de América provocó la emisión del Decreto Legislativo N° 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, 25 de junio del 2008, y Decreto Legislativo N° 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, 26 de junio del 2008. Mediante el primero de ellos se deroga los artículos 232 (abuso de poder económico) y 233 (Acaparamiento) y el numeral 3 del artículo 241 (licitaciones colusorias) del Código Penal, mientras que el segundo derogó los artículos 238 (información falsa sobre calidad de productos), 239 (venta de bienes o servicios diferentes a los anunciados) y 240 (aprovechamiento indebido de ventajas de reputación industrial o comercial) del Código Penal. Las infracciones penales se convierten en *infracciones administrativas* cuyo control de las conductas anticompetitivas y de competencia desleal corresponden al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.

Las actividades de los grupos de poder económico quedan así fuera del alcance del poder penal. Resulta irónico el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1034: La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas “con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”. La conducta criminal de la clase oligárquica-burguesa históricamente excluida materialmente del discurso penal<sup>178</sup> ahora está legalmente asegurada de la forma más explícita.

Igualmente, se evidencia la importación de políticas criminales de cuño norteamericano manifestadas en políticas de tolerancia cero, la abstención por temor (penas duras), implementación de la cárcel como primer medio de control del delito y la incapacitación, sumado al continuo vaciamiento de las medidas destinadas a la rehabilitación.

#### **4.7. El factor cultural del castigo**

Así como se difunde la legislación, doctrina, precedentes judiciales, factores de dominación, etc., de igual manera, *se transplantan también expresiones culturales*. Y justamente el castigo y todas las estructuras e instituciones que le rodean llevan dentro de sí procesos culturales específicos.

David Garland considera al castigo “como el procedimiento legal que sanciona y condena a los transgresores del derecho penal, de acuerdo con categorías y procedimientos específicos.”<sup>179</sup> No obstante, su funcionamiento depende de un

---

<sup>178</sup> Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia: Tirant lo blanch, 2003, pp. 163 y ss.

<sup>179</sup> Garland, David, *El castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, trad. Berta Ruiz de la Concha, 1ª ed., México D.F.: Siglo xxi editores, 1999, p. 33.

extenso conjunto de fuerzas y condiciones sociales. Así, fundamentalmente el castigo es concebido como un artefacto social que encarna, expresa y reproduce las formas culturales de la sociedad.<sup>180</sup> El enfoque interpretativo multidimensional se hace presente con la finalidad de comprender al castigo como una institución social supradeterminada y multifacética.<sup>181</sup>

La perspectiva del autor parte con la crítica a la noción instrumental del castigo como un instrumento para controlar y reducir *el crimen*. Esta visión reducida del castigo impide ver su real significación. Igualmente extiende la crítica al enfoque de Durkheim y Foucault que persisten en la noción instrumental. Si bien ambos destacan el fracaso del castigo como método para controlar el delito, sus propuestas no se apartan de la limitada idea del castigo como medio para lograr un fin (el primero como medio para alcanzar la solidaridad social y el segundo para la dominación política). Ante ello, Garland sostiene que las instituciones no pueden explicarse solo por sus propósitos. Además de cumplir la función de control del delito (propósito instrumental), también es un estilo cultural y una tradición histórica que depende de las condiciones institucionales técnicas y discursivas. El factor cultural resulta decisivo.

En su línea de pensamiento, Garland concibe la cultura “como algo inextricablemente ligado a las formas materiales de la acción, modos de vida y situaciones. (...) como una dimensión de la vida social y un contexto conformador de la acción social (y penal).”<sup>182</sup> Esta definición amplia abarca tanto las mentalidades (sistemas intelectuales y formas de conciencia) y sensibilidades (estructuras de afecto), pues ambas inciden en la forma de castigar. En suma, la cultura proporciona el marco intelectual bajo el cual se estructura el castigo.

Así afirma:

“Al abordar así la inmediatez de la cultura, en vez de buscar reducirla a otra cosa, entramos en contacto directo con el medio en el que se conciben y fomentan los castigos. Las leyes e instituciones penales siempre se proponen, analizan, legislan y funcionan dentro de los códigos culturales definidos. Están enmarcados en lenguajes, discursos, y sistemas de signos que encarna significados culturales determinados, distinciones y sentimientos que es preciso interpretar y entender si queremos comprender el significado social y los motivos del castigo.”<sup>183</sup>

Entonces, cada manifestación de la configuración del castigo en cada tiempo está inspirada de una idiosincrasia propia de las relaciones culturales en donde el castigo tiene lugar. Así como toda sociedad imprime en el castigo su significancia cultural en la sociedad contemporánea, esta significación particular empieza a desdibujarse ya sea porque una sociedad asimila las perspectivas culturales de otras o porque son impuestas subrepticamente con la

---

<sup>180</sup> Garland, David, *El castigo y sociedad moderna*, p. 227.

<sup>181</sup> No debe perderse de vista que el análisis de D. Garland sobre el castigo tiene lugar en sociedades industrializadas específicas, esto es, Estados Unidos y Reino Unido, donde el contexto de la modernidad tardía es central.

<sup>182</sup> Garland, David, *El castigo y sociedad moderna*, p. 228.

<sup>183</sup> Garland, David, *El castigo y sociedad moderna*, p. 233.

globalización. Y en este fenómeno juegan un rol importantes actores políticos y económicos.

Evidentemente, el análisis de Garland no desconoce que los cambios en el control de la criminalidad en las sociedades norteamericana y británica de finales del siglo XX han sido determinadas por las agencias gubernamentales y los actores políticos encargadas del diseño de las políticas públicas en materia del crimen, sino que complementa aquél punto de vista señalando que esa reconfiguración del control penal tiene sus raíces en una nueva experiencia colectiva del crimen y la inseguridad (condiciones de posibilidad) que se estructuran en los cambios sociales y culturales de los últimas décadas, lo que finalmente haría posible la adopción de tales políticas y su materialización.

“La existencia y resonancia pública de las políticas emergentes sobre el control de la criminalidad también dependen de la preexistencia de determinadas rutinas sociales y sensibilidades culturales. Tales rutinas y sensibilidades son las condiciones extra-políticas que han hecho que políticas de este tipo sean posible (desde un punto de vista técnico) y deseables (para sectores claves del electorado) en el Reino Unido y los Estados Unidos.”<sup>184</sup>

Ciertamente la base *cultural* permite comprender de *abajo hacia arriba* la configuración penal –como sucede en su análisis de las sociedades industrializadas de los Estados Unidos y Reino Unido–. Sin embargo, los intereses económicos y políticos *de arriba hacia abajo* igualmente determinan no solo las políticas públicas, sino también la configuración cultural (idiosincrasia) para que desde luego se construya una visión del castigo –como sucede en América Latina–. Difícilmente se puede advertir este factor si no se incluye al sector privilegiado de poder (económico y político) que busca deliberadamente conformar una conciencia cultural y penal para la satisfacción de sus propios intereses. Justamente, el análisis de la visión global de la política mundial durante la guerra fría dio evidencias clara de esto. La edificación de un enemigo externo (peligro comunista) favorecía la construcción de la percepción cultural interna de un peligro y una vez desaparecido el viejo enemigo uno nuevo toma su lugar con el mismo objetivo: fabricar una percepción cultural que se manifestaba como normal, natural o producto de los cambios sociales. No se niega que los cambios sociales lleven consigo cambios culturales genuinos –precisamente la indiferenciación de patrones culturales en pleno despliegue de la globalización es muestra de ello–, pero este aspecto de manipulación e inducción de una perspectiva cultural –del centro a la periferia– por factores externos de ningún modo puede perderse de vista ni es excluido en este trabajo.

## **5. La teoría del Derecho penal del enemigo como *formante jurídico* y su falso carácter científico-neutral**

Hasta aquí hemos dado a conocer, por un lado, que los transplantes jurídicos han sido una constante en la historia del derecho constituyéndose en los canales por

---

<sup>184</sup> Garland, David, “La cultura de las sociedades con altas tasas de criminalidad. Algunas precondiciones de las políticas de ‘seguridad ciudadana’”, trad. M. Iturralde en *Crimen y Castigo en la modernidad tardía*, Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 208.

los cuales se recepcionan los *formantes jurídicos* (legislación, la doctrina y las decisiones judiciales). Así pues, los préstamos jurídicos han permitido el desarrollo del derecho, pero también han contribuido a la instauración y mantención de formas de dominación. Estos formantes jurídicos contienen propuestas de regulación que encubren o no teorías ideológicas de los diversos centros de producción del derecho históricos.

Por otro lado, las bases socioeconómicas no determinan necesariamente el predominio o hegemonía de un sistema o modelo legal, sino que esta posición de superioridad sobre todo se alcanza cuando el derecho local es funcional al sistema socioeconómico, es decir, cuanto mejor se adapte a él y le permita su desarrollo. La necesidad del derecho de superar su localismo es el punto de inicio para el ascenso global.

Ahora bien, la teoría del Derecho penal del enemigo de Günther Jakobs en tanto construcción o propuesta *doctrinal* constituye un formante jurídico. Además, debe mencionarse que las disposiciones jurídico-positivas representativas del Derecho penal del enemigo han existido *antes* de la fundamentación teórica (Jakobs no es ningún creador de ellas). En ese sentido, el discurso del Derecho penal del enemigo tiene dos maneras *visibles* de manifestarse: legislación y doctrina. *Estas dos manifestaciones deben distinguirse*, pero en determinado contexto y tiempo ambas llegan a ser sin duda una y la misma. Las leyes positivas del Derecho penal del enemigo sin ese respaldo teórico pierden su consistencia y capacidad para ser aplicadas –elementalmente, porque el discurso con el que se presenta (ser una garantía para la libertad) le imprime de confianza–.

(i) En relación a la primera manifestación. Las disposiciones jurídicas de Derecho penal del enemigo (*formante del tipo legislación*) son una expresión de la internacionalización o expansión del Derecho penal y, por lo tanto, de una política-criminal global represiva originada en los centros hegemónicos de poder alentada por la “ausencia” de seguridad a causa del riesgo terrorista –al que lo presentan como real– o del aumento de la criminalidad local. Entonces, más allá de su carácter pragmático –búsqueda de resultados eficientistas ante la criminalidad– contiene un elemento ideológico,<sup>185</sup> precisamente, revestido de la ideología conservadora y neoliberal de seguridad. Esto no puede ser achacado a Jakobs, pero sí el omitirlo en su descripción. Entonces, junto al visible formante legislación se encuentra *otro formante oculto, el ideológico*.

De aquí que la política-criminal periférica reproduzca los mecanismos propios de la lógica del poder hegemónico mundial (relaciones económicas, modos de organización social, métodos de conocimiento). El esquema cultural penal de los países centrales se introduce a través de los formantes político-criminales

---

<sup>185</sup> En igual sentido, Cancio Meliá, Manuel, “Internacionalización del Derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la *lucha* jurídico-penal *contra el terrorismo*”, en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, De Figueiredo Días (org.), Studia Iuridica 94, Internacionalização do Direito no novo século, Coimbra, Coimbra editora, 2009, señala que “...Esta globalización de la política criminal (...) se presenta de modo puramente pragmático, pero presenta también un sustrato ideológico (de teoría de la pena)”, p. 211; más adelante reitera “(...) a pesar de la invocación manifiesta de un solo pilar de apoyo [prevención fáctica] cabe constatar también un elemento de ideología penal de características distintas: un mecanismo *normativo* distorsionado, una *construcción* de identidad social”, p. 213.

desplegando e imponiendo sus valores culturales a una realidad social distinta. Toda la cultura penal, esto es, la forma de conocer y sentir el delito penetra en las regiones periféricas cambiando la perspectiva que del castigo se tiene. Dicho de otro modo, leyes del tipo de Derecho penal del enemigo se configuran por la visión cultural de la sociedad en el sentido de Garland, pero que esta última es configurada o inducida desde arriba y así son llevadas a otros sistemas culturales.<sup>186</sup>

(ii) En cuanto a la fundamentación teórica del Derecho penal del enemigo (*formante doctrinal*). Ésta es ante todo una manifestación *visible* un tanto original de filosofía política y jurídica (la salvaguardia del Estado moderno y la necesidad de un revestimiento cognitivo de los conceptos). Sin embargo, la propuesta de delimitación jurídica de dos derechos (Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo) va más allá de ser una propuesta técnico-jurídico, es, evidentemente, una propuesta política y, en consecuencia, no neutral. La propuesta bienintencionada y de buena fe de Jakobs para el Estado de Derecho no debe llevarnos a caer en la ingenuidad de subestimar una intencionalidad latente en este tipo de propuestas con una fundamentación sofisticada –muy aparte que pueda ser manipulada por intereses ilegítimos como recuerda Cancio Meliá<sup>187</sup>–. Justamente, fuera ya de la subjetividad de Jakobs, la construcción *per se* no es *inocente ideológicamente*.<sup>188</sup> Y no solamente el factor ideológico se hace evidente en el Derecho penal del enemigo, sino también en su sistema orientado a la prevención general positiva, su doctrina se presenta como una “ideología de legitimación apriorística tanto del derecho penal como de la pena.”<sup>189</sup>

Tiene razón Zaffaroni<sup>190</sup> cuando señala que un discurso jurídico-penal bien estructurado –y la Teoría del Derecho penal del enemigo lo es– es un *programa político en sí mismo* (todo concepto jurídico-penal es a la vez una concepto político y técnico); entonces, no se puede ante todo recortar o mutilar la dimensión política al *trasplantar* modelos foráneos. Imitar los modelos

---

<sup>186</sup> Rivera presenta a España como un ejemplo de la recepción de la política penal norteamericana y signos del mismo en el resto de Europa, véase Rivera Beiras, Iñaki, *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Barcelona: Anthopos, 2005, pp. 131 y ss.

<sup>187</sup> Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho Penal» del Enemigo?”, en Jakobs/Cancio, *Derecho Penal del Enemigo*, 2ª ed., Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 127

<sup>188</sup> Muñoz Conde destaca también la dimensión ideológica no inocente de la construcción de Jakobs. Muñoz Conde, Francisco, Entrevista por J. Barquín Sanz y M. Olmedo Cardenete (“Conversaciones”), en *RECPC*, 04-c2 (2002). Recuperado de [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-c2.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-c2.html)

Debemos precisar algo, al ser el Derecho penal del enemigo un derecho penal autoritario no debe, sin embargo, asimilarse la aceptación parcial de éste con una identificación plena del autor con una ideología autoritaria.

Como una pequeña nota entre paréntesis, Gracia Martín en una reciente entrevista –sin dejar de denunciar la ilegitimidad del Derecho penal del enemigo– pone en duda como engañosa la acogida del pensamiento de Jakobs en Latinoamérica –acogida que destaca Muñoz Conde en la entrevista antes citada–. Cfr. Gracia Martín, Luis, Entrevista por J. Urquiza y D. Rosales, *La Ley*. El ángulo legal de la noticia, Dir. W. Gutiérrez, Editorial Gaceta Jurídica, Nº 5, Año I, Noviembre, Lima, 2014, pp. 69 y s.

<sup>189</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz, J. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid: Trotta, 1995, p. 275.

<sup>190</sup> Zaffaroni, Raúl, “Política y Dogmática jurídico-penal”, pp. 71 y ss.

dogmáticos alemanes, por ejemplo, no significa copiarlos arbitrariamente sin su marco político, sino usar su *metodología* para crear discursos propios.<sup>191</sup> En ese sentido, tampoco se trata de desmerecer la teoría del Derecho penal del enemigo, por el contrario, una vez que se ha puesto en evidencia su verdadera dimensión política es que puede ser revalorado y *ver* qué elementos del método tras la fundamentación son útiles o no. De otra forma no se podrá saber qué se importa de fuera. Que haya mucho, poco o muy poco o nada que mantener es algo que viene luego. Hacer omisiones lleva a ver todo discurso penal como una cuestión puramente técnica.

Es así que, sin recortar el aspecto político, el conjunto teórico-legislativo del que se compone el Derecho penal del enemigo es el resultado de la lógica de ideología de la globalización originada actualmente por el sistema económico neoliberal.<sup>192</sup> Es la manifestación de la *continua tradición represiva del Estado de policía*, ahora en su forma neoliberal.

Vemos entonces que *antes* de Jakobs, el Derecho penal del enemigo (llámese como se llame) venía caracterizado por disposiciones jurídico-penales represivas y simbólicas, es decir, por el formante jurídico tipo legislación, paralelo a él y oculto, el sustrato ideológico del Estado de policía y autoritario. Ya con el autor alemán, el Derecho penal del enemigo tiene detrás no solo el formante legislación, sino también el doctrinal (ambos visibles), pero sigue en cuerda (oculto) el sustrato ideológico autoritario (esto último, difícilmente se puede identificar con una persona en particular, pues es más una *tradición*). Juntos, en el contexto actual, forman una unidad de vasos comunicantes, donde la buena intensidad de la elaboración doctrinal –con toda su cientificidad– no escapa a la conminación ideológica autoritaria.

La descripción efectuada por Jakobs de la realidad jurídica en la que da cuenta de la existencia de disposiciones jurídicas que se dirigen a combatir peligros es acertada (el diagnóstico es correcto) y oportuna la alerta para tratar este fenómeno. No creemos que a nadie se le ocurra negar esa realidad. En esa línea, la interpretación funcionalista –y en tanto interpretación teóricamente elaborada es una posición doctrinal– de esa situación es más o menos así: con las normas del Derecho penal del enemigo –el despliegue de coacción física– dirigida a determinados individuos peligrosos –el enemigo no en sentido político ni religioso–, el Estado pretende compensar el déficit de apoyo o cimentación

---

<sup>191</sup> De igual consideración es Manuel Iturralde, quien estima conveniente recurrir al análisis multidimensional y multidisciplinario de la sociología del castigo que D. Garland aplicó al estudio de las sociedades estadounidense y británica –es decir, el método– para estudiar el caso latinoamericano, pero atendiendo a las peculiaridades y matices propios, Iturralde, Manuel A., “La sociología del castigo de David Garland: El control del crimen en las sociedades modernas tardías” (Estudio preliminar), en *Crimen y Castigo en la modernidad tardía*, Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pp. 100 y ss.

<sup>192</sup> En ese mismo sentido, Emiliano Borja presenta al sistema teórico de Jakobs (el sistema funcionalista y el Derecho penal del enemigo), junto al Derecho penal simbólico, como una propuesta propia de la ideología de la globalización (respuestas tecnocráticas, unidas al principio neoliberal de la eficiencia formal y una estrategia “cientifista” propia de la Tercera Revolución industrial), Borja Jiménez, Emiliano, *Acerca de lo universal y los particular en el Derecho penal*, pp. 46 y ss. Por su parte, Zaffaroni sitúa la aparición del sistema funcionalista de Jakobs en los años 80 que coincide con el debilitamiento del Estado de bienestar y el consiguiente refuerzo de control social punitivo, Zaffaroni, Raúl, “Política y Dogmática jurídico-penal”, pp. 93 y ss.

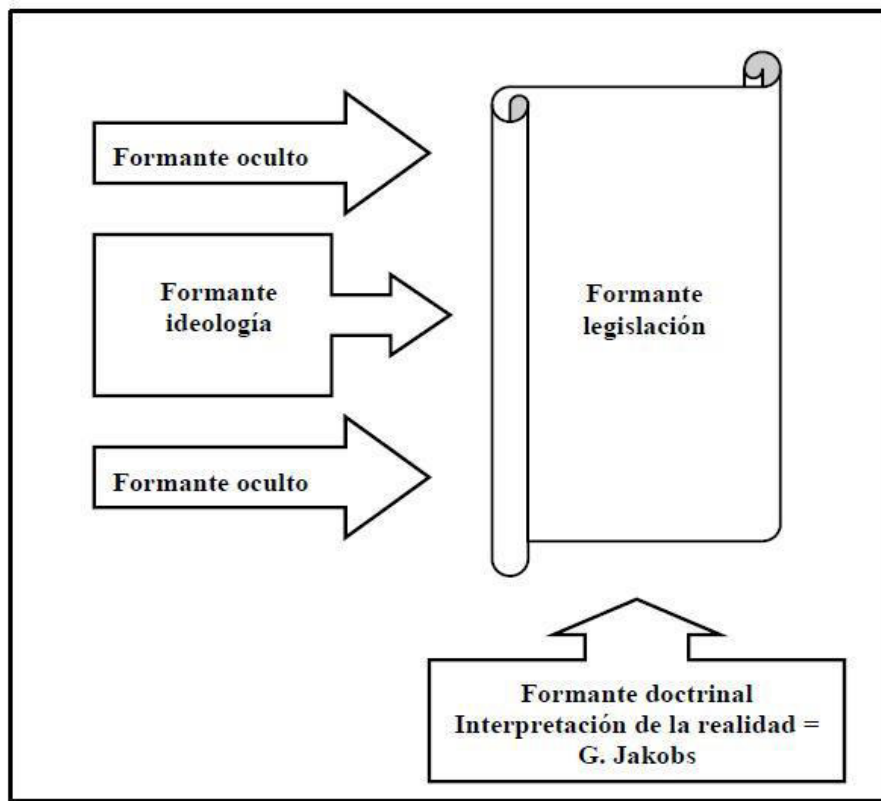
cognitiva que el sujeto peligroso por sí mismo no provee y que *debe* prestar (para ser persona). La oposición del enemigo a la norma no es simple o común como cuando un ciudadano comete un error penal, sino de una cualidad significativa, sobre todo por el hecho de impedir que las expectativas sociales del resto de ciudadanos se realicen. La seguridad que mutuo propio no presta hace que él mismo se despersonalice. El Estado va a ser quien heteroadministre la parte de la personalidad que el sujeto no puede administrar (el fragmento de proveer confianza en la norma). En una sola palabra: toda institución normativa (persona o norma) necesita de un apoyo cognitivo para ser real, de lo contrario no brinda efectiva orientación social.

Veamos ahora contrastes. Si la tradición ideológica (autoritaria y represiva) que se encuentra detrás de la legislación y la legislación misma se las veía como una amenaza a la configuración del Estado y a las libertades individuales, la actual interpretación doctrinal funcionalista presenta a la legislación dirigida a enemigos como necesaria y más aún como una garantía no solo estatal sino de también de las expectativas individuales. Nos preguntamos entonces: si las disposiciones jurídicas represivas y autoritarias (hoy llamadas Derecho penal del enemigo) siempre existieron, ¿por qué hoy se presentan como necesarias y como una garantía de la libertad? No cabe duda que es por la fundamentación doctrinal novedosa, diferente a la tradición ideológica autoritaria y, por ello, se trata de un formante doctrinal.

Entonces, cuando hablamos del falso carácter científico-neutral de la teoría del Derecho penal del enemigo me estoy refiriendo a la *interpretación* que se da a una descripción de la realidad y a la falta de reconocimiento de que una propuesta técnico-jurídica es un programa político en sí mismo. Así, el concepto científico de enemigo del funcionalismo que busca moverse en el plano abstracto —el que no provee de apoyo cognitivo—, no puede derivarse sino de determinados sujetos reales que el *poder de definición*<sup>193</sup> del discurso político determina. El *concepto* no surge de la nada.

---

<sup>193</sup> Resulta poco riguroso afirmar que el *poder de definición* de quién es enemigo lo tiene solamente el legislador democrático.



**Gráfico N° 5:** Formantes jurídicos del discurso del Derecho penal del enemigo. Fuente: Elaborado por el autor.

Es evidente, pues, que la política-criminal va más allá de una decisión de política pública meramente técnica. Por ejemplo, la propuesta técnico-jurídica del economista mundialmente conocido y compatriota nuestro Hernando De Soto de la necesidad de poseer un documento que represente la propiedad de los bienes para alcanzar los beneficios del capitalismo tiene un contenido ideológico. Básicamente, el que no hayamos alcanzado la prosperidad como los países desarrollados se debe a nuestra propia culpa por no tener un sistema que haga visible el derecho de propiedad (proceso de representación que solo occidente cuenta), es decir, por la posesión defectuosa basada en derechos inadecuadamente documentados.

“Es *esta* disparidad [tener un proceso de representación para transformar lo invisible en visible] la que explica por qué los países occidentales pueden crear capital y los del Tercer Mundo y la antigua órbita comunista no.”<sup>194</sup>

Justamente, su propuesta –proyectada en legislación– se alinea a las directrices de las instituciones económicas de gobernanza mundial (BM, FMI y OMC). Barreras arancelarias, medidas restrictivas y políticas proteccionistas opuestas al

<sup>194</sup> De Soto, Hernando, *El Misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo*, trad. M. Lauer y J. Mc Lauchlan, Lima: Editora El Comercio, 2000, pp. 33 y s.



libre mercado son las que impiden el desarrollo y la generación de riqueza en la periferia, siendo *nosotros* responsables de tales políticas (inadecuadas). Nuevamente, somos los culpables de nuestra tragedia: los factores históricos-políticos de dominación de repente no existen.

Recientemente, este autor y líder de uno de los *Think Tanks* más reconocidos – *Institute for Liberty and Democracy*– abordó la cuestión del terrorismo en Medio Oriente –relativa al Estado Islámico– en un artículo titulado “*Capitalism cure for terrorism*” publicado en *The Wall Street Journal*. Aquí sostiene lo siguiente:

“To make this agenda a reality [la derrota del terrorismo], the only requirements are a little imagination, a hefty dose of capital (injected from the bottom up) and government leadership to build, streamline and fortify the laws and structures that let capitalism flourish. As anyone who’s walked the streets of Lima, Tunis and Cairo knows, capital isn’t the problem—it is the solution.”<sup>195</sup>

Increíblemente, las causas históricas (invasiones, guerras y violencia), los efectos de inequidad de la sociedad globalizada occidental y la imposición de sus valores en el resto del mundo (civilizaciones) desaparecen y son omitidos tan ligeramente para ofrecer como solución al capital. Esta ceguera del ver al mundo de una forma estática es la que también tiene el discurso del Derecho penal del enemigo.

---

<sup>195</sup> De Soto, Hernando, “Capitalism cure for terrorism”, *The Wall Street Journal*, 10 de octubre de 2014. Recuperado de <http://online.wsj.com/articles/the-capitalist-cure-for-terrorism-1412973796>

### CAPÍTULO III

#### EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Los capítulos III y IV se caracterizarán por presentar una metodología crítico-descriptiva. *Toda descripción de la realidad social implica a la vez su evaluación crítica para transformarla.*

El presente capítulo está destinado a describir los elementos y bases teóricas que caracterizan a la doctrina del Derecho penal del enemigo formulado por el destacado profesor alemán Günther Jakobs. Esta formulación no comprende a las disposiciones jurídico-penales ni al sustrato ideológico que éstas puedan tener. Y antes de ello, se elaborará un marco epistemológico-constitucional que contrastará con la descripción.

#### **1. Consideración preliminar**

En mayo de 1985, en un congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt a. M., Jakobs presentó una ponencia titulada “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*”,<sup>196</sup> en ella aborda, no sólo el problema de la anticipación de la punibilidad, del límite incierto de la conducta previa legítimamente punible y de la que no puede ser ya castigada, desprendiéndose la idea de un Derecho penal del enemigo cuando se desconoce al ciudadano esferas privadas de libertad, sino –y esto es lo más importante– la idea básica de su pensamiento actual de que todo concepto normativo requiere un apoyo, base, cimentación, revestimiento o corroboración cognitiva para ser *real*, es decir, que la confianza en la vigencia de las normas no existe sin la garantía de que van a ser al menos cumplidas. Aquí, Jakobs describe que la vigencia de la norma no

---

<sup>196</sup> Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, trad. E. Peñaranda Ramos, en *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, 1ª ed., Lima: Palestra editores, 2000 (ponencia presentada al congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt a. M. en mayo de 1985).

puede mantenerse ya de modo puramente contrafáctico, así él ejemplifica: “la conciencia de tener el Derecho de nuestra parte en la medida en que lleguemos a ser víctimas de un homicidio no es fundamento idóneo para efectuar un plan de vida, si no existe la conciencia de que ese homicidio será al menos evitado.”<sup>197</sup>

Jakobs en esta ponencia concluye que considerables porciones de criminalizaciones anticipadas, que se encuentran en el Código penal alemán, no se pueden legitimar en un Estado de Libertades. Estas criminalizaciones tienen su sustento, según Jakobs, en la Teoría de la protección de bienes jurídicos, es decir, “en la legitimación [de la sanción e intervención penal] de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico”. El profesor alemán considera que este punto de partida causa un desbordamiento del concepto de autor, pues éste vendría a ser definido por “el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico”, lo que provocaría adelantar el comienzo del peligro y, por ende, la punibilidad. La consecuencia de ello es que “[e]l autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente-relevante, sino es sólo fuente de peligro o, (...) un *enemigo* del bien jurídico.”

De ese modo, partiendo de premisas liberales, Jakobs distingue una esfera civil interna o esfera exenta de control y una esfera externa. El reconocimiento a un individuo como ciudadano significa que dispone de una esfera privada (que comprende no sólo las *cogitationes*, sino también su entera vida privada), este *status* termina cuando el Estado se inmiscuye en dicho ámbito; y en un Estado de libertades el mismo se encuentra garantizado. Concluye el autor, que cuando se priva a los *intervinientes* de su ámbito interno se les trata como enemigos a los que no se concede el *status* de ciudadano, dicho tratamiento puede ser útil para la protección de bienes jurídicos, pero es a costa de ceder una parte de la esfera íntima. Una disminución semejante pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: *El Derecho Penal de enemigos, optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho Penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad.*

Asimismo, distingue entre normas principales y *de flaqueo*, estas últimas tienen la misión de garantizar las condiciones de la vigencia de las normas principales. ¿Cuales son esas condiciones? “Una norma es eficaz si presta lo que ha de prestar: aseguramiento de expectativas. Para ello, es necesario que la norma sea reconocible *ex ante* como estable por el potencialmente afectado.” La vigencia de la norma no es, pues, sólo una relación entre norma y autores potenciales, sino además entre norma y potenciales afectados; esta segunda relación tiene un contenido positivo, el de la confianza en la norma. La consecuencia de ello es que la vigencia de la norma no sólo puede verse quebrantada por la conducta del autor (de la forma habitual), sino también por cualquier menoscabo en la confianza de los afectados, cualquiera que sea la vía por la que esto ocurra.

---

<sup>197</sup> Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, p. 237.

En dicho año Jakobs sostenía lo siguiente:

“La existencia de un Derecho Penal de enemigos, no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de Libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe.”<sup>198</sup>

El pensamiento del profesor Jakobs, respecto de su construcción funcional dogmática y en particular del Derecho penal del enemigo, es producto –consecuente en él– de la necesidad de hacer *real* todo concepto normativo y no que estos se queden en meros postulados de buenos deseos, en donde cumple un papel relevante la filosofía hegeliana.

## **2. Primera constatación: Estado Constitucional y Derecho penal del enemigo**<sup>199</sup>

### **2.1. Marco epistemológico-constitucional**

El Estado Constitucional (Social y democrático de Derecho) es aquel que tiene como fin el respeto de la dignidad del (ser) humano<sup>200</sup> (art.1 de la carta política de 1993<sup>201</sup>) y los derechos fundamentales. En ese sentido, el rasgo característico del constitucionalismo jurídico es que la *constitución* es la norma suprema a la que se encuentran subordinadas las leyes y los poderes estatales.

Los derechos garantizados en la constitución son conquistas de los pueblos en su devenir histórico, en sus luchas y revoluciones frente a la irracionalidad y descontrol del poder estatal. Triunfos de un contexto histórico-social determinado. No se trata de valores objetivos y supratemporales como los que Antígona reclamaba ante Creonte. La ampliación o reforzamiento de tales

---

<sup>198</sup> Jakobs, Günther, *ob. cit.*, p. 247.

<sup>199</sup> Silva Sánchez recurre a la expresión de “tercera velocidad del Derecho penal” diferenciándolo de la primera velocidad –caracterizado por el derecho penal de la cárcel donde se mantiene los principios políticos criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales– y la segunda velocidad –representada por penas de privación de derechos o pecuniarias con una flexibilización proporcional de las reglas procesales y dogmáticas a la menor intensidad de la sanción–, Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2001 (reimpresión 2006 de la 2ª ed.), p. 183.

<sup>200</sup> En la doctrina nacional referente al fundamento de la dignidad del hombre véase Landa Arroyo, César, “*Dignidad de la persona humana*”, en *Ius et veritas*, Año X, N° 21, Perú, Lima, noviembre, 2000, donde señala que “...la dignidad tiene como sujeto a la persona humana, tanto en su dimensión corporal como en su dimensión racional” p. 11. En la Jurisprudencia constitucional peruana, las sentencias N° 01417-2005-PA/TC, N° 0004-2005-PI/TC, N° 0007-2005-PI/TC y sobre todo la N° 02273-2005-PCH/TC, establecen que “*la dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental; en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana*”. También, Bacigalupo, Enrique, “Dignidad de la persona y Derecho penal”, en *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporánea*, T I, Libro Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario, E. Gimbernat, L. Gracia, E. Peñaranda, Mª Rueda, C. Suarez y J. Urquiza (editores), 1ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 17-33.

<sup>201</sup> Una aclaración. Si bien la carta política en el art. 1 se refiere a la *persona humana*, en definitiva esta haciendo referencia al *ser humano*, donde reside y se deriva, según la doctrina, la dignidad del hombre.

derechos se encuentra, de esa manera, condicionada a los futuros cambios sociales como consecuencia de la amenaza del poder a los ya conquistados. No se admite, pues, renuncias a dichos triunfos.

La identificación de los derechos como triunfos y no como valores morales nos lleva a una ulterior distinción teórica de repercusiones prácticas dentro del constitucionalismo. Aquí asumimos el constitucionalismo normativo o garantista<sup>202</sup> expuesto por Luigi Ferrajoli: un positivismo reforzado.

“El constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al estado de derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el ‘ser’ sino también el ‘deber ser’ del derecho; y completa al estado de derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al derecho y al control de constitucionalidad.”<sup>203</sup>

Los tres significados de este constitucionalismo son: (i) la positivización de los principios a los que debe someterse la producción normativa (como *modelo de derecho*); (ii) la tematización de la divergencia entre el deber ser (constitucional) y el ser (legislativo) del derecho (como *teoría del derecho*); (iii) una teoría de la democracia sustancial y no solo formal (como *filosofía y teoría política*). Las garantías constitucionales de cara a la protección de los derechos fundamentales dan cuenta de la rigidez de este constitucionalismo.<sup>204</sup>

No aceptamos una vinculación o conexión entre el derecho y *la moral*, un sistema normativo compuesto de principios que se respetan por ser valores morales y reglas que se aplican y, como consecuencia de ello, rechazamos el rol de la ponderación o *balancing* en la actividad judicial. Forma parte sustancial de estas tesis lo que se teóricos genoveses han denominado *neoconstitucionalismo*<sup>205</sup> o *Third theory of law*<sup>206</sup> o *constitucionalismo principialista* cuyos representantes más distinguidos son R. Dworkin<sup>207</sup>, R. Alexy<sup>208</sup> y G. Zagrebelsky.<sup>209</sup>

---

<sup>202</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 851 y ss. *Estado de derecho* es sinónimo de *garantismo* si se entiende a aquél como el sometimiento de los poderes públicos a la ley (plano formal) y al servicio de la garantía de los derechos fundamentales (plano sustancial).

<sup>203</sup> Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y garantista”, trad. Nicolás Guzmán, en *Un debate sobre principios constitucionales*, Ferrajoli/Ruiz Manero, 1ª ed., Lima: Palestra, 2014, p. 102.

<sup>204</sup> Al respecto Ferrajoli, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, 2006, pp. 15 y ss. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcr78v8>

<sup>205</sup> Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación”, trad. Josep M. Vilajosana, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 21, 1998, pp. 339 y ss. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/>; ella misma, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, trad. Mar Fernández, en *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, S. Pozzolo (editora), 1ª ed., Lima: Palestra, 2011, pp. 13 y ss.

No solo ella dio la denominación de “neoconstitucionalismo”, sino también Mauro Barberis y Paolo Comanducci.

<sup>206</sup> Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, *Third theory of law*”, en *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, S. Pozzolo (editora), 1ª ed., Lima: Palestra, 2011, pp. 249 y ss. Aquí, ensaya una defensa a las tres tesis neoconstitucionales.

<sup>207</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 1ª ed., Barcelona: Ariel, 1984 (2ª reimpresión 1995), pp. 72 y ss. El autor reconoce que en la práctica judicial los

No obstante, tampoco negamos que las normas constitucionales se expresen como principios o reflejen contenidos o valores morales dignos de aprecio, justamente, si son manifestaciones de los triunfos de la humanidad para nuestro bienestar, sino que advertimos el peligro de que tales valores constituyan una sola moral “verdadera”<sup>210</sup> que trae consigo la intolerancia y más aún en un contexto social del reconocimiento tímido del pluralismo jurídico peruano y latinoamericano.<sup>211</sup> Los principios –todos– surgen de la realidad, de las relaciones sociales concretas y, por ende, susceptibles de cambios. El derecho no

---

operadores del derecho no solo se encuentran frente a normas jurídicas, sino rodeados de principios jurídicos (por ejemplo: *nadie puede beneficiarse de su propio delito*) los cuales tienen una orientación de justicia. Existe entre ambas una distinción lógica. A diferencia de las normas jurídicas que se aplican de manera disyuntiva (se aplica o no con sus respectivas consecuencias), los principios no establecen condiciones para su aplicación, sino enuncian una razón, pero que no exige una decisión particular. Los principios tienen una dimensión de peso o importancia. Igualmente, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal P., 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, quien define los principios como “mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”, pp. 67 y s. Las colisiones de principios se resuelven en la dimensión de peso y la colisión de reglas en la dimensión de validez (incluyendo una cláusula de excepción, invalidando una regla, etc.), pp. 69 y ss.

<sup>208</sup> Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, 1ª ed., Barcelona: Editorial Gedisa, 1994. El autor defiende la tesis de la conexión necesaria entre derecho y la moral correcta. Alexy señala que todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección: “Los sistemas normativos que no formulen explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos [relevancia clasificatoria]. Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión pero no la satisfacen son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes [relevancia cualificante].” (p. 41). Un segundo argumento –el de la injusticia– entra a tallar ante los problemas prácticos que surgen “cuando, al no satisfacerse esta pretensión, se traspasa el umbral de la injusticia extrema” (p. 68). Añade que, “por razones morales, una norma aislada pierde su carácter jurídico sólo si es extremadamente injusta. ([la fórmula radbruch]...). La referencia al sistema total se establece a través de la afirmación de que el sistema total se derrumba como sistema jurídico cuando hay que negar el carácter jurídico a muchas normas, especialmente a muchas normas aisladas importantes para el sistema.” (p. 71). Por último, Alexy parte de que todo sistema jurídico incorpora principios, pero que no solo son constitutivos de aquél, sino que algunos pertenecen a una moral, y ni tampoco a alguna moral, sino a la moral correcta: “Cuando se habla de una conexión necesaria entre derecho y moral, lo que por lo general se quiere decir es que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta” (p. 81). Estos postulados se reiteran en los ensayos de Alexy compilados en *El concepto y naturaleza del Derecho*, trad. Carlos Bernal P., Madrid: Marcial Pons, 2008. Aquí se pone el acento en que el argumento de la corrección establece una conexión débil entre derecho y moral; es así que, para llegar a una conexión clasificatoria (no es derecho si no se cumple un criterio moral) recurre a la fórmula de Radbruch: *la injusticia extrema no es derecho* (pp. 69 y s.), es decir, incluir razones morales (p. 95).

Otro rasgo en su pensamiento es la posibilidad de conocimiento de los valores morales: “cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento”, *El concepto y validez del derecho*, p. 57.

<sup>209</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. M Gascón, 8ª ed., Madrid: Trotta, 2008, pp. 109-130. Aunque trate de evadir el iusnaturalismo argumentando una “superación” hace expresivo que los principios morales se incorporan al derecho positivo.

<sup>210</sup> Ferrajoli, Luigi, “El constitucionalismo entre principios y reglas”, trad. P. Andrés Ibáñez, en *Un debate sobre principios constitucionales*, Ferrajoli/Ruiz Manero, 1ª ed., Lima: Palestra, 2014, p. 180.

<sup>211</sup> Yrigoyen F., Raquel, “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Mikel Berraondo (Coord.) Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-567.

tiene como fin la realización de la justicia –un problema ya de por sí metafísico–. La finalidad del derecho es una finalidad modesta: asegurar el respeto de los derechos fundamentales, estabilizando los conflictos sociales, así como la división de poderes.

Con este marco epistemológico-constitucional, abordamos el Derecho penal.

La ley penal se encuentra subordinada a la constitución (art. 51 de la carta política). Esto significa, en el marco del Derecho penal, Derecho procesal penal y Derecho de ejecución penal, dotar a la persona de garantías que imposibiliten el actuar desmedido y arbitrario del *ius puniendi* del Estado<sup>212</sup>, dicho de otra manera, un complejo de garantías y libertades generales para el desarrollo de su personalidad. ¿Por qué?

El elemento especificador del Derecho penal es la pena. La pena es violencia y produce dolor, su habilitación es ejercicio de poder. Lo característico del poder penal es su selectividad, estigmatización y reproducción de la violencia y discriminación. Entonces, resulta *dudoso* que tenga alguna finalidad positiva (integración o resocialización). Así que, atribuirle una finalidad es legitimarla. Entonces, ella no cumple ninguna finalidad, pero si una función: autoconstatar al Estado y proteger sus bienes jurídicos.<sup>213</sup> He ahí la razón contenedora frente a ese poder.

Acierta Zaffaroni al señalar que la ley y la interpretación de la ley penal debe tener un encuadre constitucional: “*el saber del derecho penal debe estar sujeto siempre a lo que informe el saber del derecho constitucional.*”<sup>214</sup>

## 2.2. ¿Incompatibilidad?

Por otro lado, el *Derecho penal del enemigo* (la legislación), el cual forma parte de la denominada *expansión del Derecho penal*,<sup>215</sup> se caracteriza según lo

---

<sup>212</sup> Igualmente, Tomás Gálvez presenta al Estado Constitucional de Derecho –máxima evolución del Estado– en el que “se configuran los derechos Fundamentales como valores en torno a los cuales debe articularse todo el Ordenamiento jurídico, así como todos sus instituciones categóricas y conceptos integrantes de la ciencia del Derecho”. Gálvez Villegas, Tomás y Rojas León, Ricardo, *Derecho Penal-Parte Especial (Introducción a la Parte General)*, T. I, 1ª ed., Lima: D’Jus-Jurista editores, 2011, pp. 49 y s. Claro está si entendemos los *valores* no como valores objetivos y morales.

<sup>213</sup> Bustos Ramírez, *Obras completas*, T. I, Lima: ARA Editores, 2004, p. 201.

<sup>214</sup> Zaffaroni, Raúl, “El marco constitucional iushumanista del saber penal”, en *En torno a la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 121.

<sup>215</sup> Silva Sánchez destaca pues que “(...) el Derecho penal de la globalización y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también, menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales.”, pp. 83 y s. Más adelante, refiere que “(...) [e]l paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macro criminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada (tráfico de armas, mujeres o niños). La delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación ‘excepcional’, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene”, Silva Sánchez Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, p. 106.

Recorre a una terminología similar, Cancio Meliá, Manuel, “Internacionalización del Derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la *lucha* jurídico-penal *contra el*

descrito por G. Jakobs<sup>216</sup>: (i) adelantamiento de la barrera de punición, (ii) desproporcionalidad en las penas, (iii) paso de la legislación del Derecho penal a legislación para combatir la delincuencia y (iv) pérdidas de garantías procesales.

Ahora bien, una cuestión de rápido planteamiento es si es posible sostener un Derecho penal del enemigo dentro del Estado Constitucional: una respuesta, también, rápida sería negativa (los rasgos señalados son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales y sus garantías). Sin embargo, como se podrá advertir, la mayoría de países occidentales han incorporado en sus legislaciones pedazos de lo que se denomina Derecho penal del enemigo. Basta señalar las “*leyes contra*” o “*leyes para la lucha*”<sup>217</sup>; así, muy cercana a nuestro contexto social, los distintos paquetes legislativos promulgados por el ejecutivo desde la década pasada hasta la fecha, donde las garantías procesales se ven disminuidas, se aumenta las penas y tipos penales son creados con amplio margen de adelanto de la barrera de punibilidad, todo ello junto al problema de (narco) terrorismo en la selva peruana. Esto, sin lugar a dudas, lleva a la cuestión trascendental de su compatibilidad constitucional.<sup>218</sup>

Es visible, entonces, que disposiciones jurídicas denominadas como Derecho Penal del enemigo se encuentran presentes entre las legislaciones penales de los Estados, por este lado, para el prof. Günther Jakobs, quien a puesto de relieve esta situación, aquello es una descripción derivada del estudio de las normas del Derecho positivo alemán (veremos más adelante la cuestión, si Jakobs no sólo lo describe, sino que también lo justifica o legitima, en el sentido de que la

---

*terrorismo*”, denominando “*globalización*” o “*internacionalización*” del Derecho penal, p. 203. Además refiere sobre su estado que “...se constata respecto de los impulsos legislativos (...) una orientación que sería ante todo pragmática, dirigidas a la satisfacción de las necesidades de persecución existentes”, p. 210.

Tomando una postura político-criminal contraria y crítica, Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia: Tirant lo blanch, 2003, refiriendo que, “...la modernización del Derecho Penal debe entenderse ante todo como lucha por el discurso material de criminalidad (...), en el sentido de conquistar la integración, en dicho discurso, de toda la criminalidad material propia de las clases poderosas...”, pp. 163 y ss., y, por otro lado, que “en el discurso de modernización (...), la totalidad de principios, criterios políticos-criminales, e instrumentos dogmáticos de la modernización, son conformes con las exigencias del Estado de Derecho”, pp. 155 y ss.

Véase al respecto sobre el debate en torno al *Derecho penal «nuclear»*, Schünemann, Bernd, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal alemana”, trad. M. Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp., 15 y ss.; y Hassemer W., *La Responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, pp. 16 y ss.

<sup>216</sup> Jakobs, Günther, “La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del Presente”, trad. T. Manso Porto, en *Dogmática de Derecho penal y configuración normativa de la sociedad*, 1ª ed., Madrid: Thomson Civitas, 2004, pp. 43 y s.

<sup>217</sup> Por ejemplo, el paquete legislativo del 22 de julio del 2007, Decretos legislativos N° 982 al N° 992, referentes a la criminalidad organizada y terrorismo. Véase además en otras normas peruanas en García Caveró, Percy, “¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”, en *RPDJP*, Perú, N° 7, 2006, pp. 258 y ss.

Pese a lo indicado, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia N° 003-2005-PI-TC, no reconoce la existencia del Derecho penal del enemigo en nuestro ordenamiento.

<sup>218</sup> Muñoz Conde destaca que más allá de limitarse a reconocer su existencia y menos aún ser indiferente, se debe tomar postura a favor o en contra y señalar, si el Derecho penal del enemigo es sostenible junto a los principios y derechos fundamentales. Véase, Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo “Derecho penal del enemigo”*, 2ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 31 y p. 82.



descripción de un hecho trágico puede ser considerada validación de ese hecho<sup>219</sup> manifestado como necesidad).

### 3. Segunda constatación: no pura normatividad

#### 3.1. Persona en la perspectiva de Jakobs

La teoría general del derecho efectúa una diferenciación entre *persona* y *ser humano* (hombre, individuo o persona natural). El primero es un concepto normativo, definiéndose como un centro de imputación normativo; el segundo, se identifica con un sustrato óntico. En esta relación el primero está referido al segundo. En la perspectiva de Jakobs esta diferencia no solo se mantiene, sino que se acentúa.

Para Jakobs, *persona en Derecho* significa tener que representar un papel, es la representación de una competencia socialmente comprensible<sup>220</sup>, dicho en otras palabras, quien es portador de un rol en sociedad (sujeto mediado por lo social). Además de un fundamento social, tiene uno normativo, pues “la constitución de la sociedad (del mismo modo que la de las personas o incluso de sujetos) tiene lugar a través de normas.”<sup>221</sup> Para Jakobs, el rol más general es el de comportarse como persona en Derecho, esto es, de respetar los derechos de los demás como contrapartida de los derechos propios<sup>222</sup>: no lesionar a nadie. El concepto de persona se limita al de *persona en Derecho*<sup>223</sup>, en ese sentido, sostiene que personas son destinatarios de deberes y derechos y viceversa, quien es capaz jurídicamente.<sup>224</sup>

En el Perú, uno de sus destacados discípulos apuntaría al respecto: “la característica principal del rol es la de constituir al *individuo* como *persona en Derecho*, porque el hombre no es persona en sí misma, sino recién cuando se ‘constituye’ como persona en Derecho. La persona (...) es una estructura normativa (...) solo así se explica que sea portadora de derechos y deberes.”<sup>225</sup>

---

<sup>219</sup> A. Aponte cree encontrar, equivocadamente, una legitimación en la «ambigüedad». Cfr. Aponte C., Alejandro, “¿Derecho penal del enemigo o Derecho Penal del ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un Derecho penal de la enemistad”, Bogotá: Editorial Temis, 2005, pp. 26-27 y 39 y ss.

<sup>220</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, 1ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 1996, pp. 50-51.

<sup>221</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 25.

<sup>222</sup> Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. M. Cancio Meliá, 1ª ed., peruana, Lima: Grijley, 1998 (1ª reimpresión, 2001), p. 68., en donde además se hace referencia, a que el contenido positivo del rol general (común) es el de constituir a la persona en cuanto persona en Derecho, en contrapartida al “lado negativo [de este rol el cual es] el deber de no lesionar a otros (...), su finalidad es una separación de las distintas esferas [de participación] (...)”, pp. 68 y s.; el mismo, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 39. En ese mismo sentido, Caro John, José, *La imputación objetiva en la participación delictiva*. (Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema N° 4166-99-Lima, de 07 de marzo de 2001), 1ª ed., Lima: Grijley, 2003, “El rol más general es de *persona en derecho*, lo que con elegante claridad se resume en la famosa frase de Hegel ‘sé persona y respeta a los demás como persona’” (citando a Hegel) p. 32.

<sup>223</sup> Jakobs, Günther, “Personalidad y exclusión en derecho Penal”, en *Dogmática de Derecho Penal y configuración normativa de la sociedad*, 1ª ed., Madrid: Thomson Civitas, 2004, p 53.

<sup>224</sup> Jakobs, Günther, “Personalidad y exclusión en Derecho Penal”, p. 51.

<sup>225</sup> Caro John José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, pp. 33 y s.

Persona no es, pues, una categoría natural (el individuo), sino social y normativa.<sup>226</sup>

### 3.2. Profundización: ¿persona sólo un centro de imputación de deberes y derechos?

En la línea de Jakobs el reconocimiento a un individuo como persona, es decir, como titular de deberes y derechos, no es fijada de manera arbitraria o deliberada, sino con el deseo o más precisamente con la *aptitud* de aquél de aceptar organizarse adecuadamente en sociedad, mejor dicho, debe cooperar.

La participación en el concepto de persona mediante la cooperación tiene lugar debido a que un individuo puede decidir configurar su propia identidad de forma absolutamente independiente a los demás, establecer sus propios parámetros de comportamiento y constituir deberes y derechos distintos e incluso hasta contrapuestos, cuando esto ocurra ya no puede ser tratado como persona en Derecho. La consecuencia que traería que cada individuo esboce un mundo particular con pretensión de generalizarse, significaría regresar al estado de naturaleza y comportarnos bajo el esquema satisfacción/insatisfacción o que es lo mismo bajo el modelo apetencia/inapetencia, que no es otra cosa que el comportarnos bajo nuestros intereses.

En ese sentido, es que *falta algo más* –del mero reconocimiento de portador de derechos y deberes– para ser *verdaderamente* (real) persona. A fin de poder orientarnos en una sociedad contando con altos contactos anónimos, el Derecho no sólo debe orientar a los potenciales autores de que su comportamiento no marca la pauta –no rige–, sino también a las potenciales víctimas –que puedan seguir confiando con certeza en el ejercicio de sus derechos pese a su lesión–. No debe bastar reconocer en el otro deberes para con nosotros, sino que realmente garantice además que los va a cumplir. El otro debe posibilitar nuestra orientación en el tráfico social –debe prestar un *apoyo cognitivo*.<sup>227</sup>

Así, Jakobs afirma que persona en Derecho no sólo basta considerarla como un centro de imputación de deberes y derechos, sino que además éste *tiene que aportar un mínimo de orientación cognitiva*.

“tampoco basta para la constitución de una persona en el Derecho, de un ciudadano, postular un destinatario para deberes y derechos, o incluso limitarse a pensarlo; por el contrario, es necesario que ese destinatario realmente posibilite orientarse con él como persona en Derecho.”<sup>228</sup>

Jakobs ejemplifica esto del siguiente modo: “quien continuamente se comporta como Satán, al menos no podrá ser tratado como persona en Derecho en lo que

<sup>226</sup> Polaino-Orts, Miguel, “Persona en Derecho y despersonalización” en *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Lima: ARA editores, 2012, p. 41 y ss.

<sup>227</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, en *El fundamento del sistema jurídico penal*, Lima: ARA editores, 2005, p. 47. En ese mismo sentido, Polaino-Orts, Miguel, *Derecho Penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, 1ª ed., Lima: Grijley, 2006, “Jakobs opone la noción «enemigo» a la de «ciudadano» que se siente motivado por la norma aunque [pueda cometer un delito], el enemigo es, (...) el sujeto que siendo especialmente peligroso, no presta la garantía mínima socialmente exigible para que pueda ser tratado como «persona en Derecho», produciendo una inseguridad cognitiva en su comportamiento.”, p. 89.

<sup>228</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, p. 62.

se refiere a la confianza de que cumplirá con sus deberes; pues falta el apoyo cognitivo para ello.”<sup>229</sup> Tal como se puede distinguir, una cosa es *el concepto de persona* –una persona es tal por poseer deberes y derechos– y otro *cómo se hace realidad este concepto*, y esto último tiene lugar cuando dirige sus acciones conforme al orden jurídico. La necesidad de un apoyo o cimentación cognitiva hace del concepto de persona un concepto elástico y cuantificable, que depende del contexto, “lo que significa que existen conceptos de persona más extensos y otros más angostos”<sup>230</sup>.

Nuevamente, ser persona en Derecho es aquel que se le reconoce deberes y derechos pero, ¿ahora algo más?, sí, y quien además preste un apoyo cognitivo, en el sentido de que los demás podrán orientar su comportamiento realmente en sociedad. Dentro de este esquema de interpretación, aunque se infrinja la norma, el delincuente con la imposición de una pena entenderá que su conducta fue una organización defectuosa y que no deberá volver incurrir en ella. En este marco de las personas es donde se ubica el *Derecho penal funcional*, el de la vigencia de las normas aún en caso de defraudación.

Un problema que se plantea es el siguiente ¿qué hacer con aquellos sujetos que han dejado de ser un centro de orientación cognitiva para los demás, sujetos en los cuales es imposible confiar en el cumplimiento de la norma y que han decidido vivir al margen del derecho? En definitiva ¿qué hacer con los “enemigos” de la sociedad?

Estos sujetos –en la perspectiva del funcionalismo penal sistémico– han dejado de cumplir *materialmente* su rol de persona, por lo tanto, ya no existen expectativas que mantener vigentes o en vigor, ya no se espera nada de ellos, es decir, en el tratamiento de estos sujetos “la confirmación de la norma cede ante la administración de seguridad”<sup>231</sup>. Si la pena pretende garantizar la vigencia de la norma, entendida ésta como expectativa normativa en caso de configuración defectuosa (delito) y no habiendo expectativa que garantizar en aquellos quienes no prestan el suficiente apoyo cognitivo: ¿cuál es la función de la pena? Ya en este estadio del proceso, a nuestro entender, ya no se configura la *pena*, sino solo aseguramiento. El sujeto que llega a tal condición, sin ese apoyo cognitivo, se (auto)convierte en enemigo. Paradigma de quienes se depara puro aseguramiento son los terroristas o los delincuentes de la criminalidad organizada transnacional. El trato que se le da no es el de persona, sino de enemigo. Están excluidos de la sociedad y despersonalizados. Éste es el ámbito del llamado *Derecho Penal del enemigo*.<sup>232</sup>

---

<sup>229</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, pp. 62 y s.

<sup>230</sup> Jakobs, Günther, “En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal del enemigo”, trad. M. Polaino-Orts, en *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima: Grijley-Universidad de Huánuco, 2009, p. 31.

<sup>231</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, p. 65.

<sup>232</sup> Sobre los precedentes históricos-filosóficos y políticos del Derecho penal del enemigo, véase Gracia Martín, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”, en *RPCP*, IDEMSA, Perú, Lima, N° 16, 2005, pp. 303 y ss.; Jakobs Günther, “*Derecho penal del ciudadano y Derecho penal enemigo*” en Jakobs/Cancio. *Derecho penal del Enemigo*, 2ª ed., Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 27 y ss.; Pérez del Valle, Carlos, “La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo”, en *RECPC*, 10-03 (2008), precisiones sobre la interpretación de Kant, pp. 1 y ss. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf>

Por tanto, hasta aquí podemos darnos cuenta que el llamado Derecho penal del enemigo sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho penal funcional, es decir, de la reafirmación del ordenamiento jurídico o de la norma infringida conforme a la ideología de la llamada actualmente prevención general positiva.<sup>233</sup>

### 3.3. Enemigo

El profesor Polaino-Orts<sup>234</sup> y directo canal de difusión del pensamiento de Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo señala que, la categoría *enemigo* encuentra sustento en la distinción teórica que el funcionalismo sistémico<sup>235</sup> hace entre «persona» e «individuo» que se corresponde con la distinción entre «sociedad» y «ambiente». Dicha corriente concibe la sociedad como un *sistema autorreferente y autopoietico que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones*. El mecanismo de autoreproducción (operación autopoietica) propia de los sistemas sociales es la expresión de sentido, la comunicación. Ésta se produce siempre entre personas, porque desempeñan una *función* en la estructura social que coadyuva a su mantenimiento; los individuos, forman parte del *ambiente*, del *entorno*, no manifiestan *expresiones de sentido comunicativamente relevantes*. La comunicación marca, pues, el límite entre «sistema» y «entorno», porque ésta se da entre personas y no entre individuos. Con esto se distingue el binomio (ciudadano) persona / no persona (enemigo).

En el funcionalismo de Jakobs, el término enemigo es una categoría *científico-descriptivo*<sup>236</sup>, en ese sentido, dicha distinción *no es peyorativa*<sup>237</sup>, sino antes bien *garantista*<sup>238</sup>, en consecuencia las nociones de persona e individuo (como la de enemigo) son limitadas, relativas y puntuales<sup>239</sup>; y por tanto, el Derecho penal

---

<sup>233</sup> Gracia Martín, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”, pp. 379. También, M. Cancio Meliá, véase con más detalle el Capítulo III. 8.2.2. En una línea similar en Perú, Herrera, Mallqui, “Persona versus individuo. Sobre la función del Derecho penal del enemigo”, en *RPDJP*, Perú, N° 7, 2006, pp. 663 y s.

<sup>234</sup> Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, pp. 77 y s.

<sup>235</sup> En contra de esta interpretación véase la perspectiva de Gómez-Jara en el Capítulo III. 8.2.3.

<sup>236</sup> Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, p. 89; Jakobs Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en Jakobs/Polaino Navarrete, *Las condiciones de juridicidad del Sistema penal. Derecho penal del enemigo y concepto jurídico penal de acción en una perspectiva funcionalista*, Lima: Grijley, 2007, apunta: “no me he inventado las caracterizaciones del enemigo, sino he intentado destilarlas de las leyes que el legislador ha llamado de combate y de otros preceptos”, p. 33.

<sup>237</sup> Jakobs, Günther, “*Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal enemigo*”, p. 24.

<sup>238</sup> Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, p. 82. De ese modo, “[c]uando de un menor se dice (...), que es «no-persona», sino «individuo», no se quiere decir que no disponga de dignidad, ni de derecho alguno, sino que [se] excluye a un sujeto de la participación de un concreto ámbito social (...), significa primordialmente que no le compete administrar segmento alguno de la realidad, que no dispone de derechos ni deberes socialmente reconocidos en ese ámbito (...)”, pp. 82 y s.

<sup>239</sup> Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, pp. 83 y s.; por otro lado, sobre la existencia del Derecho penal del enemigo y “algunos mitos”, pp. 187 y ss.

Asimismo, un estudio respecto de la evolución del pensamiento del profesor G. Jakobs en torno al Derecho Penal del enemigo en *tres etapas*, Aponte C., Alejandro, “¿Derecho penal del enemigo o Derecho Penal del ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un Derecho penal de la enemistad”. Primero, el texto presentado al congreso de profesores alemanes en 1985 (pp. 9 y ss.), donde resalta que la Teoría de la protección de los bienes jurídicos optimiza el Derecho penal del enemigo ello con el objeto de criminalizar *el estadio previo*; segundo, el texto

del enemigo es un concepto analítico y descriptivo, más no prescriptivo.<sup>240</sup> Su definición la realiza el derecho y no la política, y más propiamente, “es la propia sociedad la que decide quien está incluido en ella y quien no.”<sup>241</sup>

“no es mi propósito convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino *describir* a quien el Sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quien atribuirá en el futuro ese papel. No se trata de crear normas, ni mucho menos, de postulados políticos, sino de llevar a cabo constataciones, y de sus prolongaciones.”<sup>242</sup>

### 3.4. Definiciones

En palabras de Jakobs, “[e]l enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (...) o en su ocupación profesional (...) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente la delincuencia de drogas, o el ya antiguo ‘complot de asesinato’), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta.”<sup>243</sup>

En términos de Miguel Polaino-Orts, “enemigo –es quien incluso manteniendo intacta sus capacidades intelectuales y volitivas, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide mutuo propio autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que – precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de los ciudadanos («personas en Derecho») – ha de ser combatida por el Ordenamiento Jurídico de forma especialmente drástica con una reacción asegurativa eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el respeto de las demás personas y – en consecuencia – la garantía de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma.”<sup>244</sup>

---

presentado en Berlín en 1999 (pp. 21 y ss.), en el cual se incluye expresamente el discurso de *la guerra y la institucionalización de la exclusión*; por último, una tercera etapa donde el discurso se radicaliza, tras los atentados del 11 de septiembre en New York y 11 de marzo del 2004 en Madrid, se plantea ya la delimitación *jurídica* del derecho penal del enemigo y del ciudadano (pp. 45 y ss.).

<sup>240</sup> Jakobs, Günther, “El terrorismo internacional se puede combatir con el Derecho penal del enemigo” (entrevista en Bogotá el 01 de junio de 2006), trad. M. Polaino-Orts, en *RPDJP*, Perú, N° 7, 2006, p. 615.

<sup>241</sup> Jakobs, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, p. 34.

<sup>242</sup> Jakobs, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, pp. 21 y s.

<sup>243</sup> Jakobs, Günther, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, pp. 44 y s.; el mismo, “*Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal enemigo*”, p. 40.; el mismo, “La pena estatal: significado y finalidad”, p. 64.

<sup>244</sup> Polaino-Orts Miguel, *Derecho penal del enemigo*, p. 102. Asimismo, como consecuencias de la erosión de la seguridad cognitiva: 1.- imposibilidad de una razonable confiabilidad en las

Asimismo, la existencia del enemigo es producto de una característica esencial del concepto de persona: ser una *magnitud graduable*.<sup>245</sup> Se gana en personalidad en tanto se disponga de derechos y deberes, mientras la ausencia de los mismos menguará el concepto de persona, siendo la graduación más baja el ser enemigo (despersonalización).

#### **4. Necesidad de apoyo o seguridad cognitiva: Corroboración de lo normativo por lo fáctico**

Como ya habíamos advertido al comienzo de este capítulo y lo que se deriva del concepto de *enemigo*, Jakobs exige de todo concepto normativo *para ser real* (*um wirklich werden zu können*) un apoyo o seguridad cognitiva (*kognitive Sicherheit*). Según lo propuesto por este autor, “[e]l mantenimiento contrafáctico de la norma, sin embargo, no puede ser ‘infinitamente contrafáctico’, [sería] como inútil, (...) significaría ‘sin realidad social alguna’. (...) Las normas necesitan de una cimentación cognitiva si se pretende que ofrezcan orientación; no basta con que puedan ser expuestas como correctas o plausibles, sino que también es necesario que se establezcan.”<sup>246</sup>

Está claro, pues, que para Jakobs el entendimiento individual puede postular un programa de derecho, pero su implementación no podrá ser verdaderamente efectiva sin una cierta base fáctica o corroboración cognitiva (*gewissen kognitiven Untermauerung*) que lo garantice.

Para el profesor alemán:

“[F]orma parte de la vigencia real, directora de la conducta, del ordenamiento jurídico, un apoyo cognitivo de la norma, sin embargo, en lo principal no es una prestación del Estado, sino de los propios ciudadanos, que éstos llevan a cabo orientándose cotidianamente con base en el Derecho (...). Una expectativa normativa dirigida a determinada persona pierde su capacidad de orientación cuando carece del apoyo cognitivo prestado por parte de esa persona. En tal caso, de nuevo la expectativa normativa es sustituida por la orientación cognitiva, lo que significa que la persona –destinataria de expectativas normativas– muta para convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo. (..) ya no se espera el cumplimiento del deber, la autoadministración ordenada de la persona, de modo que desaparece el elemento central de la personalidad que presta orientación, es decir, la presunción de fidelidad al ordenamiento jurídico, y, con ello, la base del «negocio jurídico» de la libre autoadministración.”<sup>247</sup>

---

normas jurídicas 2.- incapacitación normativa de orientar conductas 3.- impedimento de la seguridad completa, el mismo, pp. 128-137.

<sup>245</sup> Polaino-Orts, Miguel, “Persona en Derecho y despersonalización”, pp. 45 y ss.

<sup>246</sup> Jakobs, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, p. 28; el mismo, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del Enemigo*, 2ª ed., Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 66.

<sup>247</sup> Jakobs, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, pp. 65 y ss.; el mismo también en “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, sostiene que, “...una personalidad real, que dirija la orientación, no puede alcanzarse mediante postulados, sino que, al contrario, quien deba ser persona debe ‘participar’, y eso significa que

La necesidad de un *apoyo o seguridad cognitiva* evita que los conceptos se erosionen, esta exigencia lo expresa Jakobs como “*corroboración de lo normativo por lo fáctico*.”<sup>248</sup> Sin dicho apoyo, la vigencia de la norma y la personalidad se convierten en promesas vacías.

“Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Solo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. (...) Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.” Más adelante, “(...) sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real.”<sup>249</sup>

La pura normatividad no orienta verdaderamente el comportamiento de las personas en sociedad. Y la falta de corroboración cognitiva tiene consecuencias prácticas reales: “*todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona*’, y quien no lleve a cabo esta prestación, pues será heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona.”<sup>250</sup>

#### 4.1. La nota a pie página de Kant

Un aspecto importante en el pensamiento de Jakobs tiene que ver con la fundamentación que le otorga a sus conceptos como *vigencia de la norma y persona* y con ello la de *enemigo*. Relevancia tiene al respecto el texto de Kant titulado *Sobre la paz perpetua* (1795) donde se enuncia de forma manifiesta que un hombre en estado de naturaleza (*statu iniusto*) priva de seguridad y lesiona ya a otro que se encuentra en un estado *civil-legal*. Análogamente, el enemigo

---

debe hacer su parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la proposición debe ser completada: *todo aquel que promete de modo más o menos confiable fidelidad al Ordenamiento jurídico*, tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se le priva de derechos. (...) En la medida en que se le priva de derechos no es tratado –por definición– como persona en Derecho”, p. 33.

<sup>248</sup> Jakobs, Günther, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, en *HRRS*, März, 2004, p. 91. Recuperado de <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/hrrs-3-04.pdf>

“Theoretisch mag man diese Untermauerung des Normativen durch das Faktische unter Hinweis darauf ablehnen, was nicht sein dürfe, dürfe auch dann nicht sein, wenn es wahrscheinlich sein werde.”

Cuya traducción al español de Cancio Meliá dice: “En el plano teórico puede rechazarse esta corroboración de los normativo por la fáctico aduciendo que lo que no debe ser, no debe ser aunque probablemente vaya a ser”, (Jakobs Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal enemigo”, en Jakobs/Cancio, “*Derecho penal del enemigo*”, Madrid: Thomson Civitas, 1ª ed., 2003, p. 37., y en la 2ª ed., 2006, p. 38).

<sup>249</sup> Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal enemigo”, pp. 47 y 50.

<sup>250</sup> Jakobs, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, pp. 68 y s. Llama la atención también, que Jakobs, en la página 69 (nota 9) de su trabajo, critique a determinadas posturas *normativistas* que han dejado en un segundo plano las condiciones de la realidad del Derecho.

actual en su estado de auto-apartado del derecho no proporciona suficiente seguridad cognitiva al resto de ciudadanos, siendo una constante amenaza.

Jakobs efectúa precisiones oportunas: a diferencia de Rousseau y Fichte que considera a *todo delincuente* como *enemigo*, Hobbes y Kant consideran como *tal* al reo de alta traición y a quien permanece en un estado de naturaleza –el que constantemente amenaza–, respectivamente. ¿Cuál es para Kant la salida a esta situación?

Al inicio de la *Sección segunda* que contiene los artículos definitivos para la paz perpetua Kant<sup>251</sup> escribe:

“El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza. El estado de paz debe, por tanto, ser *instaurado*, pues la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz y si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado *legal*), cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa seguridad.”

Al texto le sigue una nota a pie de página:

“Se acepta comúnmente que uno puede hostilizar a otro sólo si éste me ha *lesionado* ya de hecho y se considera asimismo correcto cuando ambos viven en estado *civil-legal*. Pues por el hecho de haber ingresado en este estado uno le proporciona al otro la seguridad necesaria (a través de la autoridad que posee poder sobre ambos). —Pero un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de esta seguridad y me está lesionando ya, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (*facto*) ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado (*statu iniusto*), que es una constante amenaza para mí. Yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o a apartarse de mi lado. —Por consiguiente, el postulado que subyace a los artículos siguientes es: todos los hombres que ejercen entre sí influencias recíprocas deben pertenecer a una Constitución civil.”

Jakobs<sup>252</sup> encuentra en este texto la descripción más precisa del problema –¿qué es lo que el Estado puede hacer cuando un autor manifiesta un comportamiento que excluye que en el futuro se confíe en el cumplimiento de la norma?– y la solución al mismo. El encontrarse en estado de naturaleza supone una lesión de mi derecho, y frente a quien está en ese estado, puede uno considerarlo como *enemigo*, esto quiere decir que le puedo obligar a entrar en el estado *civil-legal* o apartarlo (excluirlo).

A partir de la cita Jakobs concluye que Kant conoce de un Derecho penal del ciudadano y un Derecho penal del enemigo. A un delincuente con las características que Kant describe se le trata como no persona (aunque no

---

<sup>251</sup> Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, trad. J. Abellan. 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1991, pp. 14 y s.

<sup>252</sup> Véase sobre todo *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo* (2003), pp. 31 y ss. y “La pena estatal: significado y finalidad” (2004), pp. 62-67.



desprovisto de toda personalidad), sino como enemigo. El individuo peligroso puede, entonces, ser obligado lícitamente a la separación, dirigiéndosele solo coacción física.

Pero hay preguntas que requieren ser formuladas, sobre todo en el mismo contexto de texto *Sobre la paz perpetua*. ¿Es una necesidad o presupuesto de viabilidad estatal tratar como enemigo al individuo peligroso? ¿Es un Estado de ángeles aquel que no incluye medidas de pura coacción para delincuentes peligrosos? ¿El trato como enemigo de quien está en estado de naturaleza es permanente? ¿No existe realmente una garantía externa de que el estado de naturaleza termine? ¿Es posible hacer una diferenciación sobre quién es persona, si antes no se ha dicho nada sobre qué es el hombre? ¿Qué lugar tiene *Sobre la paz perpetua* en relación al enemigo y persona con la dificultad de conocer la naturaleza del hombre como se plantea en la *Antropología en sentido pragmático* y en relación al estado de naturaleza en la *Metafísica de las costumbres*? Veremos esto más adelante (*Infra* Capítulo IV 3.4).

Fuera de todo, hasta aquí ya hay un aporte<sup>253</sup> a la configuración sobre la fundamentación moderna al Derecho penal del enemigo: la falta de seguridad posibilita un trato, al menos, diferente. El inicio con un filósofo de la libertad como Kant parece que espanta las críticas.

Pero Jakobs en el texto *Derecho penal del ciudadano y derecho penal enemigo* (2003) avanza y se plantea una pregunta, la cual inmediatamente responde:

“Queda por formular una pregunta: ¿por qué llevan a cabo HOBBS y KANT la delimitación del modo que se ha descrito? Daré forma de tesis a la respuesta: ningún contexto normativo, y también lo es el ciudadano, la persona en Derecho, es tal –rige– por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos a la sociedad, sólo entonces es real.”<sup>254</sup>

Esta respuesta a nuestra consideración tiene que ver con otra fundamentación mucho más rica que guarda relación con lo que hemos señalado en el punto 4 precedente: la necesidad de corroboración cognitiva.

En este texto de Jakobs que hemos anotado no aparece una cita bibliográfica al filósofo Hegel, lo que sí ocurre en el trabajo del siguiente año.

## 4.2. Sustratos de filosofía hegeliana

Esta elaboración teórica de los conceptos como los de persona y norma y que nutren al Derecho penal del enemigo en particular y al Derecho penal funcional

---

<sup>253</sup> El análisis de Pérez del Valle sobre la fundamentación del Derecho penal del enemigo en Kant es destacable. El autor concluye: “El concepto de derecho penal de enemigo no significa necesariamente una expresión del Estado autoritario; más bien es, desde su origen, una reacción del Estado liberal frente a sus enemigos. Las referencias a Kant son, desde mi punto de vista, un respaldo de esta tesis y el apoyo que *Jakobs* ha encontrado en *Kant* no es en absoluto contradictorio, como en ocasiones se pretende desde un punto de vista crítico”. Pérez del Valle, Carlos, “La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo”, p. 14.

Pero creemos que Jakobs va más allá con la idea de la necesidad de la corroboración cognitiva, ya no solo para fundamentar un Derecho en particular o unos conceptos, sino a la fundamentación de todo el sistema jurídico.

<sup>254</sup> Jakobs, Günther, “*Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal enemigo*”, pp. 34 y s.

en general tiene un cierto sustento en la filosofía hegeliana. Por ejemplo, esto se ve en el trabajo de Jakobs *La pena estatal: significado y finalidad* (2004).

Veamos ahora algunas consideraciones de la Filosofía hegeliana.

En primer lugar debemos anotar que la *Filosofía del Derecho (Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado)* presupone el conocimiento la *Ciencia de la lógica*, esto es, la esencia de su filosofía, su método, la *dialéctica*. Así lo recuerda Hegel en el *Prefacio* a la obra y en el § 2 “La ciencia del derecho es una parte de la filosofía”.

¿De qué trata la dialéctica?:

“§ 11 (...) La visión de que la naturaleza del pensar consiste precisamente en la dialéctica, que él en cuanto entendimiento viene a dar en lo negativo de sí mismo, en la contradicción, constituye un aspecto capital de la lógica.”<sup>255</sup>

“§ 81 β) El momento dialéctico es el propio superar de tales determinaciones finitas y pasar a sus opuestas.”<sup>256</sup>

En la *Filosofía del Derecho*:

“§ 81 (...) *Observación*: Llamo *dialéctica* al principio motor del concepto, en cuanto particularización de lo universal, no solo disolvente, sino también productor.”<sup>257</sup>

La contradicción o fuerza interna del concepto puro da inicio a su movimiento, a su devenir, a su negación y pasar a su contrario, superándose. Justamente, en el sistema filosófico de Hegel se concibe todo el mundo de la naturaleza, de la historia y del espíritu como un proceso; un proceso impulsado por la dialéctica. La historia universal ha transcurrido racionalmente y no es obra de azar: “la historia universal es la exposición del espíritu, de cómo el espíritu labora por llegar a *saber lo que es en sí*.”<sup>258</sup> Todo es *un proceso, un devenir*. La historia es el autodespliegue del espíritu originado por la negatividad de la dialéctica.

El *concepto* no puede quedarse en sí mismo como concepto (universal abstracto), sino que tiene que manifestarse como existencia empírica para alcanzar su *realidad* como *idea*. El concepto necesita desplegarse por su propia actividad, su automovimiento, es decir, movido por la dialéctica del concepto.

“§ 213 La idea es lo verdadero *en y para sí, la unidad absoluta del concepto y de la objetividad*. Su contenido ideal no es otro que el concepto en sus determinaciones; su contenido real es solamente la exposición del concepto que éste se da en forma de existencia exterior, y

---

<sup>255</sup> Hegel, G. W. F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, trad. Ramón Valls Plana, 1ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 1999, (2ª reimpresión 2005), p. 113.

<sup>256</sup> Hegel, G. W. F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, p. 183.

<sup>257</sup> Hegel, G. W. F., *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, trad. Eduardo Vásquez, Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, p. 110.

<sup>258</sup> Hegel, G. W. F., *Lecciones sobre filosofía de la Historia universal*, trad. de José Gaos, 1ª ed., en “Ensayo”, Madrid: Alianza Editorial, 1999 (3ª reimpresión 2008), p. 67.

esta figura incluida en la idealidad del concepto, en su [fuerza o] poder, se mantiene así en la idea.”<sup>259</sup>

En Hegel la *idea* es la realización del *concepto*.

Luego, el despliegue de este proceso tiene su manifestación en la *Filosofía del Derecho*.

“§ 1 *La ciencia filosófica del derecho* tiene por objeto la *idea del derecho*, el concepto del derecho y su realización.”<sup>260</sup>

A continuación del § 1 se deja una *Observación* que permite entender lo que por *concepto* se quiere decir.

“La filosofía trata de ideas y por eso no tiene que hacer con aquello que se suele llamar *meros conceptos*; antes bien, ella muestra su unilateralidad y falsedad, así como también que el *concepto* (no aquello que frecuentemente se acostumbra llamar así, pero que solo es una determinación abstracta del entendimiento) es lo *único* que tiene realidad y precisamente porque él mismo se lo da. Todo lo que no es esta realidad puesta por el concepto mismo es *existencia empírica* transitoria, contingencia externa, opinión, apariencia inesencial, falsedad, ilusión, etcétera. La *configuración* que se da el concepto en su realización constituye, para el conocimiento del *concepto* mismo, lo otro de la forma de ser solo *concepto*: distintos y esenciales momentos de la idea”.

Ahora bien, la idea del derecho es la libertad, esto es, el espíritu activo que se despliega o desarrolla impulsado por la dialéctica del propio *concepto* hasta hacerse *realidad*. Es el mismo espíritu el que se da *realidad* y se manifiesta en el mundo.

“§ 4 El campo del derecho es, en general, lo *espiritual* y su lugar próximo y punto de partida la *voluntad*, la cual es *libre*, de modo que la libertad constituye su substancia y su determinación, y el reino del derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del espíritu producido desde el mismo como una segunda naturaleza”.<sup>261</sup>

En el análisis de la *Filosofía del Derecho* de Hegel, Eduardo Vásquez refiere que, “[e]l derecho es, pues, definido como libertad consciente de sí misma, como libertad que se sabe como libertad o libertad autoconsciente. El derecho es la libertad hecha realidad, materializada en la existencia empírica (*Dasein*). Pero esta realidad autoconsciente adviene a la realidad mediante un proceso y en este proceso hay diferentes grados de desarrollo...”<sup>262</sup>

---

<sup>259</sup> Hegel, G. W. F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, p. 283.

<sup>260</sup> Hegel, G. W. F., *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, p. 79.

Lenin en el *Resumen del Libro de Hegel “La ciencia de la lógica”*, dejaba claro la relación entre el concepto y la idea: “El Begriff no es todavía el concepto más elevado, más elevado es aún la IDEA = la unidad del Begriff y la realidad”, Lenin V. I., *Cuadernos filosóficos*, 2ª ed., Buenos Aires: Ediciones Estudio, 1974, p. 162.

<sup>261</sup> Hegel, G. W. F., *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, p. 87.

<sup>262</sup> Vásquez, Eduardo, *Dialéctica y Derecho en Hegel*, Caracas: Monte Ávila editores, 1968, p. 33.

En la *Filosofía del Derecho*, como en la *Ciencia de la Lógica* y resumidamente en la *Enciclopedia*, se muestra que la realización del concepto de derecho (la libertad) tiene tres etapas (grados): derecho abstracto, moralidad y eticidad; cada una la superación de la otra. Y la primera encarnación de la libertad tiene lugar en la *voluntad*.<sup>263</sup>

En dichas etapas el concepto va adquiriendo su realización hasta ser completa. Precisamente, las instituciones contenidas en ellas como propiedad, la libertad individual, familia, sociedad civil y Estado (la realidad social y jurídica) son momentos –*determinaciones*– del concepto de libertad, y es en éste último nivel donde el concepto de libertad se realiza plenamente, ya que es la coincidencia entre el interés individual y universal (la libertad concreta). En el Estado es donde el individuo puede realizar sus derechos.

Volvamos a las consideraciones de Jakobs<sup>264</sup> sobre Hegel y la *Realidad* del Derecho.

De acuerdo con dichos postulados, la juridicidad del sistema legal no es vinculante por su pura normatividad. El concepto de persona –como el de Derecho– no puede quedar en un nivel abstracto (postulado), sino que debe avanzar a su realización hasta alcanzar la *idea de persona* –y la *idea del Derecho*–. No basta reconocer a la persona como titular de derechos y deberes, sino que este reconocimiento debe ser *real*, que el sujeto garantice que efectivamente cumplirá sus deberes. La personalidad depende del sujeto mismo. Él es quien realiza el concepto de persona.

En *La pena estatal: significado y finalidad*, Jakobs pone de relevancia que el derecho mantiene su vigor mientras “dirija la orientación comunicativa” o “constituya un esquema de orientación dominante”; esto no excluye la ausencia de delito, sino que éste se trate como tal. Aún así, añade un segundo aspecto más importante: “para ser real el Derecho no sólo debe ofrecer orientación a los potenciales autores sino también a las potenciales víctimas”. La seguridad normativa propia del Derecho abstracto no es suficiente, es necesario considerar un desarrollo ulterior y tomar en cuenta los intereses de las potenciales víctimas en el Derecho –una ubicación en la vida diaria<sup>265</sup>–. Así Jakobs señala:

“En conclusión, por tanto, la conciencia de tener derecho no basta para el uso de los derechos si a ello no se suma la conciencia de que no se producirán –dependiendo del peso, probablemente o, incluso, con una altísima probabilidad– pérdidas en los intereses del agente.”<sup>266</sup>

---

<sup>263</sup> Vásquez, Eduardo, *Dialéctica y Derecho en Hegel*, pp. 36 y ss.

<sup>264</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, pp. 40 y ss.

<sup>265</sup> Jakobs aborda el problema de *Persona* como “entre medio” entre una metafísica de la razón de la libertad y de la pura forma. “En vez de principios absolutos de la razón rigen principios de razón sujetos a un tiempo determinado, aunque transcurran en gran parte por reglas de inteligencia algo coaguladas que no puedan licuarse en el momento actual. Formulándolo de otra manera: se trata de averiguar la «semántica dada» en la sociedad y sus implicaciones a partir de la «visión pragmática en la variabilidad de los estándares sociales de plausibilidad»”. Jakobs, Günther, “Sobre el concepto de persona en Derecho”, en Jakobs/Polaino-Orts, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo*, Lima: ARA, 2011, p. 24.

<sup>266</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, p. 47.

Precisamente, la necesidad de una *cimentación o apoyo cognitivo* en el *concepto* abstracto de persona representa la idea hegeliana de que el *concepto* debe avanzar a realizarse en la *idea*. La *idea de persona* es la que adquiere *realidad* y, por lo tanto, la que ofrece orientación en la vida social.

“La personalidad concierne al aspecto abstracto de la juridicidad, sin embargo, los sujetos que no encuentran su *bienestar* (y el bienestar pertenece también al no convertirse en víctima de un delito) van a dejar muy pronto de hacer caso al Derecho abstracto.”<sup>267</sup>

Junto al concepto de persona, todo el sistema jurídico:

“La situación existente respecto de la persona en Derecho es la misma que la de la vigencia del ordenamiento jurídico, que la del Estado en cuanto conjunto de un ordenamiento jurídico, en general, que la de cualquier entidad con estructura normativa, por lo demás, también la de la persona antes (y no sólo en) del Derecho: para acceder a la realidad, para ofrecer orientación, la situación normativa necesita de un apoyo cognitivo.”<sup>268</sup>

La falta de cimentación o apoyo cognitivo, o dicho de otro modo, la no realización del *concepto* en la *idea*, lleva al trato como *enemigo* a un ser humano y a una vuelta a Kant.<sup>269</sup>

## 5. Dos derechos

A continuación describiremos, sobre la bases de los conceptos arriba expuestos, la dicotomía Derecho penal del ciudadano/Derecho penal del enemigo, los cuales son la expresión de un mismo sistema jurídico-penal.

### 5.1. El Derecho penal del ciudadano

El sistema de Derecho penal funcional es a aquel que tiene como misión el mantenimiento de la vigencia de la norma,<sup>270</sup> garantizar la identidad normativa de la sociedad.<sup>271</sup> En este sistema penal, la norma<sup>272</sup> no se entiende como un imperativo o un juicio hipotético o un juicio disyuntivo, sino como una

---

<sup>267</sup> Jakobs, Günther, “Sobre la Teoría del Derecho penal del enemigo”, en Jakobs/Polaino-Orts, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo*, Lima: ARA, 2011, p. 38. Luego de poner de relieve que todo acto de coacción estatal depersonaliza señala: “En *segundo término* se pone de manifiesto que un Derecho sin un bienestar a largo plazo no sería nunca un Derecho real. Las instituciones jurídicas han de estar, pues, cognitivamente cimentadas porque de otro modo no podrá la institución –en este contexto esa institución es la persona– dirigir la orientación real”, p. 40.

<sup>268</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, p. 62.

<sup>269</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, pp. 66 y s.

<sup>270</sup> Jakobs, Günther, *Derecho Penal – Parte General fundamentos y Teoría de la imputación*, trad. de J. Cuello Contreras y J. Serrano González de Murillo, 2ª ed., corregida, Madrid: Marcial Pons S.A. 1997, aquí señala que, la “*misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales, contenido de la pena es una replica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma*”, p. 14.

<sup>271</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 15 y p. 18.

<sup>272</sup> Véase al respecto un estudio sobre las normas a partir de Binding en, Kaufmann, Armin, *Teorías de la Normas*, trad. E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés, Buenos Aires: Depalma, 1977.

expectativa normativa que se estabiliza contrafactivamente,<sup>273</sup> es decir, que se estabiliza contra el suceso,<sup>274</sup> a pesar de ser quebrantada.<sup>275</sup>

“Por norma debe entenderse la expectativa de que una persona, en una situación determinada, se comporta de manera determinada y, ciertamente, no como consecuencia del resultado de compensar la satisfacción con la insatisfacción, sino exclusivamente debido a su Ser-Persona (*Person-Sein*).”<sup>276</sup>

Las expectativas se derivan en principio del rol general de persona en Derecho, del deber de no dañar, como también de los distintos papeles que la persona asuma en los distintos contextos en el cual participa, así por ejemplo el rol de magistrado, policía, médico, etc. Aún cuando los intervinientes en los contactos sociales defrauden las expectativas de los demás o, de otro modo, esbocen un mundo distinto y particular con pretensión de regir a futuro, éstas se mantendrán vigentes. A modo de ilustración, a pesar de que un magistrado reciba una suma de dinero con la finalidad de emitir una resolución a favor, la expectativa de que los magistrados ajustan sus decisiones a derecho mantiene su vigencia, la pena niega el sentido del hecho afirmando que el sentido de la conducta del magistrado no rige para los demás. En este ámbito, pena y delito se mueven en el plano simbólico-comunicativo.

Aún así, viene otro aspecto fundamental que rebasa la pura compensación simbólica, no solo basta con tener una respuesta a la lesión de una expectativa, sino además que esa lesión sea lo menos probable, “[m]ientras un fallo, se tematice como fallo y no como libertad, el ordenamiento es válido. *Sin embargo, este aspecto contrafáctico no se puede extender a placer, sino que las personas necesitan también de una cierta seguridad cognitiva para poder vincular su bienestar con el Derecho (...). En otras palabras, un ordenamiento tiene que estar, en general, revestido cognitivamente.*”<sup>277</sup>

---

<sup>273</sup> Silva Sánchez, Jesús María, “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la Teoría de las normas”, en *RPDJP*, Perú, N° 3, 2002, pp. 396 y ss.

<sup>274</sup> Lesch H., Heiko, *La función de la pena*, trad. J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 1ª ed., Colección de Estudios N° 17, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 75.

<sup>275</sup> Caro John, José, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, pp. 35 y ss.

<sup>276</sup> Jakobs, Günther, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de la vigencia de la norma”, en *Teoría de los Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Coord. C. Gómez-Jara Diez, Lima: ARA editores, 2007, p. 227.

<sup>277</sup> Jakobs, Günther, “Personalidad y exclusión en Derecho Penal”, pp. 66 y s., (el subrayado es nuestro).

Así lo ilustra el autor alemán: “frente a la pregunta de cómo proceder frente a una valiosa bicicleta de deportes con la que se ha llegado hasta la Universidad, la respuesta será la siguiente: ‘Esté en donde esté, no debe ser hurtada, y si a pesar de ello fuera hurtada, el ladrón debe ser penado’, etc. La persona que ha formulado la pregunta se rige por esta respuesta y coloca su bicicleta sin asegurarla con un candado; es hurtada, pero la respuesta fue correcta; pues no debía ser hurtada, y el ladrón, que ha desaparecido sin rastro, debe ser penado, etc.”, luego añade, “que un propietario formal y material sigue siendo, al menos, propietario formal también en caso de hurto, es una cosa; pero que también se mantenga el lado material, la posibilidad de uso, es decir, que no se llegue al producir el hurto, o que, si sí tiene lugar, que se preste una indemnización, es otra cosa, y sin ella, el papel de la persona en Derecho, aquí, el papel del propietario, sólo es adecuado para ángeles sin necesidades, pero no para seres que aparte de tener derechos y deberes, también han de poder vivir en el mundo. La personalidad en abstracto no lo es todo...”

## 5.2. El Derecho penal del enemigo

El Derecho penal del enemigo es el conjunto de normas excepcionales que se dirige a individuos que se han apartado de forma duradera del derecho, es decir, que no reconocen la vinculación del sistema jurídico. Este derecho del aseguramiento no mantiene la vigencia de la norma, ya que no hay expectativa que mantener, de aquí que tampoco haya pena, sino sólo pura coacción. El objeto con el cual logra su finalidad (la expectativa normativa) ha desaparecido, lo que se *busca es neutralizar el peligro futuro* de quien ha decidido no vivir en sociedad y no presta la suficiente garantía de cumplir con sus deberes como persona en Derecho. Con todo, delito y pena pierden su sentido comunicativo o simbólico.<sup>278</sup>

En efecto, la esencia del concepto funcionalista de enemigo es: *el déficit de garantía cognitiva*.<sup>279</sup> Ello es producto de *la necesidad* de un apoyo cognitivo, *como corroboración de lo puramente contrafáctico*, tanto de la vigencia de la norma y de la personalidad del sujeto y, en general, de toda construcción normativa, pues se requiere, como ya se dijo, de la presunción de fidelidad al ordenamiento para ser *real*, o de una adecuada autoadministración. De ese modo, “[l]a seguridad cognitiva (...) se convierte, pues, en el Derecho penal de enemigos en el objetivo principal, (...) se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la *–sit venia verbo–* neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva.”<sup>280</sup> Mientras se garantice presunción de fidelidad u apoyo cognitivo, se estará en el marco del Derecho penal funcional o del ciudadano.

Este derecho excepcional presente en las democracias contemporáneas a la vez que cumple una función de neutralización, constituye una garantía del Estado de Derecho si su aplicación es restrictiva bajo respeto de los derechos ciudadanos, ya que al enemigo no se le trata con absoluta ausencia de garantías, afirma este discurso. El enemigo es aún persona en ámbitos diferentes.<sup>281</sup> Polaino-Orts concluye que “[e]l *Derecho penal del enemigo* en sentido funcionalista es una *última ratio de la última ratio* que es el Derecho penal.”<sup>282</sup>

---

Jakobs, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, pp. 25 y s.

<sup>278</sup> El delito de un ciudadano como persona responsable es visto, en palabras de Jakobs, como un «*desliz reparable*», “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal enemigo”, p. 36. Nuevamente de otra forma: “En el caso normal del delito, la pena es una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente: la pena es *contradicción...*”, Jakobs, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, p. 39.

*Por el contrario*, el hecho del enemigo afecta la base estructural de la sociedad, se pone en peligro a la misma permanencia del Estado, Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal enemigo”, p. 36, aquí la pena no cumpliría una función de «comunicación» – como en el Derecho penal del ciudadano–, sino de «*eliminación de un peligro*», p. 55.

<sup>279</sup> Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, p. 103.

<sup>280</sup> Jakobs, Günther, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del Presente”, pp. 45 y s., afirmando además que, “[e]l derecho penal de enemigos es, por tanto una guerra cuyo carácter limitado depende (también) de cuánto se tema al enemigo”, p. 46.

<sup>281</sup> Polaino-Orts, Miguel, “Persona en Derecho y despersonalización”, p. 58.

<sup>282</sup> Polaino-Orts, Miguel, “Dogmática penal y libertad”, en *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Lima: ARA editores, 2012, p. 36.

El derecho penal del enemigo mira al futuro y el derecho penal del ciudadano mira al pasado.

### 5.3. Una lectura de la realidad

Podemos decir lo siguiente en torno a la descripción de la realidad que Jakobs efectúa.

Resulta, entonces, que la *coacción física* desplegada en forma de disposiciones jurídicas dirigidas a determinados individuos peligrosos, es decir, los enemigos, es la manera en que el Estado compensa el déficit de apoyo cognitivo que el sujeto peligroso por sí mismo no provee y que *debe* prestar. Dicho apoyo cognitivo, es aquello que le hace ser persona, en caso de su ausencia la personalidad mengua.

Mientras que la oposición del ciudadano (persona en Derecho) a la norma se presenta como un desliz reparable o error, la oposición del enemigo a la norma impide que las expectativas sociales del resto de ciudadanos se realicen al dañar la base estructural de la sociedad. Esta situación hace que a través de las normas del Derecho penal del enemigo el Estado heteroadministre la parte de la personalidad que el sujeto no puede administrar.

En resumen, el enemigo sin apoyo cognitivo desestabiliza a la sociedad. El uso defectuoso de la libertad pone en peligro a la misma permanencia del Estado, y entonces, éste va a administrar ese uso defectuoso, proveyendo confianza en la norma. El apoyo cognitivo se torna en fundamental: una máxima juridicidad sería una juridicidad imaginada, una juridicidad realizable depende de dicho apoyo.

### 6. ¿Despersonalización total o parcial?

Enemigo es quien ha dejado de ser un centro de orientación cognitiva para los demás, ya no se puede, pues, esperar, por ejemplo, nada de los miembros de un cartel de la droga o del jefe de la organización terrorista “Sendero Luminoso” Abimael Guzmán R. prueba de ello es la sanción a cadena perpetua a éste último.

Ahora bien, cabe hacer una pregunta ¿cuál es el grado de la despersonalización? ¿Significa igualarlo en el trato como a una animal salvaje o como al derecho de cosas? La respuesta es expresa en Jakobs: esta despersonalización se produce *de modo puntal*, exclusivamente en lo que se refiere al posible uso defectuoso de su libertad. Por lo demás, la personalidad jurídica queda incólume.<sup>283</sup> Por lo tanto, se trata, en primer lugar, sólo del aseguramiento de relaciones jurídicas, no de la destrucción arbitraria del otro. En segundo lugar, sólo está permitido asegurarse frente a los delitos precisamente del otro determinado.<sup>284</sup> Sólo se busca asegurar mas no intimidar, neutralizar el peligro, pero no dar ejemplo con él.

¿Cuál es el criterio para la despersonalización? El mismo Jakobs señala que no puede darse un exacto límite matemático, pero propone un criterio: “el ámbito de lo personal retrocede a un segundo plano y el ámbito del enemigo se adelanta al primer plano cuando a la persona se le recortan sus derechos porque, al menos

---

<sup>283</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, pp. 65 y s.

<sup>284</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, p. 67



parcialmente, no se espera de ella una conducta futura adecuada a Derecho y además considerablemente duradera.”<sup>285</sup>

“En qué medida deba practicarse el tratamiento contra el enemigo depende de dos factores, a saber de la necesidad de seguridad de los ciudadanos y del potencial de poder de los cantonistas imprevisibles, ambos factores pueden influir en la sociedad y en el administrador del Derecho, el Estado.”<sup>286</sup>

## **6.1. Diferenciación**<sup>287</sup>

### **6.1.1. Enemigos como personas**

Muchos ciudadanos cometen y cometerán delitos configurando defectuosamente su comportamiento afirmando que este regirá a futuro, la pena contradecirá dicha afirmación. De su mala conducta no se concluye que el ciudadano haya dejado de ser un centro de orientación cognitivo, es por ello, que los ciudadanos que delinquen no pueden ser tratados como enemigos. La legislación que tiene como inspiración el mero aseguramiento de la sociedad no le es aplicable, de lo contrario sería insoportable. El no diferenciar entre enemigo y delincuente posibilita confundir “guerra” y “proceso penal”.

### **6.1.2 Personas como enemigos**

Por otro lado, si es insoportable tratar a un ciudadano como enemigo, es deshonesto tratar a un enemigo como ciudadano, ya que faltando el apoyo cognitivo en el enemigo no existe un orientación real, así la probable laxitud de un ordenamiento jurídico –adecuada para un ciudadano– no se ajustaría a los fines de la seguridad de una sociedad; el ejemplo propuesto por Jakobs, se da en la punición por los delitos contra los derechos humanos.

### **6.1.3. Resultado**

Al enemigo –en donde no hay expectativa que mantener en vigencia– se le dispensa un trato especial, sólo puro aseguramiento y eliminación del peligro, este tratamiento por ningún modo debería extenderse al ciudadano. Este trato especial es en función de su peligrosidad, por el déficit de garantía cognitiva se le aplica la *pena de alejamiento*.<sup>288</sup> Por lo tanto, afirma el profesor alemán, las regulaciones del Derecho penal del enemigo y del ciudadano deben estar bien delimitados, a fin de evitar el peligro de la confusión de estas regulaciones: “Es tarea aún recién iniciada de la ciencia, la de identificar las reglas del derecho penal de enemigo, y separarlas del derecho penal del ciudadano para, dentro de este último, insistir aún con mayor firmeza en el tratamiento del delincuente como persona.”<sup>289</sup>

---

<sup>285</sup> Jakobs, Günther, “En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal del enemigo”, p. 37.

<sup>286</sup> Jakobs, Günther, “Sobre la Teoría del Derecho penal del enemigo”, p. 54.

<sup>287</sup> Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal enemigo”, pp. 47 y ss.; el mismo, “La pena estatal: significado y finalidad”, pp. 67 y ss. y pp. 70 y ss.

<sup>288</sup> Polaino-Orts, Miguel, *Derecho Penal del enemigo*, p. 145.

<sup>289</sup> G. Jakobs citado por Aponte C. Alejandro en “¿Derecho penal del enemigo o Derecho penal del ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un Derecho penal de la enemistad”, p. 26.

## 7. ¿Es derecho el Derecho penal del enemigo? I

Jakobs responde afirmativamente. Los ciudadanos tienen derecho a exigir al Estado disposiciones asegurativas para su desenvolvimiento como personas. Así, mientras el Derecho penal del ciudadano es un derecho de todos, el Derecho penal del enemigo se forma contra los enemigos.<sup>290</sup> Pero esta lucha se encuentra reglada y, por ello, la (auto) exclusión es jurídica. En tanto es una creación peligrosa es un derecho de excepción al cual el Estado no puede renunciar.<sup>291</sup>

La juridicidad viene dada por su capacidad de ofrecer cohesión, esto es, vincula a los ciudadanos y al Estado, sus órganos o funcionarios, frente a los enemigos.<sup>292</sup> Exigir, por el contrario, una máxima juridicidad mandaría a pique al Estado de Derecho:

“un máximo de Estado de Derecho presupone ideales condiciones de existencia que no se dan en un momento como el actual, en el que el terrorismo se encuentra especialmente activo en el plano internacional. Bajo condiciones no ideales, el Estado de Derecho, si no quiere rendirse completamente, ha de conformarse con lo máximo que puede alcanzar. Ello disminuye su *propia figura de Estado de Derecho*, pero, en cambio ofrece una seguridad que resulta imprescindible para la orientación jurídica.”<sup>293</sup>

Pero este *Derecho* no siempre es claro. La reacción estatal que se dirige a prevenir hechos futuros tiene que ver con la exclusión del sujeto peligroso y “en ese sentido, en relación con el sujeto excluido no se trata de derecho, sino de guerra. Ello no significa que, empero, que la exclusión no tenga absolutamente nada que ver con el Derecho [un juicio y la posibilidad de retorno son muestras de ello]; y por lo demás el Derecho *entre los otros ciudadanos* que permanecen unidos sigue existiendo, sí y solo si se trata de ese modo al sujeto a quien – parcialmente– se excluye.”<sup>294</sup>

---

<sup>290</sup> Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal enemigo”, pp. 33 y s.

<sup>291</sup> Jakobs, Günther, “En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal del enemigo”, pp. 52 y s.

<sup>292</sup> Jakobs, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, p. 35.

<sup>293</sup> Jakobs, Günther, “Estado de Derecho y combate de peligros: Un esbozo”, trad. M. Polaino-Orts en *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima: Grijley-Universidad de Huánuco, 2009, pp. 61 y s.

<sup>294</sup> Jakobs, Günther, “Sobre la Teoría del Derecho penal del enemigo”, p. 51.

## 8. Particularidades

### 8.1. No-persona y no-persona

Cae por su propio peso dar cuenta de una dualidad<sup>295</sup> de no-persona. En efecto, la primera es la referida a la no-persona que no defrauda, en modo alguno, expectativas normativas, dado que no se le ha asignado un sector de la vida social que administrar. Esta no-persona es sin duda el inimputable, son ejemplos los menores de edad y los desequilibrados mentales. En esta perspectiva el funcionalismo sistémico resalta su carácter *garantístico*, ya que no cabría que ellos asuman responsabilidades penales por el hecho de que los mismos no son centro de imputación de deberes, es decir, forman parte de la naturaleza o entorno, dicho de otra manera, no cumplen una función que coadyuve a la estructura social. La segunda perspectiva de no-persona es uno *con capacidad de imputabilidad*, en otras palabras, es aquél sujeto a quien se le dirigen expectativas de un comportamiento como persona en Derecho y además está en la posibilidad –tiene autonomía– de defraudar dichas expectativas normativas, pero en lo fundamental es que *no ofrece garantía cognitiva* alguna de, en caso de trasgredirlas, no volver hacerlo en el futuro. Éste es el *imputable peligroso*, cuyo estereotipo es *el terrorista*.

Esta dualidad de no-persona, que va desde un pretendido “garantismo” hasta un exacerbado punitivismo, muestra la convergencia de fundamentos, a saber: el funcionalismo sociológico de Luhmann (roles) y la filosofía de Hegel (*realidad* en términos de soporte cognitivo). La sociedad como un sistema de comunicaciones se combina con que no basta quedarse en el nivel filosófico hegeliano del *Derecho abstracto*, sino que este debe presentar cierta *realidad* aunque sea mínima.<sup>296</sup>

Finalmente, es la oportunidad de citar lo que Jakobs refiere sobre el funcionalismo de Luhmann en una de sus obras más importantes:

“La exposición más clara entre la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al Derecho penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de LUHMANN. Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que

---

<sup>295</sup> En sentido similar, Silva Sánchez, Jesús María, “Los indeseables como enemigos: la exclusión de seres humanos del STATUS PERSONAE”, en *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión*, Vol. II, Cancio/Gómez-Jara (coord.), Buenos Aires: EDISOFER-Euros editores-BdeF., 2006, quien parte de una comprensión diferencial del «no-persona»: el inimputable y el imputable peligroso, p. 986. Según este autor, para Jakobs en ninguno de los dos supuestos se trata de una absoluta no-persona, estos son casos de reducción del *status civitatis* de ciertos seres humanos, a los que, sin embargo, no se les niega el *status personae* en términos absolutos, p. 988. Cabe desprender de este manuscrito una interpretación particular del contenido del Derecho penal del Enemigo, pues también afirma enfáticamente que existe, en el sentido más estricto de la expresión, un Derecho penal del enemigo y Derecho penal de las no-personas. Silva Sánchez pone énfasis en aquellos casos donde se trata a seres humanos como animales o cosas, es decir, casos donde existe una radical desprotección, p. 988. Estos seres humanos son el concebido y el no nacido, así como seres humanos nacidos hasta cierta edad y seres humanos adultos con determinadas enfermedades, p. 989. Aquí se da una radical coincidencia entre enemigo y no-persona.

<sup>296</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, p. 41.

*las presentes consideraciones no son absolutos consecuentes con dicha teoría, y ello ni siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales.*”<sup>297</sup>

## **8.2. Tácticas y estrategias: soluciones al problema**

Muchísimos autores se han pronunciado críticamente contra el discurso teórico del Derecho penal del enemigo<sup>298</sup> del profesor Jakobs y más exactamente contra su propuesta de contención de la juridificación de un Derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico. Este trabajo también crítica el enfoque jakobsiano, pero destaca tres perspectivas dogmáticas particulares y definidas que dan cuenta, justamente, de la insostenibilidad de un Derecho penal del enemigo.

Dicho ello, cabe nuevamente señalar dos cosas muy ciertas: 1. la mala noticia de la existencia del Derecho penal del enemigo en los Estados que se catalogan como Constitucionales; y 2. la intención de los penalistas de contener dicho fenómeno.

### **8.2.1 La perspectiva de Zaffaroni**

Hemos decidido incluir en esta investigación una breve reseña del pensamiento del prof. Eugenio Raúl Zaffaroni hablando del prof. Jakobs y del Derecho Penal del enemigo a fin de que puedan ver en él –pues la discusión jurídico-penal ha mostrado que, a pesar de la claridad de la postura de Jakobs respecto del Derecho penal del enemigo, siguen existiendo prejuicios– que los antojadizos adjetivos contra el profesor alemán no tienen asidero real.

Zaffaroni menciona que el objetivo *estratégico* de detener y contener al Derecho penal de enemigo es común en la comunidad académica, pero las *tácticas* para lograrlo no son compartidas.

Así pues, Jakobs, en principio identifica el problema (lo describe: normas que se dirigen a sujetos peligrosos, el enemigo), luego formula un pronóstico: el fenómeno no disminuirá. En base al pronóstico, plantea la *estrategia*: contenerlo; y como *táctica*: la delimitación dentro del Estado de Derecho de un Derecho penal del enemigo. Es por eso que Jakobs enfáticamente menciona que “hasta me resultaría agradable que pudiese disolverse la detestable imagen Derecho penal del enemigo; ahora bien, no veo ninguna posibilidad de una disolución incondicionada, por ello intento conocer y dar a conocer que es lo que pasa, aunque sea detestable”<sup>299</sup>, en ese sentido Zaffaroni afirma, “[e]n rigor *sería injusto reprocharle a JAKOBS que asuma con entusiasmo la legislación represiva*: lo que puede reprochársele es su resignada aceptación y la infundada

---

<sup>297</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 16 (el subrayado es nuestro).

<sup>298</sup> Por ejemplo, bajo la dirección de los profesores de Cancio Meliá y Gómez-Jara en el 2006 se publicó *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión* en 2 volúmenes que reunieron diversos trabajos que han sido recogidos en esta investigación.

<sup>299</sup> Jakobs, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, p. 24. Así también lo interpreta Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, 1ª ed., Buenos Aires: EDIAR, 2006, “Jakobs en realidad se proclama enemigo del derecho penal del enemigo, pero cree ahora que es imposible eliminarlo y por tanto, propone contenerlo.”, p. 162.

pretensión de aspirar a contenerlas mediante su legitimación pretendidamente parcial.”<sup>300</sup>

No es fundado, adjetivar a Jakobs como un “promotor” del Derecho penal del enemigo; por ello, es que advierte Zaffaroni, que “[c]abe aclarar que la propuesta de Jakobs (...) es la de la más absoluta buena fe en cuanto al futuro del estado constitucional de derecho, pues, (...) cuando propone habilitar poder punitivo en la forma de mera contención para no personas (entes peligrosos), lo hace imaginando que de ese modo se impediría que todo el derecho penal se contamine y se vuelva del enemigo y, a la vez, permitiría que ambos funcionen en el marco del estado de derecho.”<sup>301</sup> Jakobs no lo propone para fomentarlo, sino como *táctica* destinada a contenerlo en un círculo de autores y evitar que abarque a todos los criminalizados.<sup>302</sup>

**Crítica.-** La táctica de contención propuesta por Jakobs, que según Zaffaroni es inobjetable desde la perspectiva de una visión estática del poder, se traduce en una desaparición del estado de derecho real y concreto en la dinámica del poder. Y además señala que, no sólo resulta inviable, sino que tiene inevitables efectos paradójales: es la medicina que mata al paciente; ello cuanto existe una continúa dialéctica en el estado de derecho real, concreto o histórico, entre éste y el estado de policía. El estado de policía que lleva en su interior nunca cesará de pulsionar para perforar y estallar las vallas que le coloca el estado de derecho.<sup>303</sup> Para Zaffaroni, Jakobs incurre en la contradicción de teoría política al pretender la compatibilidad del concepto de *hostis* con el estado de derecho.

### 8.2.2. La perspectiva de Cancio Meliá

El profesor español Cancio Meliá considera que el «Derecho Penal» del Enemigo es tributario de dos fuentes o fenómenos expansivos: el derecho penal simbólico y del punitivismo. Estos son su linaje político-criminal.<sup>304</sup>

Así hecha la descripción –los elementos constitutivos ya han sido arriba descritos–, el «Derecho Penal» del enemigo existente no forma parte

---

<sup>300</sup> Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, nota 389 de la obra, pp. 153, (el subrayado es nuestro); le alcanza la crítica a Carlos Pérez del Valle cuando afirma “estoy sustancialmente de acuerdo con Jakobs, no hay más solución que separar –al menos conceptualmente– el Derecho penal del ciudadano del Derecho penal del enemigo, cuyas formas invaden la legislación penal de la modernidad.” Cfr. Pérez del Valle, Carlos, “La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo”, p. 2 y ss. Precisa Zaffaroni, que la propuesta de Jakobs no está emparentada con la de Schmit. Sin embargo, Zaffaroni critica la inconsecuencia de Jakobs por decidirse por conceptos del estado absoluto a diferencia de la propuesta de Schmit por su coherencia a favor del estado absoluto.

El mismo Jakobs refiere que debe entenderse al enemigo como adversario de la sociedad constituida en un régimen de libertades. El enemigo que se formula no es el de Carl Schmitt, es decir, al *hostis*, al otro en cuanto adversario existencial. El enemigo del Derecho penal del enemigo es un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un *inimicus*, a quien se le atribuye culpabilidad jurídico-penal, lo que no ocurre con el *hostis* de Schmitt. Cfr. Jakobs, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, pp. 31 y s. y p. 36.

<sup>301</sup> Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 155.

<sup>302</sup> Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 161.

<sup>303</sup> Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, pp. 163 y s. y p. 166.

<sup>304</sup> Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho Penal» del Enemigo?”, pp. 93 y ss.

*conceptualmente* del Derecho penal. Se trata más bien de un derecho penal de autor y que demoniza a específicos infractores.

Al tener una finalidad divergente al Derecho penal del ciudadano (Derecho penal funcional), vale decir, dirigida a eliminar fuentes de peligro, el «Derecho Penal» del enemigo se aparta de la prevención general positiva. Ya no integra a la sociedad reforzando la confianza en el derecho, sino sirve para la exclusión. Para Cancio Meliá, el «Derecho Penal» del enemigo es disfuncional con el *concepto* de Derecho penal en el marco de la *teoría de la pena*. Así señala:

“(…) desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del Derecho penal en base a la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción del «enemigo» mediante un cambio de paradigma de principios y reglas de responsabilidad penal es disfuncional de acuerdo con el concepto de Derecho penal. (...) el «Derecho penal» del enemigo cumple una función distinta del Derecho penal (del ciudadano): se trata de dos cosas distintas.”<sup>305</sup> Más adelante afirma “un «Derecho penal» del enemigo no es compatible con la teoría de la prevención general positiva, puesto que en él la pena cumple una función divergente e incompatible con el elemento esencial de la culpabilidad-igualdad.”<sup>306</sup>

Hecho el diagnóstico, crítica la propuesta de Jakobs del *control mediante la juridificación* de dos derechos penales como no convincente, pues se trata de *vasos comunicantes*<sup>307</sup> e ilusa.

“El orden del día político-criminal es el siguiente: debe eliminarse el «Derecho penal» del enemigo que está entrando en las legislaciones penales. (...) *es ilusoria la idea de un confinamiento del Derecho penal del enemigo a determinados límites mediante su juridificación.*, (...) el «Derecho penal» del enemigo constituye (...) un desarrollo degenerativo en el plano simbólico-social del significado de la pena y del sistema social. (...) el «Derecho penal» del enemigo contamina con especial facilidad (...) el Derecho penal ordinario.”<sup>308</sup>

Por último, y esto es lo más destacable, existe un punto en común con Jakobs en lo relativo a la cuestión del apoyo cognitivo. Dicho apoyo es necesario,<sup>309</sup> pero que difiere en cuanto a su extensión.

**Crítica.-** Una de las primeras cosas que se nota en la crítica de Cancio Meliá es el uso de comillas («») entre la frase *Derecho penal* seguida de la palabra *enemigo* que constituye un reflejo de su posición doctrinaria en tanto tal «Derecho penal» no es conceptualmente Derecho penal. Pues bien, fuera de la crítica intrasistémica en el marco del Derecho penal funcional –sistema que no compartimos– que presenta al Derecho penal del enemigo como un apartamiento

<sup>305</sup> Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho Penal» del Enemigo?”, p. 134.

<sup>306</sup> Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho Penal» del Enemigo?”, p. 140.

<sup>307</sup> Cancio Meliá, Manuel, “Internacionalización del Derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la *lucha* jurídico-penal *contra el terrorismo*”, p. 222.

<sup>308</sup> Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho Penal» del Enemigo?”, pp. 144 y ss. (el subrayado es nuestro).

<sup>309</sup> Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho Penal» del Enemigo?”, p. 149. Con más detalle en el Capítulo IV. 2.

y más aún una degeneración de la prevención general positiva, lo destacable de esta perspectiva es el reconocimiento y denuncia de que no se trata de una aproximación teórica ideológicamente inocente. En realidad tal «Derecho penal» excluye a determinados seres humanos del orden social. Asimismo, notamos que luego de la *descripción* hecha al «Derecho Penal» del Enemigo su propuesta crítica termina siendo una propuesta normativa: *¡debe eliminarse el «Derecho Penal» del Enemigo!* Naturalmente, se pone en evidencia aquí que toda descripción implica una valoración.

### 8.2.3. La perspectiva de Gómez-Jara

Es frecuente identificar al Derecho penal del enemigo (o al menos la táctica de contención) como un producto *necesario o derivado* consecuente de la Teoría de los sistemas autopoieticos, lo que sin duda se vislumbra como cuestionable. En términos de Jakobs, como habíamos afirmado, para que exista realmente la comunicación (expectativa normativa), se precisa de un “apoyo” de la conciencia –cimentación cognitiva–.

Sin embargo, este posicionamiento –afirma el prof. Gómez-Jara<sup>310</sup>– implicaría una intervención directa de la conciencia en la comunicación, o expresado de otra manera, que el contenido de la comunicación dependa del contenido de la conciencia. Esto no se puede fundamentar desde la Teoría de los Sistemas sociales autopoieticos<sup>311</sup>. Y ello fundamentalmente debido a que conforme a ésta teoría el contenido de la comunicación no depende del contenido de la conciencia –y viceversa–.<sup>312</sup> La conciencia únicamente aporta la energía suficiente para que la comunicación pueda tener lugar, pues no determina ni aporta, en ninguna caso, el contenido de la comunicación. Explicado de la mano

---

<sup>310</sup> Gómez-Jara Diez, Carlos, “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: Sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal”, en *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Cancio/Gómez-Jara (coord.), Buenos Aires: EDISOFER-Euros editores-BdeF., 2006, pp. 991-992; el mismo, “Enemy Combatants versus Enemy Criminal Law”, pp. 15 y ss.

<sup>311</sup> En similar sentido, Schünemann, Bernd, “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la Administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica”, en *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Cancio/Gómez-Jara (coord.), Buenos Aires: EDISOFER-Euros editores-BdeF., 2006, “[la] perspectiva extremadamente individualista del comportamiento desviado *no se corresponde con los reconocimientos modernos sobre las relaciones que en realidad son sistémicas, y en boca de Jakobs, tomando en cuenta su anterior afinidad con la Teoría de los Sistemas, suena especialmente poco plausible*”, p. 982 (el subrayado es nuestro). Igualmente, Kargl, Walter, “¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del Derecho como sistema autopoietico”, en *Teoría de los Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Coord. C. Gómez-Jara Diez Lima: ARA editores, 2007, afirmado, que “[l]os sistemas de conciencia se reproducen según LUHMANN sobre la base de *ideas* y los sistemas sociales constan como componentes fundamentales de *comunicaciones* (...). En el contexto de una teoría de los sistemas sociales autopoieticos solo funciona un concepto de comunicación que no se deriva de o, mejor dicho, no se reduce a una acción con intención consciente de un sujeto”, p. 91.

<sup>312</sup> Luhmann señala que el presupuesto de la diferenciación entre sistema/entorno “sólo es posible a través de la clausura autorreferencial de los sistemas que se están diferenciando. Sin esta clausura, los sistemas no tendrían formas de distinguir sus propias operaciones de las operaciones de su entorno”, Luhmann, Niklas, “*El derecho como sistema social*” (1989), en *Teoría de los Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Coord. C. Gómez-Jara Diez Lima: ARA editores, 2007, pp. 103 y s.

de la interrelación entre otros dos sistemas autopoieticos: al igual que las células nerviosas (sistema biológico) no puede determinar el contenido de la conciencia (sistema psíquico), tampoco la conciencia puede determinar el contenido de la comunicación. De allí la famosa frase de Luhmann<sup>313</sup>: “*los hombres no pueden comunicar... ni siquiera la conciencia puede comunicar. Sólo la comunicación puede comunicar*”.

El quid de la cuestión –continúa el profesor español– radica en que un sistema autopoietico no puede asegurar los presupuestos de su propia constitución, sino que, precisamente, tiene que presuponerlos, la comunicación precisa de la conciencia para poder existir, pero el contenido de ésta no determina el de aquélla. Para poder existir la comunicación depende de la conciencia, pero este “apoyo” necesario no es el de la cimentación cognitiva, sino, única y exclusivamente, de la energía e irritación (desprovista de información) necesaria para que subsista el sistema.<sup>314</sup>

Entonces, ¿que hacer con la situación desagradable?, el profesor español, expresa que es correcto que se deben identificar esos “pedazos” de Derecho penal del enemigo, sino que además, deben desaparecer paulatinamente, pues el Derecho penal del enemigo amenaza con contaminar al Derecho penal del ciudadano. En ese sentido, siendo coherente con asumir la Teoría de los sistemas sociales autopoieticos, Gómez-Jara propone en insistir en la normatividad del concepto ciudadano y en la facticidad del concepto enemigo, es decir, se trata de orientar el sistema jurídico-penal hacia sí mismo, esto es, de “autoorientarse”.<sup>315</sup>

**Crítica.-** Sin negar la descripción ofrecida por Jakobs, Gómez-Jara afirma que, en las últimas contribuciones existen dosis de *legitimación y prescripción*<sup>316</sup>, al plantear (Jakobs) que debe separarse el Derecho penal de ciudadano y el Derecho penal de enemigo y evitar una combinación. Para Gómez-Jara, el Estado de Derecho se “aniquila” a sí mismo en la medida en que “se traiciona” al introducir una legislación que contradice sus fundamentos de su propia

---

<sup>313</sup> Luhmann citado por Armin Nassehi, “*La diferencia de la comunicación y la comunicación de la diferencia: Sobre los fundamentos de la Teoría de los Comunicación en la Teoría Social de Niklas Luhmann*”, en *Teoría de los Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Coord. C. Gómez-Jara Diez Lima: ARA editores, 2007, p. 45.

<sup>314</sup> Gómez-Jara Diez, Carlos, “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: Sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal”, p. 993. La crítica de M. Polaino-Orts, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Lima: Grijley-Univ. de Huánuco, 2009, p. 299, no resulta convincente, más aún cae en un círculo vacío, ya que la peligrosidad o el déficit de seguridad cognitiva no se deriva sino de la conciencia, y su falta hace precisamente al destinatario, según el autor, comunicativamente inidóneo. Si ello no fuera así, surge una pregunta ¿de donde deriva la falta de seguridad cognitiva?, la respuesta se encuentra de nuevo en la conciencia del SER HUMANO.

Una visión peruana dentro de la teoría social autopoietica tercia en este desencuentro. Eduardo Montero sostiene que el enemigo participa de la comunicación jurídico-social, porque es una construcción del sistema del derecho (es una estructura social y no está en el entorno); de aquí que, el enemigo lesiona no una expectativa cognitiva, sino normativa, lo que justifica que responda penalmente. Cfr. Montero C., Eduardo, *Teoría de los sistemas sociales autopoieticos y derecho penal del enemigo*, Lima: Grande Ediciones, 2014, p. 112-115.

<sup>315</sup> Gómez-Jara Diez, Carlos, *ob. cit.*, p. 1000.

<sup>316</sup> Gómez-Jara Diez, Carlos, *ob. cit.*, p. 999.



existencia. En cualquier caso, *la respuesta definitiva solo podrá ofrecerla el decurso de los acontecimientos venideros en los próximos tiempos.*<sup>317</sup>

De mi parte considero que, no se trata de una inconsecuencia con las tesis de Luhmann, sino que se trata de un sistema penal original, donde la filosofía de Hegel cobra mayor relevancia.

Con todo quiero coincidir con los autores arriba señalados, que el mayor mérito de la propuesta de Jakobs es la claridad y la frontal sinceridad con que se define al problema<sup>318</sup> y lo afortunado en la utilización del término “Derecho penal del enemigo.”

---

<sup>317</sup> Gómez-Jara Diez, Carlos, *ob. cit.*, p. 1002.

<sup>318</sup> Cfr. Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 154 y Carlos Gómez-Jara Diez, “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo...”, pp. 983 y ss.

## CAPÍTULO IV

### CRÍTICA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Una vez conocida las notas esenciales y particularidades de la teoría del Derecho penal del enemigo del funcionalismo de Jakobs –más allá del derecho positivo *per se*–, este capítulo se dirigirá a efectuar críticas de desacreditación al requisito cognitivo en tres niveles: (i) La falsedad de la necesidad de apoyo cognitivo para la *realidad* de los conceptos normativos; (ii) lo inoportuno de la diferenciación entre persona y no persona (enemigo); y, (iii) la apariencia de que la erosión de la seguridad estatal y ciudadana proviene solamente de los actos terroristas.

#### **1. Cuestiones a resolver para la fundamentación de la crítica**

1. ¿Es realmente condición de la juridicidad del Derecho un apoyo, base, cimentación, garantía, revestimiento o corroboración cognitiva? De modo particular, ¿es necesaria la presunción *individual* de fidelidad al Derecho como prestación del ciudadano para constituir un orden jurídico real? o dicho en otras palabras, ¿el Derecho por muy bien fundamentado que estuviese conceptualmente sería real, es decir, regularía la conducta de los hombres sin un revestimiento cognitivo?

Al respecto, pondremos de manifiesto que la idea del apoyo o corroboración cognitiva, entendido este como la presunción de fidelidad al ordenamiento jurídico a fin de orientar realmente el comportamiento de los demás *participantes* en el tráfico social *para-cada-concepto-normativo* es erróneo, más no así para la totalidad del sistema jurídico como fundamento *previo y general*.

2. ¿Son todos los hombres persona? ¿Hace falta un apoyo cognitivo para constituir a un hombre como persona?

Afirmaremos de la manera más categórica que todos los hombres son persona. Persona es el modo de ser de los hombres y que la posesión de determinadas propiedades no constituye el ser persona, en consecuencia, la pérdida de algunas

de dichas propiedades (racionalidad, conciencia, intencionalidad, lenguaje, civilidad, garantía de cumplimiento de deberes, apoyo cognitivo) no hace que la personalidad se pierda ni aún puntual, espacial ni momentáneamente.

3. ¿Son los actos terroristas los que erosionan la seguridad cognitiva en la confianza del derecho y de las instituciones básicas de la sociedad?

La teoría del Derecho penal del enemigo sostiene que las organizaciones terroristas erosionan y dañan la seguridad cognitiva de la norma (confiabilidad y orientación). Tal fenómeno da lugar a un derecho excepcional, sin éste –una medida necesaria y apropiada– el Estado de Derecho no podría subsistir, pues sirve a su mantenimiento. En contraste daremos a conocer que esta afirmación es unilateral y, por tanto, no del todo acertada, pues contribuyen decididamente a dicha erosión la escenificación de la realidad del riesgo terrorista elaborado por los propios Estados, frente a cuya “realidad” se despliegan normas represivas que tratan de forma diferenciada a los seres humanos.

## 2. Crítica a la necesidad de apoyo o seguridad cognitiva<sup>319</sup>

Jakobs critica a las posturas “normativistas” –de reconocer a todos los seres humanos como personas– de ser muy cómodas e ilusorias,<sup>320</sup> pues evaden la problemática en cuanto no dicen nada de cuáles son *las condiciones* para que el ordenamiento jurídico dirija *verdaderamente* la conducta de las personas. Pues bien, a fin de no caer en ese “normativismo” es preciso abordar la cuestión de si realmente toda construcción normativa en general (orden jurídico) requiere de un apoyo cognitivo para ser real y cada ciudadano individualmente considerado en particular tiene que prestar dicho apoyo –presunción de fidelidad– para configurar la realidad de su *status civitatis* (ser persona).

Aquí, apelamos a lo desarrollado por Hans Kelsen en lo relativo a la *validez y eficacia*. A partir de los planteamientos de esta relación, podemos desprender que no hace falta tal requisito (*para-cada-concepto*). El autor austriaco ejemplifica la forma cómo la norma básica fundante (*Basic Norm* o *Grundnorm*) cambia y su relación con la eficacia. Veamos el ámbito de la *dinámica* del derecho con un ejemplo:

### “d. Change of the Basic Norm

It is just the phenomenon of revolution which clearly shows the significance of the basic norm. Suppose that a group of individuals attempt to seize power by force, in order to remove the legitimate government in a hitherto monarchic State, and to introduce a republican form of government. If they succeed, if the old order ceases, and the new order begins to be efficacious, because the individuals whose behavior the new order regulates actually behave, by and large, in conformity, with the new order, then this order is considered as a valid order. It is now

<sup>319</sup> Parte de la crítica fue expuesta en mi trabajo “Terrorismo, Derecho penal y Estado de Derecho ¿Un trinomio funcional? *Crítica a la «corroboración de lo normativo por lo fáctico» de G. Jakobs* –insostenibilidad teórica del Derecho penal del enemigo–”, en RAE. *Revista de análisis especializado de jurisprudencia*, Dir. Giovanni Priori P., Ediciones Caballero Bustamante, Año V, Nº 59, Perú, Lima, Mayo, 2013. Nuevamente este trabajo es objeto de revisión.

<sup>320</sup> Jakobs, Günther, Prólogo a *Derecho Penal enemigo*, Jakobs/Cancio, Madrid: Thomson Civitas, (ed., 2003, p. 13 y ed., 2006, p. 15).

according to this new order that the actual behavior of individuals is interpreted as legal or illegal. But this means that a new basic norm is presupposed. It is no longer the norm according to which the old monarchical constitution is valid, but a norm according to which the new republican constitution is valid, a norm endowing the revolutionary government with legal authority. If the revolutionaries fail, if the order they have tried to establish remains inefficacious, then, on the other hand, their undertaking is interpreted, not as a legal, a law-creating act, as the establishment of a constitution, but as an illegal act, as the crime of treason, and this according to the old monarchic constitution and its specific basis norm.

#### e. The Principle of Effectiveness

If we attempt to make explicit the presupposition on which these juristic considerations rest, we find that the norms of the old order are regarded as devoid of validity because the old constitutions and, therefore, the legal norms based on this constitution, the old legal order as a whole, has lost its efficacy; because the actual behavior of men does no longer conform to this old legal order. Every single norm loses its validity when the total legal order to which it belongs loses its efficacy as a whole. The efficacy of the entire legal order is a necessary condition for the validity of every single norm of the order. A *conditio sine qua non*, but not a *conditio per quam*. The efficacy of the total legal order is a condition, not the reason for the validity of its constituent norms. These norms are valid not because the total order is efficacious, but because they are created in a constitutional way. They are valid, however, only on the condition that the total order is efficacious; they cease to be valid, not only when they are annulled in a constitutional way, but also when the total order ceases to be efficacious. It cannot be maintained that, legally, men have to behave in conformity with a certain norm, if the total legal order, of which that norm is an integral part, has lost its efficacy. The principle of legitimacy is restricted by the principle of effectiveness.”<sup>321</sup>

Afirmar que una norma es válida y afirmar que una norma es eficaz son dos cosas diferentes. Una tiene que ver con la cualidad de la norma jurídica y la otra con la cualidad del comportamiento conforme a tal norma jurídica. Esta diferencia no implica una falta de relación entre ambas. La eficacia es una condición de la validez más *no la razón de ésta*. “A norm is not valid, *because* it is efficacious; it is valid, *if* the order to which it belongs is, on the whole, efficacious.”<sup>322</sup> La validez descansa sobre la eficacia del orden jurídico. La razón de la validez está en la forma de su creación a la manera establecida por el orden jurídico y que en última instancia se reconduce a una *Basic Norm* presupuesta.

---

<sup>321</sup> Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945 (3rd. printing 1949), pp. 118 y s.

<sup>322</sup> Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, p. 42.

La conformidad de los comportamientos conforme a un nuevo orden es, pues, clave para proveer de validez al ordenamiento en su conjunto. Veamos nuevamente:

“En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos intenta reemplazar el gobierno legítimo por medio de una violencia subversión, y sustituir el gobierno monárquico por uno republicano. Si lo logra, es decir, si el orden antiguo cesa de ser eficaz comienza a serlo el nuevo desde el momento en que la conducta efectiva de los hombres (para los que el orden pretende validez) no responde más al orden antiguo, sino en general al nuevo, se opera con este como con un orden jurídico, es decir: se interpreta los actos realizados en ejecución suya como actos jurídicos, y como antijurídicas las situaciones de hecho que lo infringen. (...)

Si se pregunta por aquello de que depende el contenido de la norma básica que da fundamento a un orden jurídico determinado, he aquí lo que muestra un análisis que examina los juicios jurídicos en su último supuesto: ese contenido se rige por la situación de hecho en que es producido aquel orden al que corresponde, hasta un cierto grado, la conducta efectiva de los hombres a que el orden se refiere. ‘Hasta un cierto grado’; no es exigible una correspondencia completa y sin excepciones. Es más, tiene que existir hasta la posibilidad de una discrepancia entre el orden normativo y el dominio del acontecer efectivo que está coordinado por él. Pues sin tal posibilidad un orden normativo no tiene absolutamente ningún sentido.”<sup>323</sup>

La teoría del Derecho generalmente considera que la eficacia es una consecuencia de la validez de la norma; así una norma es válida –creada de acuerdo al procedimiento formal y material– y, luego, si ésta es acatada (en mayor medida), se dice que es eficaz (ambas se presentan, entonces, como cualidades de la norma). No obstante, este punto de partida impide indagar apropiadamente sobre la condición de la juridicidad o de validez del ordenamiento jurídico en su conjunto; por ello, la relación contraria entre validez y eficacia es la correcta.

La tesis jacobiana de la necesidad de una *corroboración de lo normativo por lo fáctico* es un problema de *validez y eficacia*, sobre todo de *eficacia*. Al plantear Jakobs que el concepto de norma, así como el de personalidad, deben estar revestidos cognitivamente –que cada participante del tráfico garantice el cumplimiento de sus deberes–, está exigiendo que ellos deben tener una mínima eficacia, pero esta eficacia es en lo esencial posterior para que los conceptos sean reales: el deber mínimo de civilidad tiene que ser prestado por cada individuo de un modo actual para ser persona –de su reconocimiento con deberes y derechos–. *Sin embargo, esta eficacia posterior de las normas*, es decir, el comportamiento conforme a las normas, no es la que otorga la juridicidad al orden legal, sino una que es *precursora*.

---

<sup>323</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, traducción de la 1ª edición alemana de 1934, pp. 101 y s. (También, Kelsen H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. de la edición francesa de 1953 por Moisés Nilve, pp. 114 y s.).

La exigencia de una *corroboración fáctica* invierte el problema, pues la construcción y validez de los sistemas jurídicos en su totalidad y también de los conceptos no depende del *actuar* de la persona individualmente<sup>324</sup> considerada de modo continuo y posterior (el apoyo cognitivo como una condición cualitativa y no sólo cuantitativa). De esta manera, se está convirtiendo a la eficacia en una *cualidad* de la norma (y del concepto): la realización del concepto subyace en la conducta efectiva de los hombres fundamentalmente en su acatamiento posterior y permanente.

Por nuestra parte debemos indicar que los sistemas jurídicos al *instituirse* (validez) presuponen como una condición para las normas *más generales e importantes* que a quienes se dirigen van a cumplir las normas (eficacia), pues justamente a quienes ellas se dirigen son sus autores (legitimidad). La *realidad* del derecho, normativamente válido y orientador de conductas, no se mide en función de la conciencia del sujeto, de su peligrosidad o fidelidad al derecho (acatamiento de las normas o eficacia subsiguiente), pues esto constituye lo *posterior* que puede o no ocurrir ya aisladamente o ya masivamente, respectivamente, sino que *esta realidad* está en *presuponer* y *admitir una cierta eficacia como condición*, y es ésta la que verdaderamente orienta el comportamiento de las personas. La *realidad del derecho* presupone su *eficacia*, es decir, la conformidad –en cierta medida regular– de la conducta de los individuos a quienes rige. Esta presuposición no es una presuposición unilateral, vacía, irreal, ficticia o una mera hipótesis, es una admisión de la existencia *real* a grandes rasgos de la efectividad de los comportamientos humanos conforme al orden que se establece. Se trata, por lo tanto, de la general –no absoluta– conformidad conductual *previa* que provee de viabilidad y posibilidad al orden jurídico en su conjunto.

Veamos las precisiones de la relación entre validez y eficacia en la 2ª edición de la *Teoría pura del Derecho* de 1960.

En la perspectiva kelseniana<sup>325</sup> el fundamento de la validez de una norma se encuentra en la derivación lógica de una norma superior última, esto es, en una norma fundante básica *presupuesta* (fuente común de validez), que determina como deben crearse las normas generales e individuales. Es el *presupuesto epistemológico* en el sentido kantiano, una hipótesis para la existencia y construcción del sistema jurídico. La eficacia (así como el hecho de la

---

<sup>324</sup> Véase García Amado, Juan, “El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs”, en *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Cancio/Gómez-Jara (coord.), Buenos Aires: EDISOFER-Euros editores-BdeF., 2006, una crítica a Jakobs desde la Teoría del Derecho, asumiendo la perspectiva en la cual la eficacia se deriva *después* de la validez de la norma. Este autor considera que se está comparando erróneamente la eficacia normativa *con* la desobediencia subjetiva, se esta asumiendo la pérdida de la juridicidad de una norma que no se cumple ni se aplica (ineficacia) con la pérdida de la personalidad de un sujeto que no se atiene a la norma, aunque ésta sea eficaz., p. 889; así el autor señala: “La incongruencia de la comparación que Jakobs hace proviene que está asimilando un caso de incumplimiento masivo de una norma por multitud de sujetos al caso de un sujeto que cumple ‘masivamente’ una o varias normas, y estas no son entidades parangonables en modo alguno”, p. 892. Esta crítica no es correcta –al estimar la relación de modo inverso–, principalmente, porque el concepto de “personalidad” no se pierde, en tanto, este es ya eficaz antes de la construcción del sistema.

<sup>325</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2ª edición alemana de 1960, pp. 201 y ss.

instauración de la norma) no es fundamento de validez, pero ella cumple un papel importante en la Teoría pura del Derecho, pues es una condición de la validez. En el problema de la relación entre validez y la eficacia Kelsen señala:

“La solución que la teoría pura del derecho propone del problema es: así como la norma deóntica, como sentido del acto real que la implanta, no es idéntica a ese acto, la validez deóntica de una norma jurídica, no es idéntica a su eficacia real; la eficacia del orden jurídico, como un todo, y la eficacia de una norma jurídica aislada son, junto con el acto de instauración normativa, condición de la validez; y la eficacia es condición en el sentido de que un orden jurídico como un todo, y una norma jurídica aislada, no es considerada ya válida, cuando ha cesado de ser eficaz. Tampoco es la eficacia de un orden jurídico (...) fundamento de la validez. (...). La instauración y la eficacia son puestas, en la norma fundante básica, como condiciones de la validez; la eficacia en el sentido de que debe agregarse al hecho de la instauración, para que tanto el orden jurídico como un todo, así como cada norma jurídica aislada no pierda su validez.”<sup>326</sup>

Volvamos al apoyo cognitivo. Debemos enfatizar que *no se está negando que no se requiera dicho apoyo cognitivo*, pues esto no es una cuestión trivial o baladí. Lo que afirmamos es que dicha cimentación es una *condición* de la *totalidad* del sistema jurídico, como efectividad, en la construcción del sistema jurídico, tal como lo expresa el ejemplo de Kelsen: los hombres a quienes se dirigirán las normas jurídicas *posteriormente* creadas están dispuestos a aceptarlas. Si la revolución es victoriosa, en donde aún no hay normas jurídicas que aún rijan, la conducta de los hombres *ya es conforme* a ese futuro orden. El conjunto de normas *posteriormente* creadas sólo es una constatación de la efectividad del comportamiento al cual se dirigen dichas normas. La pérdida de validez de las normas jurídicas (y de los conceptos) tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico en su conjunto pierde su eficacia.

Así, la eficacia como condición de la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto quiere decir que la conformidad *general* de las conductas de los hombres es ya conforme al orden jurídico que se instaurará, por lo tanto, no se requiere que los hombres en particular, –como deber– presten presunción de fidelidad al ordenamiento jurídico en cada contacto social para hacerlo real en general o construir su *personalidad* en particular. ¡El refrendo cognitivo ya está dado!

La eficacia, entonces, tiene que ver con la conformidad de las conductas y las normas, es, pues, una cualidad del comportamiento, visible en el ejemplo de la revolución. En cambio para Jakobs, como estamos viendo, la exigencia posterior del apoyo cognitivo –fáctica y constatable para el sistema penal y en específico para los operadores jurídicos– incide en la realización del sistema jurídico, esto es, viene a constituirse en cualidad del concepto y la norma. Y esto no puede ser porque la eficacia es una categoría de la que se puede predicar incluso antes de la instauración de un ordenamiento jurídico y, por tanto, de la validez del mismo.

---

<sup>326</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2ª edición alemana de 1960, p. 223.

De igual manera, la explicación de *la fuerza vinculante de la norma* está precisamente en el carácter *presupuesto y condicional* de la eficacia, esto es, de los comportamientos conforme a la norma que se institucionalizará. Así pues, una norma es válida si es conforme a la norma anterior, pero ¿cuál es la razón de la validez de la primera norma –anterior (o sea de la constitución)? Ésta recae en un *juicio de validez*,<sup>327</sup> es decir, el juicio mediante el cual *uno debe comportarse conforme a la constitución*. Ahora, este juicio ¿es arbitrario? No, se basa precisamente en admitir la eficacia de las normas, pero no sobre un hecho en el que todos se comportan efectivamente conforme al nuevo orden jurídico (por ello se habla de correspondencia *general y no absoluta*), sino de lo que se espera que se realice y se realiza a grandes rasgos, pues si ocurriría lo anterior no habría necesidad del ordenamiento jurídico. La eficacia se toma no como un hecho en correspondencia *absoluta* al nuevo orden. De aquí que tal como ocurre con la norma (en sentido de Kelsen), la personalidad del sujeto no desaparece por su peligrosidad fáctica, ésta no anula su validez como concepto. La validez normativa de la personalidad, así como de la vigencia de la norma (expectativa en el sentido de Jakobs) no decae, ya que ésta es construida *previamente* como presupuesto del sistema, siendo, en consecuencia, no disponible por el legislador ni por el individuo, del que se dice se despersonaliza así mismo.

Toca ahora ofrecer un argumento destinado a evitar caer en idealismos. La eficacia como condición de validez admite una conformidad general de las conductas de los hombres y provee de juridicidad al orden jurídico. Sin embargo, esta afirmación puede llevarnos a pensar que las relaciones sociales son simples y configuran libremente su devenir. Por el contrario, las relaciones materiales de vida realmente existentes no son reconducidas a una libre naturalidad de las relaciones sociales. La dinámica social es altamente compleja, los actores no son solo las personas individuales, sino también los Estados y sobre todo las corporaciones empresariales. Entre ellos se constituyen las relaciones sociales y cuya formación viene determinada en cierta medida por los agentes económicos que tienen un poder de definición en medulares aspectos de la vida (social, cultural, político, jurídico, etc.). La identificación material de la eficacia del sistema jurídico actual tiene su fundamento no en la simple conformidad conductual, en su lugar está una sociedad que se rige por las relaciones de dominio de tipo productivo (vinculado al capital). El triunfo de la revolución francesa –y la consecuente eliminación del sistema económico del antiguo régimen– significó que ya había eficacia normativa antes que el nuevo orden jurídico liberal se formase, en dicho triunfo los actores económicos configuraban y condicionaban al sistema jurídico. Más allá de este referente histórico, aún cuando el sistema jurídico liberal garantiza y asegura sus relaciones de producción ha proveído instituciones de limitación del poder (la incidencia de la superestructura sobre la estructura). Ya con estas instituciones, entonces, afirmar la conformidad general de las conductas de los hombres permite ver la complejidad del concepto de eficacia como condición de la validez.

A diferencia de Kelsen que presupone una *norma fundante básica* de la cual deriva lógicamente el fundamento de validez del resto de normas generales e

---

<sup>327</sup> Respecto del concepto de validez de la norma en Kelsen, véase Nino, Santiago, *La validez del derecho*, 1ª ed., Buenos Aires: Astrea, 1985 (2ª reimpresión, 2003), pp. 10 y ss.



individuales, *sin importar cual sea el contenido*,<sup>328</sup> es decir, aún cuando el derecho es lo que es conforme a la norma suprema positiva (injusta o no), nuestra posición es que el estadio de la evolución histórica y las desgracias sufridas por la humanidad nos han proveído de límites y de contenidos para la validez del derecho. El *deber ser* del derecho es el que se corresponda con los triunfos de las relaciones sociales históricas de los pueblos.

En la misma dirección, Cancio Meliá critica a Jakobs:

“(…) desde la perspectiva del Derecho en su conjunto claro que para su efectividad, para su vigencia real, es necesario cierto apoyo cognitivo – de lo contrario, no sería más que un orden posible, un sistema normativo postulado, no un Derecho real–. Pero ésta es una *condición previa extrasistemática y global (un presupuesto)* –referida a la vigencia del ordenamiento en su conjunto– del ordenamiento jurídico (penal), no un análisis individual interno de ese ordenamiento, a determinar autor por autor.”<sup>329</sup>

En resumen, si bien es *necesario* un apoyo cognitivo para hacer de un ordenamiento jurídico un medio idóneo para la orientación de los comportamientos y no ser un mero derecho postulado como lo dice Jakobs –algo así como un programa de buenas intenciones–, dicho apoyo, pues, solamente puede ser entendido si la *generalidad* de las normas y las instituciones se estatuyen partiendo de la condición que son cumplidas previamente: nuevamente la efectividad es *condición* de la validez de las normas. Es correcto afirmar la necesidad de una corroboración de lo normativo por lo fáctico si se entiende *ésta* en la totalidad del sistema. *Exigir el requisito del apoyo cognitivo o de la corroboración fáctica de modo posterior, como prestación individual, presupone algo grave, que la configuración estatal moderna es deficitaria*. Pero esto es un completo engaño que viene del propio Estado que se presenta así mismo como débil. El Estado moderno hoy más que nunca es más fuerte que otros tiempos, debido a que su estructura de control es verdaderamente global.

Ahora bien, Jakobs considera –en contraste a la posición de Kelsen– que es necesario extender el requisito de la eficacia, esto es, de la corroboración normativa también a cada elemento del Derecho:

“(A modo de complemento: Kelsen exige en la *Teoría pura del Derecho* una efectividad que concurra a grandes rasgos sólo respecto de la *Constitución* de un Estado, no respecto de cada una de las instituciones jurídicas individuales, como, por ejemplo, una norma, un tribunal, una persona, etc., puesto que sólo trata el problema de la orientación con base en la estatalidad, dicho con mayor precisión: con base en la conexión jurídica del actuar *interno* al Estado. Si se amplía la perspectiva, también habrá que extender en correspondencia la exigencia de una efectividad que concurra a grandes rasgos.)”<sup>330</sup>

<sup>328</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2ª edición alemana de 1960, p. 205.

<sup>329</sup> Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho Penal» del Enemigo?”, p. 149 (el subrayado es nuestro).

<sup>330</sup> Jakobs, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, p. 27. Igualmente, en “La pena estatal: significado y finalidad”, p. 62.

Pero esta ampliación tal como Jakobs la propone significaría una suspensión momentánea del sistema jurídico mientras no se preste el apoyo cognitivo requerido (corroborar las instituciones en cada contacto social), algo por supuesto, insostenible en términos teóricos. Al depender la juridicidad del derecho de un presupuesto posterior se resquebrajaría y fraccionaría el ordenamiento jurídico. Es justamente este requisito –la cimentación cognitiva–, en su manifestación *posterior*, el que llevará realmente a pique al Estado constitucional medianamente viable y que es vigente en la actualidad.

Por último, notamos que la premisa que se expone aquí –de la eficacia como condición de la validez de la *totalidad* del ordenamiento jurídico– respeta la objetividad de los hechos, tiene un anclaje en bases fácticas. La remisión a lo factual también ocurre con la propuesta del apoyo cognitivo como refrendo de lo normativo en los elementos particulares del sistema (personalidad o norma). En efecto, si la tesis de la conformidad *general* –no absoluta– de las conductas de los hombres que es ya conforme al orden jurídico que se instauraría es en estricto fáctico, entonces, la correspondencia *individual* del comportamiento (refrendo o corroboración) a fin de garantizar la confianza en la norma y la personalidad misma (deber mínimo de civilidad) también es fáctica, pues ambas se encontrarían en el mismo plano. En nuestra posición la cimentación cognitiva – que no negamos– es *previa* mientras que en la doctrina del Derecho penal del enemigo es *posterior*. Además, si desde el Derecho penal del enemigo se insiste que se trata de un elemento compuesto, es decir, *normativo-cognitivo*<sup>331</sup> y no enteramente fáctico u ontológico (que tal doctrina quiere evitar), este *nuevo* elemento demostraría lo contrario, que se estaría introduciendo elementos extraños o exógenos incompatibles con el sistema funcional y así la incapacidad de ser coherente. Parece ser un tercer elemento que se inventa para nombrar un problema que no le puede dar solución.

### 3. Una configuración incluyente de persona

En el contexto de las primeras décadas del siglo XXI y los sucesos mundiales de incremento de la violencia y la exclusión, ya no es posible sostener una diferenciación ni aún en lo jurídico entre *persona* y *ser humano* (hombre), si esto trae grandes consecuencias teóricas o de tipo dogmático-conceptuales que derivan en la reconfiguración de la teoría jurídica, entonces, esto deberá asumirse.

Antiguamente, la palabra latina *persona*<sup>332</sup> como griega *prosopon* se circunscribían al mundo del teatro y adquirían ahí el significado del ejercicio de

---

<sup>331</sup> Véase sobre este doble fundamento *cognitivo-normativo* de la norma, en Polaino-Orts Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, pp. 266 y s.

<sup>332</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de Persona*, 1ª ed., Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1962, donde se discute el origen etimológico de la palabra *persona* en el griego, etrusco y latín atribuyéndole en definitiva el sentido de “máscara”, pp. 49 y ss.; el mismo, *Derecho y Persona*, 2ª ed., Trujillo. Normas Legales S.A., 1995, pp. 27 y ss.; Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas*, 6ª ed., T. I., Lima: Iustitia-Grijley, 2012, refiere un origen etimológico dudoso, proveniente del griego *prosopon* o que el término *personae* proviene del etrusco *phersu* y otros que deriva de dos voces griegas: *per* (a través) y *sonare* (sonar) término que aludían a la máscara que usaban los actores del teatro, la cual era una careta provista de unas lengüetas que hacían resonar la voz, pp. 163 y s.; en la doctrina extranjera véase Recasens Siches, Luis, “Persona”, en Enciclopedia

un papel (diferente al que lo interpreta). Era la máscara por medio de la cual sonaba la voz del actor. Con ella se designaba la representación del rol mismo sin hacer referencia a su individualidad del portador. Posteriormente, por influjo de la doctrina cristiana de los primeros siglos, *persona* pasó a identificar al portador mismo.<sup>333</sup>

Ahora bien, la teoría jurídica –y las incursiones en la teoría política<sup>334</sup>– suele también diferenciar *persona* como un concepto normativo o una creación del orden jurídico,<sup>335</sup> es decir, como un centro de imputación; y *ser humano* (hombre) como un sustrato existente, esto es, una entidad individual o ser existencial que realiza valores. La perspectiva normativa más importante sostenida por Kelsen sobre la relación en cuestión señalaba que, “[l]a denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo hombre. No se trata de una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho; de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes. En este sentido, la denominada persona física es una persona jurídica.”<sup>336</sup> Una concepción plenamente normativa y diferenciadora.

Igualmente, García Máynez refería que una concepción tradicional consideraba al ser humano en cuanto tal como persona, lo cual no siempre fue reconocido – así sucedía con la institución de la esclavitud–. De aquí que se revela la cuestión de si la personalidad jurídica es necesaria consecuencia de la calidad de hombre. El autor apuntaría que “[e]l hecho que todo hombre sea persona no significa que la personalidad jurídica del individuo se confunda con su realidad humana, o

---

jurídica *Omeba*, Tomo XXII, Buenos Aires: DRISKILL S.A., 1991, p. 95., “[...] sentido originario de máscara en la escena teatral clásica”.

<sup>333</sup> Con mayor detalle véase Spaemann, Robert, *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, trad. José Luis del Barco, 2ª ed., Pamplona: EUNSA, 2010, pp. 41 y ss.

<sup>334</sup> Alcácer Guirao, Rafael, “Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en ADPCP, Fascículo Único Enero – Diciembre, Tomo LI, Madrid, 2001, quien asume una *noción normativa* de persona, desde la perspectiva del liberalismo político como racional y razonable, distinguiendo además “persona de Derecho” y “persona del Derecho”, pp. 483 y ss.

<sup>335</sup> Radbruch, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Granada: Editorial Comares, 1999, p. 167.

<sup>336</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2ª edición alemana de 1960, p. 184. Es preciso indicar que este autor hace una distinción entre *hombre* como noción biológica, fisiológica y psicológica, *persona física* como el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo y *persona jurídica* como la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos; no obstante, para este autor tanto la *persona física* y la *persona jurídica* en estricto PERSONA es una noción elaborada por la ciencia del Derecho y HOMBRE (ser humano) una realidad natural. Véase también Kelsen Hans, *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, Trad. de la edición francesa de 1953 por Moisés Nilve, p. 102.

Para más detalle en Kelsen Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. E. García Máynez, 2ª ed., México D.F.; Universidad Autónoma de México, 1958 (4ª reimpresión 1988), sobre la relación entre substancia y cualidad véase pp. 109 y ss.; ver el objeto y la descripción de ello separadamente, es pensar como el animismo, “la idea de que la persona ‘tiene’ deberes y derechos implica la relación entre substancia y cualidad (...), la persona jurídica no es realmente una entidad separada de ‘sus’ derechos y deberes, sino su unidad personificada o (...) la unidad personificada de un conjunto de tales normas”; sobre la distinción, también, pp. 111 y ss.

derive de su personalidad moral. (...) su personalidad jurídica no se confunde con dicha existencia, aunque la suponga.”<sup>337</sup>

En la doctrina nacional –particularmente civil–, el concepto que recoge medianamente esta *idea normativa* es el concepto de *sujeto de derecho* como un centro de imputación normativa de deberes y derechos. Aún así, este concepto hace estricta referencia al *ser humano* en sus distintas etapas de desarrollo (*concebido* y *persona natural*) o en sus distintas formas de organización colectiva (*persona jurídica* u *organización no registrada*). A todas luces se observa que este concepto en principio es *descriptivo* (clasificatorio) y su cometido primigenio es englobar diversos sustratos existentes. No obstante, su reconocimiento jurídico, la valoración que subyace en ella y sobre todo el hecho ya de comprender conceptualmente diversas formas de aparecer del hombre nos lleva a considerar que *sujeto de derecho es un concepto normativo*, aunque los sustratos que comprende seguirán siendo manifestaciones existentes. En ese sentido, *sujeto de derecho* no puede identificarse plenamente con una entidad natural.<sup>338</sup>

El reconocido jurista Fernández Sessarego<sup>339</sup> destaca la expresión de *sujeto de derecho* –como gran aporte del Código Civil de 1984<sup>340</sup>– distinguiendo e incorporando en él al de *persona*, así como al concebido y personas no registradas; por otro lado, refiere que, “para una mejor construcción técnica y sistemática, reservar el uso del vocablo persona para designar al ser humano después de nacido. Solo así podremos distinguir, desde un punto de vista técnico jurídico, del concebido, que es el ser humano antes de nacer (...).”<sup>341</sup> *Sujeto de derecho* se presenta como recurso lingüístico que alcanza un nivel normativo. En ese mismo sentido, Espinoza E. rechaza la identificación entre *sujeto de derecho* y *persona*, reconociendo la influencia de Fernández como la contribución más importante a la legislación contemporánea, pues el segundo forma parte del primero<sup>342</sup> (relación de género a especie), además, no reduce al *sujeto de derecho* a las cuatro modalidades conocidas, sino a otras posibles más (no es *numerus clausus*).

---

<sup>337</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 32ª ed., revisada, México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1980, p. 276.

<sup>338</sup> En la Teoría del Derecho peruana se pueden ver dos posiciones un tanto contrapuestas: Alzamora Valdez, Mario, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 8ª ed., Lima: (sin editorial), 1982, pp. 127 y ss., en su texto identifica el *sujeto de derecho* como un elemento de la norma y no con un ente real, por otra parte, refiere que es sujeto individual el hombre considerado como persona.

Torres, Anibal, *Introducción al Derecho*, 4ª ed., Lima: IDEMSA, 2011, pp. 377 y s., considera que la expresión “*sujeto de derecho*” es equivalente a “*ser humano*”, los dos términos aluden a un mismo ente: ser humano; igualmente ocurre con *persona* (física o natural) a quien identifica con todos los seres humanos.

<sup>339</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las Persona*, 1ª ed., Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 28; el mismo, *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, 11ª ed., Lima: Grijley, 2009, pp. 2 y ss.

<sup>340</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho de las personas (En el umbral del siglo XXI)*, Lima: Ediciones Jurídicas, 2002, pp. 55 y ss.

<sup>341</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las Personas*, pp. 33 y ss.

<sup>342</sup> Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas*, pp. 1 y s.

La identificación en el ámbito jurídico de *persona* y *ser humano* del derecho peruano también aparece en alguna medida en el campo de la filosofía como refieren algunos teóricos del Derecho. Al respecto Recasens Siches señala que, “[e]n filosofía, persona es la expresión de la esencia del ser humano, del individuo humano, esencia que no puede ser captada dentro del mero campo de la ontología, antes bien, es conseguible tan solo en la intersección de este campo con el de la ética. En efecto persona, en filosofía, se define no solamente por sus especiales características ontológicas, sino también por su participación en el reino de los valores éticos (...)”<sup>343</sup>, así persona (humana) puede ser vista como persona con dignidad. Sigue esa línea, Fernández Sessarego quien refiere que, “si bien en un lenguaje *filosófico* empleamos dichas expresiones [ser humano y persona] para referirnos al hombre, es conveniente para una mejor construcción técnica y sistemática, reservar el uso del vocablo persona para designar al ser humano después de nacido.”<sup>344</sup>

Por otro lado, aún cuando el civilista Espinoza E. sostenga que persona es el hombre como un ser ontológicamente libre,<sup>345</sup> un valor integrado por aspectos axiológicos y ontológicos, define a la persona como “el hombre individualmente considerado, o la agrupación organizada de ellos en busca de un fin valioso, significada, representada a través de un categoría jurídica, la cual es un centro de imputación de derechos y deberes”<sup>346</sup>; así pues, este último autor identifica como persona no solo al hombre individual, sino al agrupado (dos formas existenciales).

En conclusión, para la doctrina civil nacional dominante, *persona* es el *ser humano* después de nacido: se identifica *persona* y *ser humano* sin diferenciación en lo jurídico.

Contemporáneamente –como ya lo destacamos líneas arriba–, se ha introducido en el Perú y en América Latina como formante jurídico el concepto de *persona* que tiene como base de su juridicidad la garantía de un apoyo cognitivo (una propiedad que se añade), la cual ante su ausencia se deja de ser persona. Creemos que este concepto de persona se alinea al que en la filosofía moral contemporánea y con gran impacto ha desarrollado el filósofo australiano Peter Singer<sup>347</sup> para quien el estatuto de persona solo se reconoce a quien además de tener la conciencia de sí mismo se une el ejercicio de la racionalidad. Dicho en otras palabras, es persona el portador de determinadas propiedades como racionalidad, autoconciencia, lenguaje, etc.; de aquí se sigue que ante la falta de esas propiedades se perderá la condición de ser persona.

---

<sup>343</sup> En la filosofía «persona» nombra al ser humano y viceversa, Cfr. Recasens Siches, Luis, “Persona”, en enciclopedia jurídica *Omeba*, 1991, pp. 95 y ss.

<sup>344</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las Personas*, p. 33, (el subrayado es nuestro). En su trabajo *La noción jurídica de Persona* sostuvo que “del teatro la palabra «persona» pasó a la filosofía para designar al hombre y ha saltado al Derecho para identificar al sujeto de los deberes y las facultades jurídicas”, p. 49.

<sup>345</sup> Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas*, p. 165.

<sup>346</sup> Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas*, p. 168.

<sup>347</sup> En la filosofía contemporánea es intenso el debate sobre el concepto de persona y su no identificación con el ser humano con amplias repercusiones prácticas (aborto, eutanasia, etc.). Véase al respecto, Singer, Peter, *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, trad. Yolanda Fontal Rueda, 1ª ed., Barcelona: Paidós, 1997, pp. 179 y ss.; el mismo, *Ética práctica*, trad. Rafael Herrera, 2ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Existe, pues, aún una profunda discusión sobre lo qué y quién es *persona* y su repercusión Derecho en general y en el Derecho penal<sup>348</sup> en particular.

### **3.1. Razones que identifican a todo hombre como persona: Todos los hombres son persona**

El concepto de *persona* tiene dividida a la humanidad en dos bandos antagónicos –y en esa línea (con no poca aceptación) va el concepto funcionalista de *persona*–, el de las personas y el de los hombres.

“De estos dos bandos desiguales sólo el de primera clase, o sea, el de las personas, es titular de derechos. Frente a él, el de los hombres, en su nueva condición de minucia sin valor, o al menos sin más valor que el chinche, la garrapata u otra especie biológica, es material disponible que se usa sin miramientos según sean las circunstancias. Si antes ‘persona’ era un manto de cobijo universal que cubría a todos los hombres sin salvedad ni distingo y dábales dignidad como fuente de derechos, ahora es un serio peligro. Los hombres que queden fuera de ese campo como escudo –locos, viejos con el mal que causa el transcurrir de los años, enfermos sin esperanza inconscientes e insensibles en el umbral de la muerte, niños para siempre niños con síndrome de Down, no nacidos y dormidos– deben echarse a temblar. No a temblar como metáfora, ese temblar que el viento causa en el mar, sino a temblar de verdad.”<sup>349</sup>

Esta cita que provoca bastante sobresalto debe darnos un indicativo de la problemática sobre la *persona*. Aquí no cabe la menor duda incluir el concepto jacobiano de persona –pese al destacado esfuerzo en afirmar que el enemigo de su descripción no carece totalmente de derechos– junto al discurso preventivista del Derecho penal del enemigo que *demoniza*<sup>350</sup> a determinados sujetos.

Si identificamos como persona al portador de determinadas cualidades o propiedades (racionalidad, autoconciencia, lenguaje o *presunción de fidelidad al derecho*) es fácilmente constatable que ante la pérdida de esas propiedades o una de ellas se dejará de ser persona.

De aquí que sea necesario ofrecer razones que permitan fundamentar la superación de una idea de persona con la constatación de determinadas

---

<sup>348</sup> Por ejemplo, Emiliano Borja halla el fundamento último de todo sistema penal “en la imagen y en la idea de ser humano, sujeto, individuo o persona que sea común a toda tradición cultural o civilización” y aún cuando su concepto de ser humano sea identificable con el de persona *en sentido amplio* y parta del hecho de la pertenencia a la especie biológica, su concepto se reduce al ámbito jurídico y de modo sorprendente da razón a Jakobs –en la última nota (193) de su monografía y luego de criticar el carácter ideológico de su sistema en páginas precedentes– al señalar que “[s]e ha dicho, y con razón, que los seres humanos adquieren la categoría de personas, entre otros, porque son susceptibles de adquirir responsabilidades ante la norma jurídica”, Borja Jiménez, Emiliano, *Acerca de lo universal y los particular en el Derecho penal*, pp. 181 y ss.

<sup>349</sup> Barco del, José, estudio introductorio “Teoría y práctica de la persona”, en Spaemann Robert, *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, p. 12 y s.

<sup>350</sup> Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho Penal» del Enemigo?”, p. 128; el mismo, “Internacionalización del Derecho Penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la *lucha jurídico-penal contra el terrorismo*”, p. 217.

propiedades.<sup>351</sup> No se trata de la búsqueda de un concepto conveniente, sino de la real identificación del ser persona con el ser hombre.

Robert Spaemann<sup>352</sup> ofrece seis razones para identificar a los hombres como personas:

1. Todos los hombres pertenecen a una relación genealógica, esto es, se hallan en una relación de parentesco, donde además “las relaciones y funciones biológicas fundamentales no son algo apersonal, sino relaciones y funciones específicamente personales”, por ejemplo, la relación madre-hijo, el comer o las relaciones sexuales. “La personalidad del hombre no es algo más allá de su animalidad, sino el medio de la realización de la persona”. Al participar de la vinculación genealógica, todos somos parientes y participamos de una recíproca relación personal, de una concreta comunidad personal.

2. El ser persona no es resultado de la adquisición de propiedades, es decir, no es un tránsito de *algo* a *alguien*. Las cualidades del ser persona se desarrollan a partir del trato a todos los hombres como alguien, están ya presentes. Así por ejemplo, una madre habla a su bebe no como algo, sino hablándole a *él*, como una persona igual a ella.

3. La falta de identificación racional de la intencionalidad de una acción realizada por alguien, por parte de otros, no significa que ella no exista. Del actuar racional del ser persona no se sigue que ello deba ser identificado y sirva para reconocer la personalidad. Es el caso de una persona que reconocemos como loco.<sup>353</sup>

4. Los disminuidos mentales son persona, pero persona que necesita ayuda, que necesita ser tenida por la humanidad y que suscitan lo mejor del hombre. Su aceptación por la humanidad no se dirige a sus cualidades (racionalidad y conciencia), en su lugar se dirige a él mismo, a su identidad, como ser persona.

5. Los niños también son personas, no son personas potenciales. Persona no es el resultado de un cambio o un desarrollo, sino de una generación, la estructura característica de un desarrollo. Es un alguien que pasa por diferentes etapas. “Persona *es* la substancia, porque es el modo como *es* el hombre”. Así decimos: “Yo nací aquél día” y no decimos: “aquél día nació algo de lo que yo procedo”.

6. La demanda por el respeto incondicionado a la persona procede de una persona determinada o varias personas determinadas, no de una regla general. Persona es el modo como son los individuos de la especie hombre, ocupando un lugar irrepetible en la comunidad de personas que llamamos humanidad y solo en esa posición son percibidos como personas por alguien que ocupan también un lugar semejante. “Para la condición del ser personal sólo puede y debe haber

---

<sup>351</sup> En el Perú se mueve en esa línea Polo Santillán, Miguel, “Bioética y persona en Peter Singer”, en *Escritura y Pensamiento*, Año VII, N° 14, 2004, pp. 61-78. También brevemente, Ortiz Lluca, Eduardo, “Los límites de la bioética consecuencialista. Un análisis de la propuesta de Peter Singer”, Cuaderno de Bioética, Vol. XIX, N° 67, Septiembre-diciembre, 2008, pp. 449-458. Recuperado de <http://www.aebioetica.org/rtf/04-BIOETICA-67.pdf>

<sup>352</sup> Spaemann, Robert, *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, pp. 227 y ss.

<sup>353</sup> La irracionalidad puede interpretarse dependiendo de un contexto determinado, es decir, podemos ser calificados de irracionales desde un punto de vista distinto. Es, pues, contingente.

un criterio: la pertenencia biológica al género humano (...). El ser de la persona es la vida del hombre.”<sup>354</sup>

Efectivamente, el principio del respeto por alguien no proviene del reconocimiento de determinados atributos conceptuales o propiedades, de un concepto construido, sino de alguien real. Eso nos hace ver que la importancia del reconocimiento de todos los hombres como persona radica en que en ella se fundamenta la dignidad del hombre.

“Esa dignidad se fundamenta en el carácter personal del hombre. Pero la independencia de la persona depende de que a ningún hombre le corresponde juzgar si otro hombre posee o no los rasgos fundamentales de la personalidad. Los derechos humanos dependen del hecho de que nadie tiene la prerrogativa de definir el círculo de aquellos a quienes corresponden o dejan de corresponder. Esto significa que, aunque se fundamenten en el carácter de persona del ser humano, se deben reconocer para todo ser que descende del hombre y a partir del primer momento de su existencia natural, sin que sea lícito añadir cualquier criterio adicional.”<sup>355</sup>

La formulación de la definición de la personalidad –y de cualquier sector de la realidad objetiva– debe adentrarse a la comprensión cabal del hombre –y del mundo– y no limitarse a una parte de él o a ciertas propiedades.

El conocimiento que dispone el hombre es un reflejo del mundo objetivo, pero no se trata de un reflejo mecánico y estático, sino de un reflejo que recoge las propiedades del mundo cambiante. El conocimiento nace de la realidad objetiva. De aquí que los principios, ideas o conceptos no son evocaciones o construcciones arbitrarias que adquirimos en el transcurso de la vida, sino que se hallan en el mismo mundo y que hay que descubrir a través de la razón. Al respecto Engels sostenía:

“[L]os principios no son el punto de partida de la investigación, sino su resultado final, y no se aplican a la naturaleza y a la historia humana, sino que se abstraen de ellas; no es la naturaleza ni el reino del hombre los que se rigen según los principios, sino que éstos son correctos en la medida en que concuerdan con la naturaleza y la historia.”<sup>356</sup>

Los conceptos que influyen a la humanidad se derivan de las *relaciones sociales concretas*, esto es, de la interacción de los sujetos particulares en el que cada uno se reconoce como igual. Si esto no ocurrió en la antigüedad –Roma por ejemplo– es porque “no habían descubierto la comunidad personal”. Ahora estamos en un estadio de desarrollo a causa de nuestras tragedias en el que difícilmente no podríamos darnos cuenta de ello. Así, el enunciado normativo “*no lesionar*” no es un *no lesionar en general*, sino un *no lesionar a alguien en particular*. La identidad del ser persona del hombre con su modo de ser humano es el fundamento último de la prohibición de no dañar *a alguien*. Nos relacionamos

---

<sup>354</sup> Spaemann, Robert, *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, p. 236.

<sup>355</sup> Spaemann, Robert, *Lo natural y lo racional* (Sobre el concepto de una naturaleza del hombre), trad. D. Innerarity y J. Olmo, Madrid: Rialp, 1989, pp. 49 y s.

<sup>356</sup> Engels, F., *Anti-Dühring, La subversión de la ciencia por el señor Eugen Dühring*, trad. Manuel Sacristán Luzón, 2ª ed., México, D.F.: Editorial Grialdo, 1968, p. 22.



como persona entre personas y no con una propiedad de otro o con una simple entidad abstracta que ejecuta un rol.

El reconocimiento de que todos somos persona significa además reconocer nuestro ser *comunitario* que alcanza toda relación entre los miembros que están en un grupo humano y entre cada grupo humano con relación a otro grupo humano. El reconocimiento de nuestro carácter comunitario se asienta, precisamente, en el hecho de que pertenecemos a una relación genealógica o parental, el género humano.

Existe, pues, una estructura real o material que debe respetarse.<sup>357</sup> El derecho podrá efectuar diferenciaciones e imponer tales diferenciaciones, pero no puede obligar éticamente. Normas que diferencian entre personas y no personas serán solo expresión del poder en forma de derecho positivo, pero de ningún modo derecho que obligue y que, por tanto, debamos acatar, sino desobedecer.

Con todo, la identificación persona y ser humano debe mantenerse y ser respetada por el Derecho penal y el ordenamiento jurídico en su conjunto.

### **3.2. Manifestación del ser persona en el derecho: ¿Quién es persona? y ¿qué es persona?**

Hemos hecho referencia que dentro del concepto clasificatorio de *sujeto de derecho* se encuentra el ser humano después de nacido (persona natural). *Sujeto de derecho* es ante todo un concepto valorativo y no un sustrato biológico. Sujeto de derecho es, pues, un centro de imputación de deberes y derechos, en definitiva una categoría normativa. Este concepto es permisible y útil para la teoría jurídica; permisible, porque no impide identificar persona con ser humano u hombre y; útil, puesto que coopera como concepto operativo-clasificador – dentro de él– de otros sustratos.

Aún así es necesario que identifiquemos no solo como persona al ser humano después de nacido, sino también a que aún esta por nacer. La única justificación de no reconocer como persona al concebido es por cuestión de clasificación o distinción práctica, pero no esencial.

Toca ahora alcanzar la asimilación del ser persona como el modo de ser del hombre en el plano jurídico. Presentar al ser humano y su personalidad como pauta normativa de cumplimiento.

---

<sup>357</sup> Autores como Raúl Zaffaroni exigen al derecho el respeto a determinados datos ópticos del mundo: “*El respeto a las estructuras reales del mundo es una condición de cualquier derecho que pretenda tener alguna eficacia sobre éste*”, Zaffaroni, Raúl, *Derecho Penal-Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires: EDIAR, 2002, pp. 95. Y ya anteriormente Hans Welzel señalaba que “[e]l legislador no sólo se encuentra vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino también a determinadas estructuras lógicas en el objeto de regulación, la cual, si no las tiene en cuenta, ha de ser necesariamente falsa” –refiriéndose a la actividad teleológica del hombre–, Welzel, Hans, *Derecho natural y justicia material*. Preliminares para una filosofía del Derecho, trad., F. González Vicén. Madrid: Aguilar, 1957, p. 258; el mismo, “Derecho natural y positivismo jurídico”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006, pp. 194 y ss. En este último texto Welzel destaca que existe un principio material inmanente que toda disposición estatal no debe violar so pena de volverse nula, no obligatoria y perder su juridicidad: la autonomía ética del prójimo (el hombre no puede ser tratado como cosa).

Una diferenciación es posible sin que se dé puertas abiertas a negar personalidad a todo hombre: El “concepto de persona” y el de “la persona misma”. Carlos Fernández Sessarego en 1962 en su obra “*La noción jurídica de persona*”<sup>358</sup> precisó lo siguiente:

“Es posible distinguir los dos planos: el del «concepto de persona» y el de «la persona misma» que es el hombre en cuanto objeto. El concepto jurídico de persona es el ángulo para acceder a la persona en tanto que objeto.

Hemos respondido a la pregunta ‘*quién es persona*’. Y la respuesta ha sido: el hombre en su dimensión de coexistencia, realizando o dejando de realizar determinados valores. Pero este hombre es aprehendido, jurídicamente, a través de una construcción lógico-normativo, mediante la cual se describe y regula la conducta humana intersubjetiva.

El hombre que es persona (...) es aprehendido, en cuanto persona, a través de la normatividad. Es en el plano de la normatividad donde se regulan y describen sus derechos y sus deberes, y a él tenemos que referirnos para aprehender al hombre en cuanto persona del Derecho.

(...) el concepto de persona, el ‘qué’ es persona, tenemos que encontrarlo en el plano de la normatividad. Y este concepto de persona (...) es una unidad de una pluralidad de normas, un centro conceptual de imputación de deberes y facultades. Pero este centro ideal tiene forzosamente un correlato objetual que es la conducta humana intersubjetiva, realizando o dejando de realizar valores.”

Y así concluye:

“La noción de persona se despliega así a través de dos preguntas: ‘*quién*’ es persona y ‘*qué*’ es persona. A la primera, al ‘*quién*’ tenemos que contestar: el hombre; a la segunda, al ‘*qué*’, *tenemos que responder diciendo que es un centro ideal de imputación de deberes y facultades normativas cuyo correlato objetual es el hombre*”.

El jurista sanmarquino bajo la influencia de la filosofía existencial y del personalismo comprende a la persona como protagonista del derecho,<sup>359</sup> de esa manera, desecha las teorías monistas o unilaterales de persona –puramente normativas y ópticas–, así como las eclécticas, llegando a una síntesis, a una función real-normativa ante la pregunta *¿Es persona simplemente una formalidad ideal, algo construido, como la “mascara” o la personalidad significa un sustrato, como sería el propio actor que encarna el personaje?*<sup>360</sup>

<sup>358</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de Persona*, pp. 178 y s., y reiterado en la 2ª ed. de 1968, por la misma casa editorial.

<sup>359</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona. Introducción a la Teoría del derecho*, 4ª ed., revisada y aumentada, Lima: Grijley, 2001, p. 79 y ss.

<sup>360</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de persona*, p. 53 y en la ed. de 1968, p. 55. Su respuesta es que sólo el hombre es persona como objeto de aprehensión, es decir, el *quién es persona* y ello bajo la luz del idealismo filosófico existencialista.

Desde una perspectiva reciente, los mismos cuestionamientos. “[E]n primer lugar, debe indagarse acerca de si para el Derecho penal es sostenible un concepto puramente normativo de persona, pero en segundo lugar, (...) si el sustrato que en todo caso habrá de quedar tras el despojo a alguien de la condición de [...] persona, esto es, el hombre empírico del campo de la experiencia

En dicha obra, se vislumbra ya la actual problemática y respuesta en torno al *concepto y contenido de persona*. La respuesta para este autor es que persona no sólo es una formalidad, sino también el *ser humano*.

“Un análisis ontológico-existencial nos lleva forzosamente a concluir que sólo el hombre es persona (...). Sin embargo, esta afirmación, que tiene raíz filosófica, no nos puede llevar a desconocer que el Derecho también es norma y, que por ende, la persona, que es hombre, debe tener su correlato normativo.”<sup>361</sup>

Desde esta perspectiva, todos y únicamente los seres humanos merecen la calificación de *persona*.<sup>362</sup>

En efecto, *persona* puede ser tomada como un *concepto* normativo y *ser humano* como un *sustrato existente* –el objeto de aprehensión–, pero sin dejar de señalar a la vez que sólo él es persona y todo ser humano es persona. La aprehensión del ser persona en el plano de la normatividad optimiza en forma de obligación o mandato jurídico el respeto de todos como persona en su integridad.

El derecho –un derecho que pretende ser legítimo– se dirige así a la individualidad<sup>363</sup> del modo de ser de las personas, a su desarrollo histórico-individual dentro de una sociedad real marcado por sus desventuras y alegrías, pues solo él es capaz de cumplir la norma y la medida de la exigencia, esto es, de vinculación a un deber está en función de su desarrollo y capacidad individual. Es por ello, que la individualidad materialmente desigual y no la formalidad de una igualdad de derechos y deberes exige una especial protección. No cabe duda, la razón que tiene Fernández Sessarego al afirmar que, “la tutela de la persona humana, en su dimensión coexistencial, es incuestionablemente, la misión esencial del derecho.”<sup>364</sup>

---

(...), no será portador ya de cualidades inmanentes de una negación de validez y de legitimidad a toda actuación sobre él que violente tales cualidades. Si así fuera, entonces no cabría conceder espacio alguno al Derecho penal del enemigo”, Gracia Martín, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”, pp. 408 y ss.

<sup>361</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de persona*, pp. 176 y s. En una línea de similar sentido, en torno a la fusión de realidad y valor, Gracia Martín, Luis, “El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito”, en *RECPC*, 06-07 (2004), pp. 4 y s. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>

<sup>362</sup> Fernández Sessarego, Carlos, “*Qué es ser «persona» en Derecho?*”, en *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho, N° 54, Perú, 2001 p. 328.

<sup>363</sup> En ese mismo sentido, Gracia Martín, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”, para este autor “[e]l Derecho penal no tiene como destinatario a la persona jurídica, esto es, entendida como una construcción normativa, sino al hombre, entendido como individuo humano, entonces no debe ser posible fundamentar legítimamente ningún ‘Derecho penal del enemigo’, esto es, ningún derecho diferente y excepcional”, pp. 418 y ss.: el mismo, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, pp. 120 y ss. Igualmente, Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, sostiene que “[l]a consagración positiva de una ontología regional del hombre (...) impone la *consideración del hombre como persona*. Por persona debe entenderse la calidad que proviene de la capacidad de autodeterminarse conforme a un sentido”, p. 21.

<sup>364</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y Persona*, 2ª ed., Trujillo: Normas Legales S.A., 1995, p. 81.

### 3.3. Evaluación del concepto de persona de la Teoría del Derecho penal del enemigo

Resulta evidente que el *ser persona* en el funcionalismo jurídico-penal es un atributo, una propiedad cuantificable, mejor dicho un predicado del hombre, que como consecuencia se puede perder. En ese ámbito –que los defensores del Derecho penal del enemigo llaman– de lo *limitado, relativo y puntual* unos hombres quedan reducidos a simples manifestaciones de una especie biológica peligrosa confundible entre otras muchas. Y esto no es posible mantener, sobre todo cuando esta diferenciación tiene una fundamentación *irreal* (*Infra* Capítulo IV. 4).

En contraste, la identificación de persona con el ser humano no solo se limita a una cuestión ontológica y descriptiva, sino que este reconocimiento es por fuerza normativo, es decir, que ante una situación social desagradable expresado en una diferenciación real, se impone el deber dirigido a las instituciones sociales de cambiar dicha situación. No se basa, pues, en una actitud meramente contemplativa del hombre, sino que la realidad del ser persona debe ofrecer la posibilidad concreta e inmediata de resolver problemas a nivel individual y social.

El concepto de persona que ofrecemos no es un postulado de buenos deseos, una decisión arbitraria o un juego mental. Tampoco depende del contexto. *El reconocimiento de todos los hombres como persona no es un gusto nuestro como decir que ciertas cosas o animales sean persona, sino que tiene una realidad material y objetiva: el hecho de pertenecer a una comunidad genealógica.* No hacemos el ridículo afirmando la personalidad de cada ser humano.

Es por el contrario ridícula y chocante la ilustración de Jakobs<sup>365</sup> de la despersonalización como de-personalización que no es total, sino parcial. El ejemplo extremo de que al preso de Guantánamo le queda “todavía” la vida y su integridad física y que, por ello, solo “casi” se le niega todo derecho es una verdadera ironía.

### 3.4 El enemigo y de nuevo Kant

Al inicio de la segunda sección del libro *Sobre la paz perpetua* y en la nota a pie de página respectiva, Kant señaló que la permanencia de un hombre o un pueblo en el *statu iniusto* priva de la seguridad necesaria al estado *civil-legal*. En esa situación, “cada uno puede considerarlo como enemigo” y “yo puedo obligarle [ich kann ihn nötigen] a entrar en un estado comunitario-legal o apartarlo del vecindario”.

Sin duda existe la *posibilidad* –según el filósofo– de tratar a una persona como enemigo, la forma de ese tratamiento es la coacción (obligarle a entrar al estado civil-legal o excluirlo). Pero de ello no se sigue que el tratamiento como enemigo sea algo necesario. Lo que sí *debe ser instaurado* como mandato de la razón es el estado *civil-legal*.

Creemos que es preciso encontrar el *telos* del texto de Kant. *Sobre la paz perpetua* busca establecer un programa jurídico para la paz mundial entre los

---

<sup>365</sup> Jakobs, Günther, “En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal del enemigo”, p. 31

Estados *republicanos* y así evitar la guerra. En principio, la razón obliga a salir del estado de naturaleza o estado de guerra, por ello, el estado civil-legal *debe ser* instaurado, *igualmente*, la relación entre Estados puede llevar a la guerra y, por ello, entre ellos *debe* establecerse leyes.

“Los Estados con relaciones recíprocas entre sí no tienen otro medio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conduce a la guerra, que el de consentir leyes públicas coactivas, de la misma manera que los individuos entregan su libertad salvaje (sin leyes), y formar un *Estado de pueblos (civitas gentium)* que (siempre, por supuesto, en aumento) abarcaría finalmente a todos los pueblos de la tierra.”<sup>366</sup>

Este esfuerzo de lograr la paz mundial no se puede hacer con la sola la voluntad general. Kant pone como ejemplo la constitución republicana (*forma regiminis*) como la forma de gobierno más óptima –considerada por algunos como un Estado de *ángeles*–, a la que los hombres no están capacitados por sus tendencias egoístas. Es entonces cuando la *naturaleza* llega en ayuda de la voluntad general.

Kant en el *Suplemento primero* trata de la garantía (algo que se puede y debe pensar) de la paz perpetua:

“Quien suministra esta *garantía* es, nada menos, que la gran artista de la *naturaleza (natura daedala rerum)*, en cuyo curso mecánico brilla visiblemente una finalidad: que a través del antagonismo de los hombres surja la armonía, incluso contra su voluntad.”<sup>367</sup>

La razón impone (como deber) salir del estado de guerra; y la *naturaleza*, sin imponer ningún deber, querámonoslo o no, favorece ese propósito. Resulta significativa la confianza de Kant en la *naturaleza*: “El problema del establecimiento del Estado tiene solución, incluso para un pueblo de demonios, por muy fuerte que suene (siempre que tengan entendimiento).”<sup>368</sup>

Tratemos ahora de responder los cuestionamientos que nos hicimos *supra* (Capítulo III. 4.1):

¿Es una necesidad o presupuesto incondicional tratar como enemigo al individuo peligroso? Parece que no. En cambio en Jakobs, la seguridad cognitiva es un presupuesto necesario y esencial para la constitución y viabilidad del Estado de derecho. El tratamiento como enemigo, es decir, las normas positivas para el enemigo son presupuestos de la juridicidad del sistema de derecho. Se trata de una *conditio sine qua non*. Sin ellas el Estado se viene pique.

¿Es un Estado de ángeles aquel que no incluye medidas de pura coacción para delincuentes peligrosos? Parece que no. Jakobs cree, por el contrario, que un Estado sin normas de Derecho penal del enemigo es un estado ideal, postulado, sin realidad alguna, es una cómoda ilusión.

¿El trato como enemigo de quien está en estado de naturaleza es permanente? Parece que no. Para Jakobs el trato como enemigo, es decir, recurrir a la

---

<sup>366</sup> Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, pp. 25 y s.

<sup>367</sup> Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, p. 31.

<sup>368</sup> Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, p. 38.

coacción pura es una medida necesaria y, por tanto, permanente, ya que el estado no puede bajar la guardia frente a los ataques a su configuración.

¿No existe realmente una garantía *externa* de que el estado de naturaleza termine? Parece que sí. Para Jakobs el concepto de Estado de derecho debe alcanzar su realización, y esto depende de una prestación de sus *proprios* ciudadanos.

En Kant al parecer el tratamiento de un hombre como enemigo es una posibilidad y no un mandato. Pese a lo difícil de constituir una *república* –la mejor forma de gobierno– Kant confía en la naturaleza como ayuda de la racionalidad de la voluntad general.

Dejemos por último esta cita:

“Esto significa que la naturaleza *quiere* a toda costa que el derecho conserve, en último término, la supremacía.”<sup>369</sup>

¿Es posible hacer una diferenciación sobre quién es persona, si antes no se ha dicho nada sobre qué es el hombre? Parece que no. El punto de partida de Jakobs es que *persona* es una estructura normativa, la representación de una competencia social (rol), y que precisa de una cimentación cognitiva para alcanzar su realidad y no limitarse a ser pura normatividad. El hombre o ser humano y su subjetividad queda de lado en el entorno, algo que no tiene relevancia para la sociedad que está, al igual que la persona, constituida por normas.

¿Qué lugar tiene *Sobre la paz perpetua* en relación al enemigo y persona con la dificultad de conocer la naturaleza del hombre como se plantea en la *Antropología en sentido pragmático* y en relación al estado de naturaleza en la *Metafísica de las costumbres*?

Al inicio de la *Antropología en sentido pragmático* Kant pone de relieve como una cuestión de gran importancia el conocer al hombre:

“*Todos los progresos de la cultura a través de los cuales se educa al hombre tienen el fin de aplicar los conocimientos y habilidades adquiridas para emplearlos en el mundo; pero el objeto más importante del mundo a que el hombre puede aplicarlos es el hombre mismo, porque él es su propio fin último. El conocerle, pues, como un ser terrenal dotado de razón por su esencia específica, merece llamarse particularmente un conocimiento del mundo, aun cuando el hombre solo constituya una parte de las criaturas terrenales.*”<sup>370</sup>

Una ciencia como la *antropología* busca responder a la pregunta qué es hombre, como hombre que actúa libremente (en sentido pragmático). Y es una pregunta que apunta a conocer un objeto que a la vez de ser el objeto más importante del mundo implica un conocimiento del mundo. Pero el conocimiento de hombre, sin duda entraña dificultades, no por nada el saber cuál es la naturaleza del

---

<sup>369</sup> Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, p. 39.

<sup>370</sup> Kant, Immanuel, *Antropología en sentido pragmático*, trad. J. Gaos, Madrid: Alianza Editorial, 1991, p. 7.

hombre, y también la personalidad, sea actualmente un debate intenso en la filosofía.

*“Pero a todos los ensayos que se hagan para llegar con fundamento sólido a una ciencia semejante se oponen considerables dificultades, dimanantes de la propia naturaleza humana.”*<sup>371</sup>

Pues bien, la naturaleza del hombre entraña dificultades. Aún así, en la *Metafísica de las costumbres* (1797) –donde se trata de los principios metafísicos de la *doctrina del derecho* y principios metafísicos de la *doctrina de la virtud*– Kant ofrece una idea –bastante citada– de persona: “Persona es el sujeto, cuyas acciones son imputables” y también de derecho –“el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”–.

Pero un año más tarde en la *Antropología* (1798) ofrece otra:

“El hecho de que el hombre pueda tener una representación de su yo le realza infinitamente por encima de todos los demás seres que viven sobre la tierra. Gracias a ello es el hombre una persona...”<sup>372</sup>

Retornando a *Sobre la paz perpetua* y el trato a un hombre o a un Estado en estado de naturaleza conviene mirar la *Metafísica de las costumbres*:

“Puesto que el estado de naturaleza de los pueblos, igual que el de los hombres individuales, es un estado del que se debe salir para entrar en un estado legal, antes de este acontecimiento todo derecho de los pueblos y todo lo mío y tuyo externo de los Estados, que se adquiere y conserva mediante la guerra, es únicamente provisional, y sólo en una asociación universal de Estados (análoga a aquélla por la que el pueblo se convierte en Estado) puede valer perentoriamente y convertirse en un verdadero estado de paz. Pero como la extensión excesiva de tal Estado de naciones por amplias regiones tiene que hacer imposible al final su gobierno y con ello también la protección de cada miembro, y como una multitud de tales corporaciones conduce de nuevo, sin embargo, a un estado de guerra, la paz perpetua (el fin último del derecho de gentes en su totalidad) es ciertamente una irrealizable. Pero los principios políticos que tienden a realizar tales alianzas entre los Estados, en cuanto sirven para acercarse continuamente al estado de paz perpetua, no lo son, sino que son sin duda realizables, en la medida en que tal aproximación es una tarea fundada en el deber y, por tanto, también en el derecho de los hombres y de los Estados.”<sup>373</sup>

“Ahora bien, la razón practico-moral expresa en nosotros su reto irrevocable: no debe haber guerra: ni guerra entre tú y yo en el estado de naturaleza, ni guerra entre nosotros como Estados que, aunque se encuentran internamente en un estado legal, sin embargo, exteriormente (en su relación mutua) se encuentran en un estado sin ley; –porque éste

---

<sup>371</sup> Kant, Immanuel, *Antropología en sentido pragmático*, p. 9.

<sup>372</sup> Kant, Immanuel, *Antropología en sentido pragmático*, p.15.

<sup>373</sup> Kant, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill, 4ª ed., Madrid: Tecnos, 2005 (reimpresión 2008), pp. 190 y s.

no es el modo en que cada uno debe procurar su derecho. Por tanto, la cuestión no es ya la de saber si la paz perpetua es algo o es un absurdo, y si nos engañarnos en nuestro juicio teórico si suponemos lo primero; sino que hemos de actuar con vistas a su establecimiento como si fuera algo que a lo mejor no es, y elaborar la constitución que nos parezca más idónea para lograrla (tal vez el republicanismo de todos los Estados sin excepción) y acabar con la terrible guerra, que es el fin al que, como su fin principal, han dirigido hasta ahora todos los Estados sin excepción sus disposiciones internas. Y aunque esto último –lo que concierne al cumplimiento de este propósito– quedará como un deseo irrealizable, no nos engañaríamos ciertamente al aceptar la máxima de obrar continuamente en esta dirección; porque esto es un deber.”<sup>374</sup>

Estas dos largas citas nos muestran que la inseguridad que dan los hombres en estado de naturaleza y, sobre todo los Estados entre sí sin leyes, difícilmente va a terminar, y por ello, la paz perpetua es irrealizable. De todos modos, a esa dirección se *debe* apuntar.

La confianza en la razón y el salir del estado de naturaleza, pese al actuar egoísta, muestra justamente el hecho de que nosotros hayamos salidos del estado de naturaleza por mandato de la razón y que entre los Estados hayamos establecidos leyes para evitar la guerra, es prueba de la viabilidad y eficacia de las leyes de respeto a los derechos humanos. Ese algo –ya como destino, providencia o naturaleza– que nos mueve a organizarnos, igualmente, hará que los pueblos salgan de dicho estado. Incluso de aquellos que son como demonios pueden salir de ese estado, pues poseen razón. Pues como dice el Filósofo al inicio de su *Metafísica*: “Todos los hombres por naturaleza desean saber”<sup>375</sup>.

Pero, la condición para la salida del estado de naturaleza no debe perder de vista las *condiciones* en que se hallan todos los pueblos actualmente.

#### **4. La escenificación del riesgo: ¿Son los actos terroristas y las organizaciones terroristas los que erosionan la seguridad de las instituciones básicas de la sociedad?**

El sociólogo alemán Ulrich Beck en su libro *La Sociedad del riesgo mundial*<sup>376</sup> (2007) –mucho más profundo que la *Sociedad del Riesgo* (1986), que suscitó la discusión en torno al “Derecho penal del riesgo”, y *World Risk Society*<sup>377</sup> (1999) (*La sociedad del riesgo global*)– precisa la diferenciación entre *riesgo* y *catástrofe* –el primero como la anticipación de la catástrofe, esto es, un acontecimiento futuro con posibilidad de presentarse y amenazar y, el segundo, como suceso definido espacio-tempo-socialmente–. Sobre la base de ellas, al resolver preguntas sobre cómo el presente «fabrica» catástrofes futuras o por qué vías el riesgo adquiere el predicado de «real» se introduce un nuevo concepto: la *escenificación del riesgo mundial*.

---

<sup>374</sup> Kant, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, p. 195.

<sup>375</sup> Aristóteles, *Metafísica*, trad. Tomás Calvo, Madrid: Gredos, 1994 (1ª reimpresión 1998), p. 69 (Libro I, Capítulo primero).

<sup>376</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, trad. Rosa S. Carbó, Barcelona: Paidós, 2008.

<sup>377</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, trad. Jesús Alborés Rey, Madrid: Siglo xxi editores, 2002.



El riesgo mundial es la *escenificación de la realidad* del riesgo mundial.<sup>378</sup> La *escenificación*, es decir, *el hacer presente un riesgo mundial* posibilita que *el futuro de una catástrofe sea actual*. Esta idea permite comprender la capacidad generadora de riesgos globales (ecológicos, tecnológicos o financieros) dentro de los cuales está el riesgo del terrorismo; en este último supuesto la escenificación vendría a ser el producto de la deliberada fabricación de la posibilidad real de un peligro terrorista global. Además, viabiliza la *identificación* del real responsable de la erosión de la seguridad de los ciudadanos y de las instituciones.

Beck destaca al respecto:

“El acento sobre la perspectiva de la escenificación también permite visualizar un aspecto hasta ahora poco discutido del conflicto terrorista mundial. Formulado de manera algo provocativa: lo que destruye las instituciones occidentales de la libertad y la democracia no es el acto terrorista, sino la escenificación global de mismo, así como las subsiguientes anticipaciones, acciones y reacciones políticas. La restricción de las libertades (...) no es simplemente consecuencia de catástrofes efectivas como, por ejemplo, actos terroristas. Es producto de dichas experiencias y *de su anticipación globalizada*, esto es, del intento de impedir que tales acontecimientos se produzcan en el futuro en cualquier lugar del mundo. Bin Laden y sus redes adquieren importancia política mundial sólo cuando se da toda una serie de condiciones que facilitan su resonancia y presencia pública.”<sup>379</sup>

De aquí que se advierta una complicidad involuntaria de los gobiernos y los *mass media* al fomentar sin querer al terrorismo global. Una autoamenaza, ¿cómo comprenderla? Beck –distinguiendo una primera y segunda modernidad– presenta el esquema de “modernización reflexiva” (teoría de la modernidad reflexiva), esto es, “la modernización radicalizada [de la segunda modernidad] socava los fundamentos de la primera modernidad y transforma su marco de referencia, frecuentemente de un modo que no se deseaba ni se preveía.”<sup>380</sup> Los rasgos básicos de la primera modernidad –pautas colectivas de trabajo, progreso y controlabilidad, pleno empleo y explotación de la naturaleza en el marco de la sociedad de estado-nación– son socavados por sus propias consecuencias imprevistas –globalización, individualización, revolución de géneros, el subempleo y los riesgos globales (ecológicos y financieros)–. Dicho de otro modo, son, precisamente, las victorias de la primera modernización las que desafían a la sociedad de la segunda modernidad; si la modernidad nos ofreció la idea de tener el control, ahora esto es dudoso. En igual sentido ocurre con la *escenificación del riesgo terrorista*: es la misma sociedad occidental la que involuntariamente torpedea sus propias instituciones.

“Pues bien, si admitimos que el terrorismo transnacional pone en cuestión los fundamentos de ciertos controles de la seguridad de los Estados nacionales (como la libertad o la democracia), no podemos pasar por alto la parte de la *escenificación* del peligro terrorista: el cuestionamiento de las instituciones de control de los Estados nacionales

---

<sup>378</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, pp. 27.

<sup>379</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, pp. 28.

<sup>380</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, p. 2.

es –también– consecuencia indirecta sin querer de la escenificación mediática y política del terrorismo como *peligro global*, que se ha apoderado de las mentes de la gente (...).<sup>381</sup>

Ahora, al igual que Chomsky advertía, la llamada “guerra contra el terrorismo” presentaba en la escena mundial a un terrible enemigo a quien combatir. Esto sin duda motivaba *un actuar*, así lo hizo el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creando el *Comité contra el terrorismo* luego del 11S y las sucesivas resoluciones de la ONU antes y después de los atentados.<sup>382</sup> En efecto, “la anticipación escenificada de destrucciones y catástrofes hace de la prevención un deber.”<sup>383</sup> Obligado por un falso deber, el Estado crea normas excepcionales que son las que verdaderamente amenazan las libertades civiles.<sup>384</sup> Ejemplo de esta necesidad de prevenir son las leyes que anticipan la barrera de punibilidad y todo el marco jurídico-positivo denominado Derecho penal del enemigo.

Con todo, no significa que los riesgos globales (explosión nuclear o siniestro ecológico), entre ellos los de tipo terrorista, no existan, sino que –además de no ser una magnitud medible objetivamente– dependen de la percepción y valoración cultural de uno mismo (*clash of risk cultures*) y de la escenificación.<sup>385</sup> No hay que apelar a la realidad externa;<sup>386</sup> y, debido a ello la diferencia entre *riesgo* y *percepción cultural* del riesgo se desvanece.

El sociólogo alemán lo ilustra del siguiente modo:

“Así, la fe en el riesgo predominante entre europeos se aleja mucho de la fe en el riesgo del actual gobierno norteamericano. Para los europeos, riesgos como el cambio climático y las amenazas de los movimientos financieros globales son asuntos (de fe) mucho más importantes que el

---

<sup>381</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, p. 29.

<sup>382</sup> Véase al respecto el Capítulo II de la presente investigación.

<sup>383</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, p. 29.

<sup>384</sup> Véase al respecto Cancio Meliá, Manuel, “*Terrorismo y derecho penal: la engañosa pesadilla de la prevención*”, (Artículo periodístico), *El mundo*, 20 de septiembre de 2008, León/opinión, Tribuna Libre., haciendo suyas las palabras de Lord Hoffmann indica: “«[la regulación excepcional] ...no es compatible con nuestra constitución. La verdadera amenaza a la vida de nación...no proviene del terrorismo sino de leyes como estas. Ésta es la verdadera medida de lo que el terrorismo puede llegar a lograr. Es el parlamento quien debe decidir si otorga a los terroristas tal victoria.»”

<sup>385</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, pp. 31 y s. y con más detalle en pp. 103 y ss.

<sup>386</sup> Bentham anticipaba esta formulación en su tiempo: “La alarma ó temor que inspiran los diversos delitos, es susceptible de muchísimos grados, desde la inquietud hasta el terror. Pero lo más ó menos de la alarma ¿no depende de la imaginación, del temperamento, de la edad, del sexo, de la posición y de la experiencia? ¿se pueden calcular de antemano unos efectos que varían por tantas causas? En una palabra, ¿tiene la alarma una marcha bastante regular para poder medir sus grados? Aunque todo lo que está sujeto á la imaginación, una facultad tan móvil y tan caprichosa en la apariencia, no puede reducirse á una exactitud rigorosa, sin embargo la alarma general producida por los diversos delitos, sigue unas proporciones bastante constantes, que es posible determinar.” En el *Comentario* de Ramón Salas –el traductor– que sigue a continuación, se recuerda que “es imposible dar una medida exacta de los grados de alarma: pero estos grados en general son proporcionados á las circunstancias de los delitos, aunque estas circunstancias mismas no inspiren el mismo grado de alarma á cada individuo”, Bentham, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, trad. Ramón Salas, T. IV, México D. F.: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004, Capítulo IV, pp. 20-23. Aunque el filósofo inglés valore este mal de segundo orden o alarma en la medida de la pena, ya nos permiten ver a través del carácter de dicha alarma que ésta puede ser construida.

peligro terrorista. Mientras desde la óptica de muchos americanos los europeos sufren una histeria del medio ambiente y la «comida Frankenstein», a los americanos les aqueja, a ojos de muchos europeos, la histeria terrorista.”<sup>387</sup>

El resultado de esta escenificación en el hombre es la generación de miedo, de un estado de inseguridad, pánico (la expectativa del acto terrorista). El miedo se traduce en un factor fatal, pues los “grupos de riesgo” o “personas de riesgo” pasan a ser no personas con la correspondiente limitación de sus derechos fundamentales. Beck enfatiza que el riesgo divide, segrega; la escenificación lleva a construir socialmente la realidad, elaborando nuevas formas perceptivas y comunicativas.<sup>388</sup> En resumidas cuentas, “el futuro de los posibles atentados se hace presente en el presente y despliega (...) su «nunca más».”<sup>389</sup> Todavía más, la escenificación del riesgo terrorista deriva en la *deslimitación* del estado de excepción<sup>390</sup>.

Justamente, el resultado de los brutales atentados terroristas del 11S fue la percepción de ataques inminentes, esto es, de la escenificación del terror. La imagen de la inseguridad se percibía, de ese modo, como real, lo que indudablemente derivaba en la imposibilidad de efectuar “un plan de vida común”. El mismo Estado se encargaba de difundir el miedo trayendo consigo, mejor dicho haciendo actuales, sus consecuencias en la relaciones sociales.

“La globalización del peligro terrorista se manifiesta, por lo tanto, en primer lugar como globalización de la *expectativa* de atentados posibles en casi cualquier punto de la Tierra y en cualquier momento. Esta expectativa tiene profundas consecuencias en el derecho, el ejército, la libertad, la vida cotidiana de la gente, la estabilidad del orden político de

---

<sup>387</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, p. 110.

El contraste de percepciones se puede incluso encontrar entre los políticos y la comunidad académico-estudiantil norteamericana. Por ejemplo en un artículo realizado por el portal web *Campus Reform* que incluía entrevistas a estudiantes de la universidad de Harvard puso de relieve que tales estudiantes veían a los Estados Unidos como una mayor amenaza para la paz que a los terroristas radicales del Estado Islámico (ISIS). Así señalaban:

– “As a western civilization we’re to blame for a lot of the problems that we’re facing now,”

– “I don’t think anyone would argue that we didn’t create the problem of ISIS, ourselves.”

Caleb, Bonham, “VIDEO: Harvard students claim America is a bigger threat to peace than ISIS”, *Campus Reform*, 07 de octubre de 2014. Recuperado de <http://www.campusreform.org/?ID=5962>

Por otro lado, la ex secretaria de Estado norteamericana Hillary Clinton presentaba al Estado Islámico como la mayor amenaza para los Estados Unidos, incluso peor que Al-Qaeda.

– “It’s a serious threat because this is the best-funded, most professional, expansionist jihadist military force that we have ever seen.”

– “This is far more advanced and far richer than al-Qaeda ever was.”

Anne, Gearan, “Clinton says Islamic State militants are worse than al-Qaeda”, *Washington Post* 08 de octubre de 2014. Recuperado de [http://www.washingtonpost.com/politics/clinton-says-islamic-state-militants-are-worse-than-al-qaeda/2014/10/08/20244a20-4f53-11e4-877c-335b53ffe736\\_story.html?hpid=z4](http://www.washingtonpost.com/politics/clinton-says-islamic-state-militants-are-worse-than-al-qaeda/2014/10/08/20244a20-4f53-11e4-877c-335b53ffe736_story.html?hpid=z4)

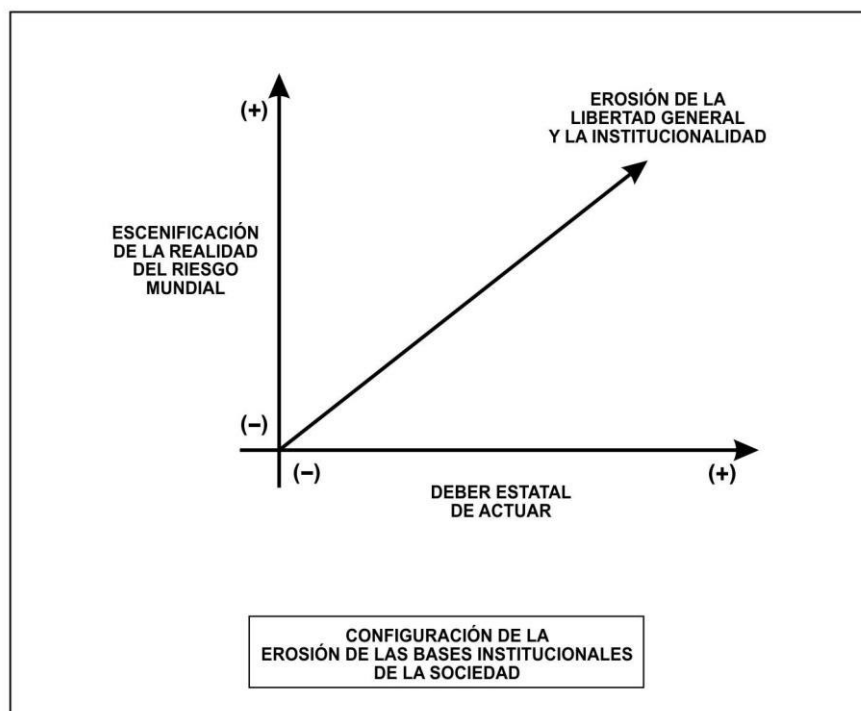
<sup>388</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, pp. 36 y s.

<sup>389</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, p. 104.

<sup>390</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, pp. 115 y s.

todo el mundo, pues destruye las garantías de la seguridad de las instituciones básicas del Estado nacional.”<sup>391</sup>

El siguiente gráfico representa los factores que provocan la erosión de la institucionalidad social.



**Gráfico N° 6:** Configuración de la erosión de las bases institucionales de la sociedad. Fuente: Elaborado por el autor.

Igualmente, Xavier Crettiez deja ver los cambios en las percepciones de la violencia luego de los sucesos de 1990 (fin del mundo bipolar). Básicamente, la producción de una fuerte visibilidad de los fenómenos de violencia se debe al auge de la mediatización y de los instrumentos de mediación como las cadenas de televisión y la Internet. La mediatización de la violencia configura un escenario, “[en] nuestras sociedades sobremediatizadas, un hecho sólo existe si es objeto de un encuadre mediático. La visibilidad hace la realidad.”<sup>392</sup> Y, precisamente, entre sus efectos,<sup>393</sup> es que a medida que la visibilidad –no

<sup>391</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, p. 66.

<sup>392</sup> Crettiez, Xavier, *Las formas de la violencia*, trad. Silvia Kot, Buenos Aires: Waldhuter editores, 2009, p. 152.

<sup>393</sup> Crettiez, Xavier, *Las formas de la violencia*, pp. 152 y ss. Aún cuando el autor destaca el efecto de la inseguridad o sentimiento difuso de miedo colectivo debido a la hipervisibilidad de la violencia, se muestra contrario a sostener que sirva a los intereses de un poder represivo, sino que el sentimiento es generalizado, expresándose más intensamente donde la violencia no es predominante.

siempre acorde con su realidad empírica– se incrementa, aumenta la sensación de inseguridad y que las imágenes de la violencia producen violencia.

En nuestro país, también se ha denunciado la manipulación en la configuración de la conciencia que juegan los medios:

“En la vida cotidiana se trata de influir en las personas sin decirlo y sin que ellas se den cuenta, excepto aquello en que los poderes económicos y de la fuerza están especialmente interesados. En ese caso se indica a los lectores, oyente o televidentes, qué es lo correcto y qué es lo condenable. Se les reduce al rol de menores de edad que deben escuchar el sermón de quienes tiene toda la verdad. (...)

Tampoco serán mostradas las causas de los fenómenos que se denuncia. Las causas de la pobreza, de la subversión, de la delincuencia, solo serán motivo de debate en mesas de menor sintonía a horas más difíciles, de manera menos frecuente y con especialistas elegidos cuidadosamente.”<sup>394</sup>

De acuerdo con Héctor Béjar, el rol ideológico de los medios, aparte de encubrir una criminalidad y presentar como estrellas del mal a una particular delincuencia, es hacer que la gente sienta como real un mundo que no lo es, una vida simple, la falsa conciencia. El periodista César Hildebrant<sup>395</sup> da a conocer entre otros que la uniformidad temática de los medios es posiblemente el mayor peligro de la prensa y junto a ello la construcción de consensos que se construyen a partir de miedos, todo consenso viene con su miedo, siendo el problema que la prensa sabe administrarlos muy sagazmente. Y por añadidura – estos son otros peligros–, la concentración de la prensa (20 grupos en el mundo la controlan) y la presencia directa de los grupos económicos en los medios, es decir, lo innecesario de tener delegaciones dentro de ella.

Entonces, preguntémosnos, pues, o al menos dudemos algo, si el riesgo y miedo terrorista son contruidos.

Otro aspecto fundamental que nos ayudará a complementar la conclusión del capítulo II de este trabajo (la relación entre economía, política y derecho), versa sobre la cuestión de *quién decide qué (no) es un riesgo* y la *relación entre las relaciones de producción y de definición*. Habíamos presentado que el riesgo (global) es la escenificación de la realidad del riesgo. Beck va a señalar que dicho *riesgo* es producto de conflictos de definición en el marco de relaciones de poder-definición.<sup>396</sup>

Las *relaciones de definición* al igual que las *relaciones de producción* de Marx son –explica Beck– *relaciones de dominio* (existen normas institucionalizadas que brindan a determinados grupos la oportunidad de imponer su forma de ver las cosas y sus intereses en contra de la voluntad de otros grupos). En las relaciones de definición, el poder consiste en disponer de *medios de definición* (reglas científicas y legales, cuyos propietarios son los científicos y jueces frente a quien no los tienen, los ciudadanos legos). De aquí que el carácter jerárquico

---

<sup>394</sup> Béjar, Héctor, “Poder mediático y manipulación ideológica”, en *Poder mediático*, Lima: Fondo editorial UCH, 2008, p. 13 y 16.

<sup>395</sup> Hildebrant, César, “Los nuevos retos de la prensa”, en *Poder mediático*, Lima: Fondo editorial UCH, 2008, pp. 37-54.

<sup>396</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, pp. 53 y ss.

de la disposición de los medios de definición decida sobre lo qué es un riesgo (lo que admite también un conflicto de definiciones que motive modificaciones). En las relaciones de producción el poder se centra en la posesión de los medios de producción frente al trabajador.

Por otra parte, las relaciones de *producción* y de *definición* se diferencian en que las primeras se mueven en el marco de la economía, el trabajo y la producción (lógica del conflicto de la sociedad del trabajo) y las segundas en la esfera de la tradición, la vida pública, la ciencia, el derecho y la política (lógica del conflicto de la sociedad del discurso).

Ahora bien, ¿qué relación existe entre ambas? Beck<sup>397</sup> *descarta una relación de dependencia* (relaciones de producción determinan las de definición), sostiene por el contrario la posibilidad de existencia de un entrelazamiento histórico entre tales relaciones bajo el signo de la primera modernidad: en términos prácticos un capitalismo verde.

El cuestionamiento a los planteamientos al sociólogo alemán viene por este último aspecto, si bien el riesgo es consecuencia de la escenificación de riesgo (ecológico, terrorista, tecnológico, nuclear o genético) y la definición del mismo depende de la posesión de los medios de definición, se queda corto a observar un “entrelazamiento”. Es fácil poder ver que además son factores económicos –y no solo los científicos o legales–, ejecutados por decisiones políticas, los que van a influir en la determinación del riesgo, por ejemplo, para que una fábrica de transgénicos se instale en tal o cual país, o que se eleve el miedo al terrorismo en una zona estratégica con la finalidad de asegurar el control de mercados, o que un determinado producto farmacéutico se venda sin pasar por las evaluaciones necesarias, o lo que ya en alguna vez se pretendió negar el calentamiento global como un riesgo para seguir con prácticas industriales sin control.

Así, antes que una vinculación de lazos entre las relaciones de producción y de definición, es evidente aún cuando no con nitidez en todas las clases de riesgos globales que las relaciones de producción *determinan* en cierta medida las relaciones de definición. Indudablemente, no debe negarse que exista independencia de determinados círculos científicos, cuyos pronósticos –no del todo previsible– definan y deberían definir los estándares riesgosos para hacer ponderable la percepción del riesgo y así lograr un paralelismo positivo en búsqueda del bienestar de la sociedad en oposición a la política y la economía.

Con todo, el concepto de escenificación del riesgo posibilita comprender el terrorismo suicida transnacional y el rol que tiene el Estado en su fomento. Y justamente, ese fenómeno se encuentra abarcando el nivel teórico del Derecho penal del enemigo que está construido precisamente para todo lo que el Estado y los organismos internacionales identifiquen como terrorismo. Si bien en el ámbito peruano nos enfrentamos a un terrorismo de tipo local –con vínculos con el narcotráfico– esto no impide que el concepto de escenificación del riesgo tenga la suficientemente capacidad reproductiva a un nivel menor. El gobierno nacional y los *mass media* con sus discursos de la amenaza narcoterrorista y de la reconstitución de las organizaciones terroristas escenifican un riesgo inmenso que desestabiliza la seguridad nacional y personal. Igualmente, se fabrica el

---

<sup>397</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, p. 59.

riesgo de la inseguridad ciudadana, reproducido por los gobiernos locales y difundidos por los medios, causando temor debido a la “ola de crímenes, asaltos, violaciones, secuestros y robos” y la formación de un “clima de inseguridad”.

Evidentemente en los últimos años hemos presenciado atentados en la selva peruana, pero su impacto en la sociedad es sobredimensionado por los mismos actores políticos. De la misma manera, aún cuando la criminalidad se perciba en aumento en toda la región, sus causas principales se encuentran en la pobreza, el desempleo y la ausencia de formación educativa cívica y cultural. El narcoterrorismo actual y la criminalidad local tienen su derrota en la resolución de problemas estructurales de la misma sociedad peruana. Es por ello que, la habilitación de más poder punitivo (una legislación penal represiva y la limitación de derechos sustantivos, procesales y libertades) lo único que socava son las bases mismas de la institucionalidad peruana, y esto redundará en un obstáculo para la solución de los reales causantes de la criminalidad.

Podemos afirmar que la erosión de la vigencia de la norma y de la personalidad no la produce el terrorista por sí mismo, sino que juega un rol muy importante la escenificación del riesgo terrorista fabricado por los gobiernos con el afán de adelantar y prevenir el riesgo de un ataque terrorista (con la finalidad soterrada del control mundial). Es decir, es producto de la deliberada fabricación de la posibilidad real de un ataque terrorista global. Por ello, resulta que el Derecho penal del enemigo –la normatividad dispersa o unificada– al ser construido sobre la base de una escenificación de un riesgo global terrorista *no es real*, consecuentemente, *la expectativa* derivada de una norma de Derecho penal del enemigo que pretendía orientar la conducta de los ciudadanos y contribuir a estabilizar a la sociedad *tampoco lo es*. Es el Estado quien despersonaliza.

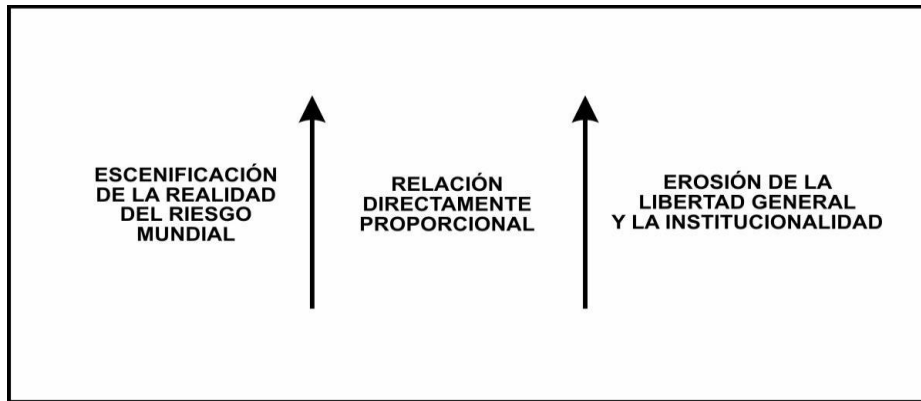
No es el individuo el que torpedea su personalidad, en oposición a lo señalado por Jakobs,<sup>398</sup> para desatar inseguridad. El Estado es el que pone en jaque la institucionalidad y el que despersonaliza a sus ciudadanos a través de sus agencias policiales, ejecutivas y judiciales. El Derecho penal del enemigo se funda en una percepción cultural del riesgo creada por la escenificación del riesgo terrorista. Vuelvo a reiterar, la expectativa de la seguridad y estabilidad no es actual.

En el capítulo II destacué como ejemplo la seguridad desplegada en la ciudad rusa de Sochi por los Juegos Olímpicos de Invierno. La posibilidad de un ataque terrorista y el temor no respondía enteramente a una amenaza terrorista, sino cooperaba a ello las extremas medidas de seguridad, es decir, de la *escenificación del riesgo*.

Consecuentemente, a mayor escenificación de la realidad del riesgo, mayor será la erosión de la libertad general y la institucionalidad.

---

<sup>398</sup> Jakobs, Günther, Intercambio epistolar con el Prof. Dr. Günther Jakobs – Preguntas y respuestas sobre el Derecho Penal del Enemigo (Cartas del 1 y el 7 de febrero de 2005), trad. María Laura Böhm en *Boletín Semestral GLIPGö*. Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen, Dir. Kai Ambos, Alemania, N° 5, Enero-Junio 2013, p. 70.



**Gráfico N° 7:** Relación de dependencia de factores.  
Fuente: Elaborado por el autor.

Ante todo, si las medidas puramente asegurativas son las que trastocan las bases del sistema democrático, entonces, ¿no deberíamos buscar alternativas de abordar la cuestión penal? Y si la cuestión penal y la amenaza criminal mundial –entre ellas el riesgo terrorista– es construida (irreal) para satisfacer un programa ideológico (intereses económicos del mercado), entonces, ¿no deberíamos salir del marco teórico penal –abandonar los análisis dogmáticos (“científicos”) y denunciar tal programa?

Una vez hecha patente la escenificación del riesgo, el desafío no está en encontrar una respuesta dogmática al qué hacer con los delincuentes reincidentes peligrosos,<sup>399</sup> sino en la capacidad de los académicos y jueces de hacer efectivo su saber y su práctica respectivamente reduciendo la percepción del miedo.

Un reciente estudio científico “*Mind the Gap: Bridging the Perception and Reality of Crime Rates with Information*” llevado a cabo en Colombia –país que afrontó un conflicto armado que tuvo como protagonistas a las fuerza del estado colombiano, grupos paramilitares y guerrillas (FARC y ELN), además de narcotráfico (sicariato y carteles de droga), extensa aplicación del Derecho penal del enemigo– mostró que pese a que en dicho país –uno de los pocos en America Latina– la tasa de criminalidad ha disminuido, en la ciudad de Bogotá los ciudadanos consideran al crimen como el principal problema del país, igualmente, pese a la disminución de la tasa de victimización, el sentimiento de inseguridad ciudadana no ha tenido un descenso paralelo correspondiente. La investigación se orientó a determinar si la provisión de información objetiva y actualizada sobre las tendencias del crimen podía corregir las percepciones de inseguridad ciudadana. El resultado fue que la difusión de información objetiva sobre la disminución de las tendencias delictivas puede mejorar la percepción de la seguridad ciudadana.

<sup>399</sup> Jakobs, Günther, “En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal del enemigo”, p. 39.



Otro aspecto concluyente fue que:

“Positive improvements in citizen security rarely make it to the top of the news or social communication channels. Yet exaggerated displays of violent crime in the media or word of mouth stories of victimization episodes have rippled effects throughout society. This exposure to crime events can elicit strong emotional responses and make it easier for citizens to recall crime events, leading to the belief that crime is more frequent and widespread than in actuality, increasing citizens’ perceptions of insecurity, fear of crime, and distrust in institutions.”<sup>400</sup>

Esta investigación constituye una evidencia empírica que sirve para contrastar en cierta medida la teoría de la escenificación de la realidad del riesgo y del rol que juegan los medios de comunicación –influidos por el poder de agentes políticos y económicos– en construir una realidad social o mejor dicho falsearla. Latinoamérica tiene altos índices de criminalidad, pero ese dato empírico se combina con un falso sentimiento de inseguridad que origina políticas criminales represivas.

El *Informe Regional de Desarrollo Humano para América Latina 2013-2014* del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo además de mostrar los altos índices delictivos de la región revela que el sentimiento de inseguridad –más alto a nivel mundial– no refleja los niveles de victimización real y tal percepción de temor está relacionada con múltiples factores como la cobertura noticiosa del delito, los relatos ciudadanos y la falta de confianza interpersonal y en las instituciones. Por ejemplo:

“Honduras y Chile ilustran la diferencia entre inseguridad percibida y real. Honduras tiene la mayor tasa de homicidios del mundo (86.5 por 100,000 habitantes), pero los niveles de percepción están en la media regional: 8 de cada 10 ciudadanos se sienten seguros en sus barrios, y 6 de cada 10 percibe que la situación de seguridad personal y de su familia no se ha deteriorado (el 53% opina que está igual). En contraste, en Chile, el país con menores tasas de homicidio de la región (2 por 100,000 habitantes) y niveles bajos de victimización por robo, la percepción de inseguridad es mayor que en Honduras. Sólo 7 de cada 10 ciudadanos se sienten seguros en su barrio y, al igual que el país centroamericano, 6 de cada 10 perciben que su seguridad no se ha deteriorado.”<sup>401</sup>

---

<sup>400</sup> Ardanaz Martin, Corbacho Ana, Ruiz-Vega Mauricio, *Mind the gap: bridging the perception and reality of crime rates with information*, Inter-American Development Bank, 2014, p. 19. Recuperado de <http://publications.iadb.org/handle/11319/6595?locale-attribute=en>

<sup>401</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014: Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina”, Nueva York, Noviembre, 2013, p 67. Recuperado de <http://www.pnud.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>

## 5. Sobre la legitimación del Derecho penal del enemigo.

Una de las cosas que provoca la atención es cuando se aborda la pregunta de si Jakobs legitima<sup>402</sup> el Derecho Penal del enemigo, y a esta pregunta hay que diferenciarla de *aquella* sobre la legitimidad misma de las normas dirigidas al enemigo. Sobre esta última, tiene razón Jakobs cuando menciona que en una democracia dichas normas no pueden ser ilegítimas *per se*.<sup>403</sup> No obstante, de aquí no se deriva que deban ser acatadas o aplicadas ante su evidente o aproximada inconstitucionalidad, pero hay que completar la idea: *jno son razones concluyentes para actuar!*

Ahora bien, respecto de la primera pregunta, Jakobs ha expresado que es el Estado quien legitima dichas normas,<sup>404</sup> y aunado a su expresa respuesta de que él sólo describe, no habría por qué dudar de que él en ningún momento legitime el Derecho penal del enemigo.

Sin embargo, de la exposición contenida en sus obras se desprende que sí lo legitima (claro no entusiastamente, ya que él preferiría que la detestable imagen del Derecho penal del enemigo desapareciera). Para él el Derecho penal de enemigos cumple una prestación positiva al servicio del Estado. El programa del Derecho penal del enemigo y su juridificación mediante su delimitación *en el contexto actual*, está pensado en este autor, como la forma más óptima a fin de que el Estado de Derecho no sucumba ante la deliberada emisión de normas – violatoria de principios– que se dirigen a enemigos y están en la alta probabilidad de que se confunda a los ciudadanos con aquellos y se produzca una expansión que termine por contaminar todo el ordenamiento jurídico de normas que no se corresponden con el modelo liberal de Estado. El Estado, pues, no puede poner negligentemente en juego su configuración y la seguridad de los ciudadanos frente a peligros.

Con algo más de profundidad filosófica, el autor alemán refiere que legitimidad es algo más que conformidad constitucional, puesto que la Constitución debe ser también legítima. En correspondencia con la filosofía hegeliana indica que

---

<sup>402</sup> Una perspectiva distinta es la de Caro John, José, “Derecho penal del enemigo: Garantía estatal de una «libertad real» del ciudadano. Una glosa a Miguel Polaino-Orts”, en *RPDJP*, Perú, N° 7, 2006, quien cuestiona que el “enemigo” deba entenderse como una categoría valorativamente neutral, pues, señala el profesor peruano: “Los argumentos de una despersonalización parcial y una autoexclusión potestativa (...) son (...) valoraciones”; así como “que es necesario establecer en qué punto las fronteras del riesgo permitido son cruzadas”, p. 647 y s.

El prof. Polaino-Orts, “A vueltas con el Derecho penal del enemigo: *una Relectio*”, en *RPDJP*. Perú, N° 7, 2006, responde que con estas afirmaciones se estaría “defend[iendo] la existencia de elementos prescriptivos en la configuración del Derecho penal del enemigo”, pero esto es incorrecto afirma el profesor español, por cuanto el profesor Caro John estaría confundiendo la autocomprensión con la heterocomprensión de la sociedad. Añade que afirmar la existencia de normas Derecho penal del enemigo no sólo es describir su existencia, sino que se está autodescribiendo a la sociedad (la interiorización de la norma y la valoración de las expectativas), pp. 710 y s.

<sup>403</sup> Jakobs, Günther, “El terrorismo internacional se puede combatir con el Derecho Penal del enemigo”, p. 615. Así también Polaino-Orts, Miguel, “Derecho penal de enemigo: ¿qué es? ¿existe? ¿debe existir? ¿por qué existe?”, en *RPDJP*, Perú, N° 7, 2006, p. 408; el mismo, “A vueltas con el Derecho penal del enemigo: *una Relectio*”, p. 696.

<sup>404</sup> Jakobs, Günther, “El terrorismo internacional se puede combatir con el Derecho Penal del enemigo”, p. 615.

“[l]egítimo es lo que se corresponde con el espíritu objetivo, o sea, en la Modernidad: lo que asegura en forma permanente la libertad.”<sup>405</sup> Claramente, la legitimidad del Derecho penal del enemigo no viene dada por un ánimo subjetivo, sino que viene impuesto desde fuera (espíritu objetivo). Esto se pone mucho más de manifiesto de la siguiente manera: “El Derecho Penal del Enemigo existe; de esta expresión descriptiva no se puede escapar. El Derecho Penal del Enemigo es, de acuerdo al concepto del Estado de Derecho, deficitario y por eso sólo legítimo, pero legítimo al fin, cuando de otra manera, o sea sin Derecho Penal del Enemigo, deben temerse aún mayores pérdidas a la condición del Estado de Derecho. Dicho en forma drástica, también una víctima que es dejada sin protección, es despersonalizada.”<sup>406</sup> Destaca el carácter descriptivo y normativo del Derecho Penal del enemigo, y sobre el segundo carácter no es en el sentido de que debe ser así (sentido fuerte) y buscar ampliarlo, sino como medida de legítima defensa (sentido débil) y mantenerlo reducido. En suma, normativo en la medida que es necesario para el sistema, una exigencia del sistema para mantener los propios sistemas.<sup>407</sup>

Profundicemos.

En la cuestión de la legitimación del Derecho penal del enemigo entra a tallar la máxima hegeliana contenida en la *Filosofía de Derecho*<sup>408</sup>:

“Lo que es racional es real  
y lo que es real es racional”.

Evidentemente, en la perspectiva de Jakobs no se busca una legitimación unilateral, es decir, desde el individuo –nuestra subjetividad puede querer muchas cosas y contraponerlas a la *realidad* (efectiva) como *un debiera ser diferente*–, sino que es la misma *realidad* (necesidad y existencia) la que se impone por sobre las subjetividades del individuo y su entendimiento, tanto de quienes que no quieren que un Derecho penal del enemigo exista y que no debiera existir como de aquellos que lo quieren y que exigen debería existir.

En la *Enciclopedia*, Hegel retoma su proposición para hacer ver que el contenido de la filosofía es la *realidad efectiva* (*Wirklichkeit*) y aquello que se le opone.

“Pero a quien le es especialmente querida la separación entre realidad efectiva e idea es al entendimiento que tiene por verdaderos los sueños de su abstracción y se envanece con el *deber* [moral] que él receta a su gusto especialmente en el terreno político, como si el mundo hubiese tenido que aguardarle a él para saber cómo debe ser, sin serlo; porque si el mundo fuese ya como debe ser, ¿qué lugar habría para la precoz sabihondez de su deber ser?”<sup>409</sup>

---

<sup>405</sup> Jakobs, Günther, Intercambio epistolar con el Prof. Dr. Günther Jakobs – Preguntas y respuestas sobre el Derecho Penal del Enemigo (Cartas del 1 y el 7 de febrero de 2005), p. 71.

<sup>406</sup> Jakobs, Günther, Intercambio epistolar con el Prof. Dr. Günther Jakobs, p. 71.

<sup>407</sup> Jakobs, Günther, (entrevista el 05 de septiembre del 2011), trad. D. Tarapues Sandino en *Boletín Semestral GLIPGö*. Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen, Dir. Kai Ambos, Alemania, Nro. 3, Mayo, 2012, pp. 27 y ss.

<sup>408</sup> Hegel, G. W. F., *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, p. 74.

<sup>409</sup> Hegel, G. W. F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio, (Introducción)* p. 107.

Hegel quiere poner de relieve que el mundo es *realidad efectiva* (algo que no es una realidad cualquiera, sino una *realidad cualificada*), es la realización o despliegue de la razón, por ello, *no puede haber un mundo que deba ser*. El mundo que *es* y que es conforme a la razón no puede ser de otro modo; en tal sentido, a la conciencia no le queda, sino que aprehender la realidad efectiva tal cual es, y no dar postulados diferentes a lo que *es realidad efectiva*.

Tal consideración la expuso Hegel en la *Filosofía del Derecho*.

“Así pues, este manual, en cuanto contiene la ciencia del Estado, no debe ser nada más que una tentativa para *concebir y exponer al Estado como algo racional en sí (in sich)*. Como escrito filosófico tiene que estar lo más alejado de deber construir un *Estado como éste debe ser*. La enseñanza que puede encontrarse en él no puede dirigirse a enseñar al Estado como éste debe ser, sino más bien como él, el universo ético, debe ser conocido.

*Hic Rhodus, hic saltus.*

Concebir *lo que es*, es la tarea de la filosofía, pues *lo que es*, es la razón. En lo que concierne al individuo cada uno es *hijo de su tiempo* y también la filosofía *concibe su tiempo en pensamiento*. Es tan insensato figurarse que una filosofía cualquiera sobrepasará su mundo actual como figurarse que un individuo saltará por encima de su tiempo, brincará el Ródano. Si su teoría en efecto lo sobrepasa, si se construye un mundo *como éste debiera ser*, ese mundo existe, pero sólo en su opinar, un elemento inconsistente que permite imaginar lo que se quiera.”<sup>410</sup>

El Estado y la historia es el autodesarrollo de la razón, por consiguiente, de nuevo, no hay *un Estado que deba ser*, sino uno que se ha de conocer.

Nuevamente, el Derecho penal del enemigo *existe*, pero la mera existencia no determina la realidad efectiva del mundo, sino que debe venir unida a ello su *necesidad*. Aquí se hace presente la idea de Jakobs de que sin ese particular derecho –que es consecuencia del riesgo terrorista– la sociedad sucumbiría, resultando, entonces, que ese derecho es necesario. Todo ello arrojaría lo *real* del Derecho penal del enemigo y, consecuentemente, su *racionalidad* y viceversa.

Jakobs guía su pensamiento por lo que existe: “hay que distinguir entre un Derecho *postulado* –con independencia que este postulado resulte más o menos convincente–, un Derecho-modelo, y a la estructura normativa *real* de una sociedad. Aquel puede orientar en el futuro, ‘en espíritu’, pero sólo ésta orienta en el respectivo ‘aquí y ahora’”<sup>411</sup>. Con esta premisa, Jakobs centra su análisis a lo que *es* (la modernidad = espíritu objetivo).

En contraste, un derecho postulado en un mundo donde todos son personas, tal como lo refiere Hegel, será para Jakobs solo un opinar:

---

<sup>410</sup> Hegel, G. W. F., *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho, o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, (Prefacio), pp. 75 y s.

<sup>411</sup> Jakobs, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, pp. 23 y s.

“(…) si se construye un mundo *como éste debiera ser*, ese mundo existe, pero sólo en su opinar, un elemento inconsistente que permite imaginar lo que se quiera.”

Entonces, Jakobs con la propuesta de dos derechos diferentes solo quiere ayudar a ordenar el escenario social que no depende de él.

El razonamiento de Hegel es impecable, pero cabe objetar lo siguiente: el *contenido* del razonamiento de Jakobs no lo es. Toda la *realidad* del Derecho penal del enemigo depende de un elemento que se considera *propio* –y está por verse– de la sociedad: *el riesgo terrorista*.

Veamos. Para el Hegel, el *espíritu subjetivo* –la subjetividad individual– se confronta al *espíritu objetivo* –las instituciones sociales y jurídicas<sup>412</sup>– cuya síntesis se resuelve en el *espíritu absoluto*.<sup>413</sup> Aquí lo importante –como pone de relieve Gadamer– es el problema *espíritu subjetivo-espíritu objetivo* (“dónde debe producirse la conciliación del espíritu subjetivo con el espíritu objetivo”<sup>414</sup>) y no la solución hegeliana (*espíritu absoluto*); la importancia reside en cómo entender la relación entre la conciencia subjetiva individual y el lugar donde ésta tiene su desenvolvimiento (el espíritu objetivo).<sup>415</sup>

Entonces, el concepto de *espíritu objetivo* todavía tiene vigencia, puesto que el hombre se encuentra dentro de estructuras sociales y culturales o, brevemente, en las instituciones y *haciéndolas*, lo que Hegel llamó *espíritu objetivo*, y como dice Jakobs lo que asegura en forma permanente la libertad.

Pero cabe hacer objeciones. ¿Es realmente *objetivo* –en términos hegelianos– el espíritu objetivo *de nuestro tiempo*? o ¿se encuentra determinado por la subjetividad de un grupo de particulares superpoderosos? Preguntado de otro modo, ¿son las instituciones sociales el resultado de su propio devenir histórico? o ¿son aquéllas fabricadas-construidas-manipuladas unilateralmente? En términos jakobsianos ¿es *objetiva* la estructura normativa real de la realidad?

Los fenómenos peligrosos (la criminalidad) dan origen al Derecho penal del enemigo, sin este derecho como medio de defensa se perdería la condición de Estado de Derecho. El espíritu objetivo de la modernidad, que tiene en su seno peligros, extiende su *realidad* con el Derecho penal del enemigo. Pero ¿son los peligros de tal entidad que ponen en cuestión la supervivencia del Estado de Derecho?

---

<sup>412</sup> Derecho, moral y eticidad (la familia, sociedad civil y el Estado). La superación del espíritu subjetivo se muestra en la *Filosofía del derecho* y en la *Enciclopedia*.

<sup>413</sup> El arte, la religión y la filosofía.

<sup>414</sup> Gadamer, Hans-Georg, “Los fundamentos filosóficos del siglo XX”, en *La secularización de la filosofía: hermenéutica y posmodernidad*, Gianni Vattimo (comp.), Barcelona: Gedisa, 1992, p. 97. Este filósofo explica que en las costumbres, el derecho y la política de un país, hay un espíritu objetivo que no se refleja en la conciencia individual, p. 95. La problemática relación entre *espíritu subjetivo-espíritu objetivo* sería resuelta de modo diferente, así lo ejemplifica con la solución del mismo Hegel, Droysen y Marx. El concepto de espíritu, “sigue constituyendo la base de toda crítica del espíritu subjetivo”, y que para Gadamer encuentra su correlato en el fenómeno de la lengua, p. 22.

<sup>415</sup> En nuestro país, se puede leer sobre el espíritu objetivo en Giusti, Miguel, “¿Por qué leer a Hegel hoy?”, en *¿Por qué leer filosofía hoy?*, M. Giusti y E. Mejía (Editores), 2ª ed., Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2008, pp. 121 y ss.

Justamente la teoría de la *escenificación del riesgo mundial* –y aquí el riesgo terrorista– ha venido hacernos caer en cuenta que en él el Estado juega un papel fundamental en la socavación de sus propias bases institucionales y que tal riesgo depende de la escenificación y de la percepción cultural. De forma concluyente: *la percepción de un riesgo global dentro del espíritu objetivo de la modernidad es una percepción falseada*, no dependiente de una realidad externa.

Así pues, una respuesta afirmativa sobre la legitimación genera escandalización cuando se parte de presuponer –o por mejor dicho del prejuicio– a un Jakobs promotor de Estados totalitarios, o conservador y represivo, sin embargo, cuando se desvanece esas infundadas y provocativas “críticas”, no hay motivo para no afirmar que Jakobs efectivamente lo legítima.

Ello no significa que la propuesta de Jakobs sea la única a fin de salvar al Estado de Derecho y, por lo tanto, que su legitimidad sea asumida, ya que sólo dentro de la lógica científica de Jakobs, y sólo de él, es que se legitima, lo que no nos lleva a compartir dicho planteamiento. Ni tampoco considero como ha señalado el prof. Miguel Polaino-Orts que el Derecho penal del enemigo sea el *verdadero garantismo*<sup>416</sup> o el prof. José Caro que las normas del Derecho penal del enemigo gocen de *plena juridicidad*.<sup>417</sup>

## 6. Realidad y necesidad del Derecho penal del enemigo

El Derecho penal del enemigo se reclama *necesario* para el Estado moderno.

“Una sociedad que no se encuentre en situación de –para repetir un expresión frecuentemente criticada– neutralizar a sus enemigos se va a pique (...)”<sup>418</sup>

Es así que, es legítimo (en sentido débil) al identificarse con un soporte importante de su subsistencia frente a los ataques a su configuración y a la libertad de los individuos (“legítimo es lo que se corresponde con el espíritu objetivo, o sea, en la Modernidad: lo que asegura en forma permanente la libertad”). El Derecho penal del enemigo se reputa legítimo, porque se considera *necesario*, cualidad que va más allá de su mera existencia.

Siguiendo el hilo conductor del potencial de develamiento que tiene la escenificación de la realidad del riesgo mundial, el Derecho penal del enemigo

---

<sup>416</sup> El autor español señala: “Mi tesis es la siguiente: el Derecho penal del enemigo tal como lo concibo (que coincide, con matices pero sustancialmente, con el planteamiento funcionalista), es un Derecho protector de la norma y del ciudadano y –por tanto– un garantía del Estado de Derecho”, Véase Polaino-Orts, Miguel, “El Derecho penal del enemigo: Posibilidades y límites” (Entrevista), en *Ius et veritas*, Perú, Vol. 18, N° 36, 2008, p 469. Siguen esta línea Caro John, José, “Derecho penal del enemigo: Garantía estatal de una «libertad real» del ciudadano. Una glosa a Miguel Polaino-Orts”, pp. 641 y s.; Cancho Espinal, Ciro, “La clarificación del Derecho penal del enemigo en la obra de Miguel Polaino-Orts: un ejemplo de investigación científica”, en *RPDJP*, Perú, N° 7, 2006, p. 636.

<sup>417</sup> Caro John, José, *Prólogo* a Jakobs/Polaino-Orts, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo*, Lima: ARA, 2011, p. 13-14.

<sup>418</sup> Jakobs, Günther, “Sobre la Teoría del Derecho penal del enemigo”, p. 53.

En Perú su discípulo José Caro señala: “Un Estado de Derecho que se tome en *serio* la lucha contra la delincuencia organizada está obligado a incorporar dentro de su configuración normativa al Derecho penal del enemigo. (...) El Derecho penal del enemigo se erige así mismo en la herramienta excepcional de protección y mantenimiento del Estado de Derecho”, Caro John, José, *Prólogo*, p. 13-14.

no constituye una *realidad*, y no *realidad* en tanto que simplemente *existe*, sino que desprovisto de toda *necesidad*.

En ese sentido, la pregunta decisiva y que determinará la validez de las críticas lanzadas desde todos los flancos y dentro del mismo funcionalismo a la propuesta de Jakobs está referida a si es *necesario* un Derecho penal del enemigo.

En el derecho positivo se pueden encontrar –en términos de existencia empírica– dos tipos de normas en general: las que no orientan el comportamiento de las personas, pues han perdido toda eficacia; y, las que sí. En este último grupo, se ubican las normas que regulan los derechos civiles, que resuelven los conflictos, las procedimentales, las penales, laborales, etc., (las normas principales), así como las normas del Derecho penal del enemigo, pues conforme a la perspectiva teórica de Jakobs orientan a los ciudadanos en la confianza de su seguridad y libertad, permitiendo el desarrollo de su plan de vida y de la estabilidad del Estado (normas de flaqueo).

Las normas principales además de existir como resultado de acto legislativo tienen una realidad, ya que esencialmente regulan la plenitud de los comportamientos en la sociedad. Ellas son necesarias para estabilizar la convivencia. Están revestidas de necesidad. ¿Lo mismo ocurre con las normas del Derecho penal del enemigo? ¿Verdaderamente orientan el comportamiento de las personas las normas del Derecho penal del enemigo, proveyendo seguridad al ciudadano para el goce de sus derechos civiles? La respuesta es que no.

Ahora, puede identificarse un hecho importante que se nos opone: la sociedad reclama normas drásticas (anticipadoras de la punibilidad y duras), las cuales conducidas por su procedimiento son votadas y promulgadas. Su existencia como resultado de la demanda social provocarán un sentimiento relativo de seguridad y tranquilidad (se dirá: “algo mejoró. Con esas normas ya al menos no habrá muchos crímenes graves”). Claro, debo reconocer que de ese modo, sí, pues, “orientan” el comportamiento, modifican la conducta de las personas y se origina una expectativa considerada “real”.

### **Realidad del Derecho penal del enemigo = existencia legal + orientación social**

Sin embargo, debemos preguntar algo más ¿la orientación social tiene un fundamento genuino? La respuesta negativa va más allá del *resultado externo* (orientación social) que ofrece las normas del Derecho penal del enemigo, puesto que la escenificación del riesgo global terrorista revela que esas normas son producto de una falsificación de la realidad social. Ese producto tiene su origen en una fabricación deliberada. Y como producto existente, creado, evidentemente, va a producir algún efecto (una orientación del comportamiento que la ciudadanía va a percibir como algo oportuno). El fundamento del Derecho penal del enemigo como hemos destacado es una irrealidad (la necesidad es superflua), pues la orientación no es genuina, sino construida artificialmente.

**I-rrrealidad del Derecho penal del enemigo = existencia legal + orientación  
*no genuina.***

Avanzaremos en la fundamentación de la falta de *necesidad*. La tesis filosófica que serviría de sustento al Derecho penal del enemigo y que muy enfáticamente se echaría en cara a sus opositores es la ya mencionada tesis de Hegel: “Todo lo real es racional, y todo lo racional es real”.

Para comprender la tesis hegeliana y la crítica, recurriremos a Federico Engels. El pensador alemán va a poner en cuestión la *necesidad* del Estado prusiano que por el solo hecho de su aún *existencia* no era real, porque estaba despojado de toda *necesidad*.

“Pongamos un ejemplo. No ha habido tesis filosófica sobre la que más haya pesado la gratitud de gobiernos miopes y la cólera de los liberales, no menos cortos de vista, como sobre la famosa tesis de Hegel:

«Todo lo real es racional, y todo lo racional es real»

¿no era esto, palpablemente, la canonización de todo existente, la bendición filosófica dada al despotismo, al Estado policiaco, a la justicia de gabinete, a la censura? Así lo creía, en efecto, Federico Guillermo III; así lo creían sus súbditos. Pero, para Hegel, no todo lo que existe, ni mucho menos, es real por el solo hecho de existir. En su doctrina, el atributo de la realidad sólo corresponde a lo que, además de existir, es necesario,

«La realidad, al desplegarse, se revela como necesidad»;

por eso Hegel no reconoce, ni mucho menos, como real, por el solo hecho de dictarse, una medida cualquiera de gobierno: él mismo pone el ejemplo «de cierto sistema tributario». Pero todo lo necesario se acredita también, en última instancia, como racional. Por tanto, aplicada al Estado prusiano de aquel entonces, la tesis hegeliana sólo puede interpretarse así: este Estado es racional, ajustado a la razón en la medida en que es necesario; si, no obstante eso, nos parece malo, y, a pesar de serlo, sigue existiendo, lo malo del gobierno tiene su justificación y su explicación en lo malo de sus súbditos. Los prusianos de aquella época tenían el Gobierno que se merecían.

Ahora bien; según Hegel, la realidad no es, ni mucho menos, un atributo inherente a una situación social o política dada en todas las circunstancias y en todos los tiempos. Al contrario. La República romana era real, pero el Imperio romano que la desplazó lo era también. El 1789, la monarquía francesa se había hecho tan irreal, es decir, tan despojada de toda necesidad, tan irracional, que hubo de ser barrida por la gran Revolución, de la que Hegel hablaba siempre con el mayor entusiasmo. Como vemos, aquí lo irreal era la monarquía y lo real la revolución. Y así, en el curso del desarrollo, todo lo que un día fue real se torna en irreal, pierde su necesidad, su razón de ser, su carácter racional, y el puesto de lo real que agoniza es ocupado por una realidad nueva y viable; pacíficamente, si lo viejo es lo bastante razonable para resignarse a morir sin lucha; por la



fuerza, si se opone a esta necesidad. De este modo, la tesis de Hegel se torna por la propia dialéctica hegeliana, en su reverso: todo lo que es real, dentro de los dominios de la historia humana, se convierte con el tiempo en irracional; lo es ya, de consiguiente, por su destino, lleva en sí de antemano el germen de lo irracional; y todo lo que es racional en la cabeza del hombre se halla destinado a ser un día real, por mucho que hoy choque todavía con la aparente realidad existente. La tesis de que todo lo real es racional, se resuelve, siguiendo todas las reglas del método discursivo hegeliano, en esta otra: todo lo que existe merece perecer.”<sup>419</sup>

Hasta aquí Engels.

Analicemos la tesis hegeliana y lo descrito por el mismo Engels en relación al Derecho penal del enemigo.

Nuevamente;

“todo lo real es racional y todo lo racional es real”

Bajo esta premisa, ¿significa, sin más, la legitimación y justificación de las normas positivas Derecho penal del enemigo su existencia? ¿Significa acaso que el observador del derecho se atenga a ellas por su sola existencia? No, y Jakobs se da perfectamente cuenta de ello. No obstante, así como Federico Guillermo III creía en que la sola existencia de su régimen despótico se validaba con la tesis de Hegel, así también cree Jakobs que las normas emitidas por el legislador (Derecho penal del enemigo) y su efecto, esto es, la “orientación” (que hemos anotado no es genuina) representan la *realidad* de ese derecho y, por lo tanto, de su racionalidad. Lo que ocurre aquí es que Jakobs no va más allá y no se cuestiona si esa orientación es genuina y verdadera.

Jakobs cree haber encontrado la *realidad* del Derecho penal del enemigo en el mundo objetivo (escenario social). El Derecho penal del enemigo es un fenómeno que ha existido siempre, ya con otro nombre y oculto ya explícito como instrumento del Estado de policía. Por lo tanto, no hay que ocultarlo: *es una constante*, antes y después de los Estados modernos, pero ¿qué grado, en el contexto actual, ha hecho que esa constancia no vinculante en el pasado pueda transformarse o interpretarse como *necesidad* hoy?

El liberalismo político sobre el que se cimienta el Estado moderno y que determinaba a la vez al Derecho penal impedía que éste adoptase explícitamente los signos distintivos de un Derecho penal del enemigo. Se construía un Derecho penal del hecho y no de autor y sus principios se transformaban en garantías –relativas– ante el actuar del Estado. La razón última: limitar el *ius puniendi* garantizando la libertad. En gran contraste, actualmente, el fenómeno de la expansión del Derecho penal producto de la globalización de la economía y la criminalidad transnacional ha puesto en discusión ese Derecho penal liberal clásico. El elemento de la *necesidad* que complementaría a la “*realidad*” de las normas dirigidas a enemigos y su efecto, a fin de lograr su verdadera *realidad* y, por lo tanto, su racionalidad, se encontraría *en estos fenómenos*. La búsqueda de seguridad ante la criminalidad transnacional y el terrorismo erosionarían la

---

<sup>419</sup> Engels, F., “Ludwing Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana”, en Marx y Engels, *Obras escogidas*, Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], pp. 616 y s.

confianza en la vigencia de los derechos civiles (falta de seguridad cognitiva). El refuerzo cognitivo se constituiría en la *necesidad* requerida. Así, *la realidad del Derecho penal del enemigo se desplegaría como necesidad*: el Derecho penal del enemigo sería *real* y, de ese modo, *racional* – consecuentemente vinculante para el Derecho.

Volvamos a la pregunta sobre si esa orientación es genuina y verdadera. La sola existencia de las normas que se dirigen a individuos peligrosos por su falta de fidelidad al derecho y la “orientación” de conducta a los ciudadanos proporcionándoles seguridad a sus bienes no es una razón concluyente que determina su realidad *si antes no se ha indagado en el mundo mismo si aquella orientación es genuina y verdadera*.

La teoría de la escenificación de la realidad del riesgo global ha demostrado que la expectativa de un peligro por un ataque terrorista proviene precisamente de la escenificación fabricada por los gobiernos. El Estado al hacer presente o actual un peligro se arruina a sí mismo y socava sus instituciones. Dicha escenificación provoca un deber de prevenir, el cual se constatará con la promulgación de normas que restringen libertades (existencia empírica). Esas normas (Derecho penal del enemigo) “orientarán” la conducta de los ciudadanos proveyéndoles seguridad. No obstante, esa “orientación” es consecuencia de una percepción falseada, de aquí que la seguridad sea inexistente y, por ello, la orientación también. La percepción del riesgo es construida artificialmente. La anticipación del riesgo causa que el peligro de un ataque terrorista se apodere de las mentes de las personas dejándose el terreno preparado para surtir efectos en el derecho (política criminal represiva), originando una sensación de seguridad y que el sistema funciona. Al hacer presente un riesgo mundial se trae el futuro al presente y en tanto y en cuanto, el Derecho penal del enemigo se proyecta al futuro y no al pasado, su irrealidad se torna manifiesta cuando se demuestra que ese futuro no es real.

Con todo, no cabe predicar la necesidad del Derecho penal del enemigo en el Estado Constitucional, pues los argumentos que lo refutan demuestran que más bien el Derecho penal del enemigo es un contrasentido para los mismos ciudadanos. El Estado se torpedea a sí mismo, a las bases de sus instituciones y mina su seguridad. Además, en contextos de ataque terroristas el Derecho penal del enemigo no le presta la garantía suficiente al Derecho penal del ciudadano de que aquél se mantendrá limitado, sino que éste se puede desbordar por el pulsionar del Estado de policía que el Estado Constitucional lleva dentro.

El Derecho penal del enemigo no tiene una *realidad* en tanto no existe *necesidad* de él. El Derecho penal del enemigo no es racional, no está ajustado a la razón en la medida en que no es necesario.

### **Derecho penal del enemigo = Existencia empírica**

*Históricamente siempre ha existido Derecho penal del enemigo, pero éste ha sido tan irracional, es decir, tan despojado de toda necesidad que no ha vinculado al Derecho que se ha desarrollado baso premisas filosóficas jurídicas*

que en teoría potencian la libertad. El derecho penal del enemigo, por lo tanto, siempre ha sido irracional.

En definitiva, *el Derecho penal del enemigo no presta una garantía cognitiva mínima al Derecho penal del ciudadano de que se mantendrá limitado, por lo tanto, lo que le queda es asegurarse contra aquél y eliminarlo, pues pueda que destruya los cimientos de un Estado que busca asegurarla libertad e igualdad. Su presencia ya es una amenaza.*

Si deconstruimos el proceso de formación del enemigo vemos que: los grupos de riesgo y las normas contra ellos son consecuencia del miedo y pánico; el miedo y pánico son consecuencia de la expectativa de eventuales actos terroristas y de organizaciones criminales; y, la expectativa de eventuales actos terroristas y organizaciones son consecuencia de la escenificación del riesgo terrorista. Es evidente que todo tiene su origen en una irrealidad, entonces, su resultado último, el enemigo y sus normas no son reales.

Jakobs ve los grupos de riesgos y la respuesta a esos grupos (el Derecho penal del enemigo) e interpreta esta respuesta como necesidad –espíritu objetivo o modernidad– para alcanzar la *realidad* del Estado (su salvaguardia). Pero el autor alemán no ve más allá de la descripción de lo existente y ello se debe a la influencia del funcionalismo sistémico de Luhmann, esto es, de una comprensión de la sociedad como un sistema de comunicaciones clausurado. Esta perspectiva sociológica le impide indagar sobre la forma cómo se constituyó la sociedad, pues él la recibe tal cual es sin más (constituida). Por otro lado, la aplicación del esquema hegeliano es correcta –la existencia empírica de las cosas o instituciones no son garantía suficientemente para vincular a los hombres, si es que no hay necesidad de él y así, por último alcanzar la *realidad* de tales cosas o instituciones–, pero lamentablemente recae sobre condiciones construidas y fabricadas.

## **7. La vigilancia masiva y la despersonalización mundial**

El contexto social mundial sobrepasa los postulados bienintencionados de Jakobs. El derecho penal del enemigo se ha quedado corto. Edward Snowden reveló un sistema de espionaje mundial masivo que alcanzaba a ciudadanos y gobiernos. Existen pruebas evidentes que nos controlan y vigilan. Un derecho fundamental como la privacidad ha sido suprimido en base a la necesidad de prevención ante el pretexto de una amenaza terrorista. Con esta intervención se pone fin a la *esfera civil interna* que asegura la ciudadanía. El mismo Jakobs en 1985 señalaba que ese *status* terminaba cuando el Estado se inmiscuía en dicho ámbito. Entonces, ya se acabó. Y aún más, se corre el riesgo de ser erróneamente catalogados como terroristas.

En términos de Jakobs, hemos pasado a ser heteroadministrados a través de las tecnologías de la información y vigilancia y la Internet. No hay razón fundada para desplegar una anticipación. La justificación en base a la falta de cimentación, apoyo, revestimiento, soporte cognitivo sale sobrando. Este requisito jakobsiano para fundar la personalidad se vuelve incluso una irrealidad. Ni aún prestando tal elemento la personalidad es respetada, por el contrario, es anulada.

Esto demuestra, pues, que la prevención del riesgo terrorista es un pretexto para el control y la dominación mundial. La escenificación del riesgo terrorista mundial justifica la intervención y el despliegue de medidas como las del Derecho penal del enemigo.

El poder punitivo muestra aquí su rostro verdadero. A él no le interesa realizar ninguno de los fines que las teorías legitimadoras de la pena le asignan en bien de la población. Por el contrario, el poder penal busca a toda costa controlar.

“[E]l poder del sistema penal está en otro lado [no es criminalizar a los más vulnerables y torpes que se regalan a la selección, que constituiría un poder casi despreciable, pues no es significativo al poder del gobierno seleccionar a quien no tiene poder], sin duda, el verdadero poder es el de vigilarnos a nosotros, a los que estamos afuera, con el pretexto de que los de afuera estemos seguros en la medida en que los torpes e inhábiles ladrones estén adentro, lo cual es mentira. (...)

Pero el inmenso aparato de propaganda del sistema penal nos hace creer que porque esos pocos miles de infelices están dentro, [los] que quedamos afuera estamos seguros y tranquilos.

Se trata de nuestra seguridad imaginada, que no es cierta, que es una fabricación de la realidad, que se hace a través de los medios masivos, y que es tan fuerte que nos lleva a superar y a ignorar nuestra experiencia propia.”<sup>420</sup>

El factor multiplicador del poder del poder penal se desata todavía más con el enemigo terrorista. Se justifica el control de nuestras vidas presentándonos al riesgo terrorista como real, es evidente entonces que aceptamos que nos revisen hasta nuestras intimidades cuando cruzamos un aeropuerto a favor de “nuestra imaginaria seguridad”.

“Al poder no le interesa mayormente evitar delitos, si los evita mejor, pero ése no es su verdadero interés, sino usar y manipular la real o ficticia evitación o prevención de los delitos como pretexto para reforzar el control verticalista y autoritario de toda la población, en especial de la parte de población que, por disidencia o por marginada considera peligrosa para su autoridad.”<sup>421</sup>

En esta situación mundial es un imperativo la reafirmación de que todos los seres humanos somos persona, reafirmar nuestra *humanitas*. Pero no porque el contexto desagradable lo requiera (un postulado para que todo mejore), sino por el dato real de la existencia de una comunidad genealógica de la especie humana y que se ha venido disminuyendo y negando hasta la actualidad.

## **8. Terrorismo-Derecho Penal-Estado de Derecho y la economía del pensamiento**

En este punto, es necesario reiterar la *existencia* indudable de dicho Derecho en las legislaciones de los Estados constitucionales, en otras palabras, la existencia

---

<sup>420</sup> Zaffaroni, Raúl, “Pensamiento y saberes penales”, en *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 23 y p. 24

<sup>421</sup> Zaffaroni, Raúl, “Pensamiento y saberes penales”, p. 34.

de normas que desconocen al ser humano como persona, tomándolo como fuente de peligro al perderse en él la presunción de fidelidad al Derecho y heteroadministrándolo. De aquí que, el *diagnostico* es verdad. También que el Derecho de Penal del enemigo es *derecho*. Asimismo, consideramos que el *pronóstico* será desalentador, es decir, que ese fenómeno crecerá –flexibilización de garantías procesales y dogmáticas–, a pesar de ello, manifestaremos nuestro compromiso en la *estrategia de contenerlo*.

El problema que el Derecho penal del enemigo trata de enfrentar presenta tres agentes: *terrorismo-Derecho Penal-Estado de Derecho*. El primero el peligro del que hay que defenderse, el segundo el instrumento de la defensa y el tercero el defendido. De esa forma así presentada reducimos la complejidad del problema y tomamos posiciones, de alguna forma en palabras Zaffaroni, resignadas, como la de Jakobs, pues *este trinomio no es, por así decirlo, funcional*.

Efectivamente, es muy común tratar de *economizar el pensamiento*, mejor dicho, minimizar esfuerzos, querer solucionar problemas con lo que se tiene a la mano –y por cierto muy a la mano de *los legisladores* esta el Derecho penal–. El terrorismo es un problema ideológico-político, no jurídico, es por ello que todos los intentos en tratar de definirlo han sido limitados o han terminado en fracaso. ¿Qué es el terrorismo? El fenómeno propio de los grupos subversivos, el del Estado, el de las formas de los medios de comunicación, de la economía, todo ello es altamente complejo, donde los factores de contradicción responden sobre todo a formas de organización social. Es más *económico* pensar que el terrorismo, del tipo subversivo, al que esta orientado el Derecho penal de enemigos, busca destruir el Estado y nuestra forma de organización.

En esta situación, se debe recurrir a medidas destinadas a limitar la actividad del legislador. Básicamente, con el respeto a los derechos fundamentales y las disposiciones destinadas a hacerlas efectivas.

## 9. ¿Qué hacer?

*La parábola del verdulero*: Si una persona acude a la verdulería y pide que le vendan un antibiótico por una enfermedad que padece, el verdulero le indicará, con sentido común, que se dirija a la farmacia porque él solo vende verduras. Como dice muy bien Zaffaroni, lo correcto es que procediéramos como el sabio verdulero: nosotros –los penalistas– sólo sabemos decidir cuando se habilita o no poder punitivo y también sabemos que, en el caso, esto no sirve o no alcanza para resolver el conflicto.<sup>422</sup> Al Derecho penal no se le puede preguntar sobre qué hacer con el terrorismo, y si se la hicieran debiera responder sencillamente no sé; no está en su marco conceptual resolverlo.<sup>423</sup> Ahora, ante los verdaderos culpables de este problema: los legisladores, cabe como penalistas y símiles del

---

<sup>422</sup> Véase Zaffaroni, Raúl, “*El enemigo en el Derecho penal*”, p. 181.

<sup>423</sup> En ese sentido, pero desde otra línea dogmática, Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho penal» del Enemigo?»: “No es que no se quiera abordar la cuestión de qué hacer con esos autores, es que jurídico-*penalmente*, nada se puede hacer más allá de la pena. Ello es así porque el Derecho penal muestra una definición funcional que lo restringe a la respuesta derivada de la culpabilidad”, pp. 147 y s.; “(...) No es, por tanto, que desde la perspectiva aquí adoptada no se quiera reconocer el problema de los sujetos culpables peligrosos (...) sino que se afirma que el Derecho penal presenta una barrera definicional que le impide catalogar de este modo a determinados sujetos si al mismo tiempo afirma su carácter responsable.”, pp. 148 y s.

sabio vendedor de verduras, dejar esta labor a otros medios de control social formales e informales. Por cierto, no significa que nos quedemos con los brazos cruzados aguardando lo que pasará, sino insistir en las bases fundamentales del Derecho.

Entonces, ¿cómo abordar la cuestión del terrorismo o la gran criminalidad o de los delincuentes peligrosos reincidentes? ¿Qué hacer? La respuesta simplemente – en tanto Derecho Penal– es, *nada*. En efecto, al Derecho y en particular al Derecho Penal no se le puede exigir más allá de lo que se le ha asignado, él solo puede esperar que un ciudadano, así este tenga las intenciones de destruir al Estado, *exteriorice* un comportamiento arrojándose ámbitos de libertad ajenos para intervenir. No antes. No tiene por qué anticiparse. Si no se exterioriza un comportamiento lesivo o una puesta en peligro a un bien jurídico, el derecho penal no debe intervenir.

Ahora bien, la pregunta presupone como certeza objetiva al “delincuente peligroso reincidente”. Sin embargo, no cabe abordar la cuestión planteada relativa al qué hacer con los delincuentes peligrosos reincidentes si es que, además, primero, no se ha deconstruido sus componentes: “delincuente”, “peligroso” y “reincidente”.

Este proceso deconstructivo daría cuenta de que el ser “peligroso” depende de la percepción cultural manifiestamente impuesta por los *mass media*; “delincuente” y “reincidente” son el resultado de la criminalización primaria y secundaria que depende de un derecho penal desigual por excelencia en la medida que se protege determinados bienes y se selecciona a determinados infractores.

Así con todo, como *táctica de contención* es preciso que el programa del Derecho penal del enemigo *deba* ser eliminado. No compartimos la propuesta de Jakobs, precisamente, *su* táctica de contención que consiste en delimitar en un sector del ordenamiento jurídico al Derecho penal del enemigo a fin de que no llegue a contaminar todo el Derecho penal del ciudadano, ya que la pretendida línea divisoria terminará por ser fragmentada fácilmente por el pulsionar del poder arbitrario que desde siglos se ha intentado contener. Es menester reiterar la propuesta de Cancio Melía: el orden del día político-criminal debe ser eliminar el Derecho penal del enemigo.

## 10. ¿Es derecho el Derecho penal del enemigo? II

Efectivamente lo es, pero un derecho incorrecto, injusto e inconstitucional. Desde una perspectiva iuspositivista de tipo *metodológico o conceptual*<sup>424</sup>, sí se trata de derecho, ya que éste al menos no debe definirse según propiedades valorativas esencialistas, sino tomando en cuenta propiedades descriptivas.<sup>425</sup> Esto no significa que uno esté obligado a reconocer y acatar (tanto el juez como el ciudadano) toda disposición jurídica como plantearía el positivismo ideológico a través de un mandato moral encubierto ni reconocer la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico. La desobediencia en el iuspositivismo metodológico

---

<sup>424</sup> Véase con más detalle, Nino, Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos aires: Astrea, 2005, pp. 37 y ss. Esto por supuesto no impide que los jueces incluyan valoraciones en las decisiones que toman, hasta el punto de desconocerlas.

<sup>425</sup> Véase también Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad., Rafael de Asís y Andrea Grepì, 1ª ed., Madrid: Debate, 1993, pp. 141-143 y pp. 145 y ss.

está garantizada. Asimismo, no significa desconocer principios morales y de justicia universalmente válidos (lo que el iusnaturalismo plantearía como exigencia a la hora de definir el Derecho), pues estos pueden plantearse y incluso reconocerse, pero no deben determinar el contenido de lo que *es Derecho*, contribuyendo más bien a la crítica del derecho positivo. La utilidad de una tesis conceptual es que los enunciados que se formulen del derecho serán axiológicamente neutros (no en cambio su fundamentación), posibilitando hacer dogmática jurídica (una dogmática jurídica que conoce de política); evitará que los conceptos sean manipulados; y posibilita distinguir un derecho que *debe ser* (base para la crítica del derecho que *es*). Este enfoque positivista que asumimos no elimina el enfoque crítico-valorativo. Justamente, un derecho que *debe ser*, únicamente, es posible con perspectivas *multidisciplinarias* y una posición política frente al poder.

Sin embargo, diversos autores consideran que las manifestaciones legales del Derecho penal del enemigo *no* son derecho, sino expresión de pura fuerza.

Por ejemplo, Bernd Schünemann:

“El denominado Derecho Penal del enemigo no es Derecho Penal, sino abuso de poder de la burocracia dominante.”<sup>426</sup>

Por su parte Gracia Martín:

“Conforme a los principios del Estado de Derecho, se trata sin la menor duda de una legislación antijurídica e inconstitucional porque viola de modo claro la dignidad del ser humano, al tratar como a cosas a quienes son etiquetados como enemigos. En definitiva, que no es Derecho, sino nada más que ejercicio ilegítimo de fuerza y coacción.”<sup>427</sup>

Desde una perspectiva dogmática diferente, pero en esa línea, Cancio Meliá<sup>428</sup> sostiene que el «Derecho Penal» del enemigo fácticamente existente no forma parte *conceptualmente* del Derecho penal, pues aquél solo demoniza (= excluye) determinados infractores y es un derecho penal de autor, por tanto, no cabe un *Derecho* penal del enemigo por ser disfuncional con el *concepto* de Derecho penal. En ese mismo sentido, en el ámbito nacional, Urquizo O., señala que “el planeamiento del Derecho penal del enemigo desarrollado en los márgenes del Derecho penal (...) es un falso dilema, porque en realidad no hay nada de Derecho Penal en él (...) solo un reflejo o espejismo.”<sup>429</sup>

Por el contrario creemos, desde el positivismo *metodológico*, que no es del todo acertado lo que afirman los autores citados, por cuanto estarían atendiendo a

---

<sup>426</sup> Schünemann, Bernd, Entrevista por J. Urquizo y D. Rosales, trad., Mariana Sacher, *La Ley*. El ángulo legal de la noticia, Dir. W. Gutiérrez, Editorial Gaceta Jurídica, N° 4, Año I, Octubre, Lima, 2014, p. 75.

<sup>427</sup> Gracia Martín, Luis, Entrevista por J. Urquizo y D. Rosales, *La Ley*. El ángulo legal de la noticia, Dir. W. Gutiérrez, Editorial Gaceta Jurídica, N° 5, Año I, Noviembre, Lima, 2014, p. 69.

<sup>428</sup> Cancio Meliá Manuel, “De nuevo: ¿«Derecho Penal» del Enemigo?”, pp. 124-128 y p. 134.

<sup>429</sup> Urquizo Olaechea, José, “Derecho penal del enemigo”, en *Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Vol. 64 (N° 1-N° 2), Perú, Lima, 2007, p. 238. Más adelante, precisa que “no es finalidad del Derecho Penal patrocinar la ‘exclusión’” (p. 256).

contenidos *esencialistas* propios del iusnaturalismo<sup>430</sup> algo que incluso puede llegar a ser poco conveniente.

### **11. Principio de Legalidad y futuros problemas de impunidad: ¿Derecho penal del enemigo como *injusto estatal extremo*?**

En el año 2000 Urquiza O. daba cuenta que el fin del siglo encontraba un saldo a favor del Principio de Legalidad.<sup>431</sup> Han pasado 15 años y hoy se puede decir que este principio está herido de muerte, hasta el punto que Velásquez V. sugiere su derrumbe y ante ello la refundación de todo el sistema punitivo.<sup>432</sup>

Introduzcámonos en lo que sigue a otro futuro problema.

Es ampliamente conocido que el Principio o garantía de legalidad exige que las conductas consideradas delictivas y faltas y las consecuencias jurídicas de estos (penas y medidas de seguridad) estén manifiestamente establecidos en una ley – *nullum crimen, nulla poena sine lege*–. Esta garantía se encuentra consagrada en la Carta Política de 1993 en su artículo 2 inciso 24 numeral d) y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal de 1991, cuyo contenido es considerado como *principio* y como *derecho subjetivo* por el Tribunal Constitucional Peruano.<sup>433</sup>

Asimismo, como expresión del tal principio se destacan 4 manifestaciones: (i) la prohibición de retroactividad de la ley penal (*lex praevia*); (ii) la prohibición de disposiciones jurídicas indeterminadas o mandato de determinación (*lex certa*), (iii) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); y (iv) la prohibición de la aplicación de derecho no escrito, esto es, la existencia de una ley (*lex scripta*).

---

<sup>430</sup> Quien expresamente lo hace es García Caveró, Percy, “¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”, p. 266; así también estaría planteando una suerte de Derecho penal del enemigo Constitucional (?), que respete la dignidad del ser humano, pp. 267 y 275.

Por otro lado, si vemos el razonamiento de Silva Sánchez de 1992 y ante la pregunta *¿es sostenible una tercera velocidad de Derecho penal?*, y la respondemos con su “*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*”, Barcelona: José María Bosch, 1992, se verá que la respuesta se obtendrá con ésta otra pregunta previa: *¿dónde situar la especificidad del Derecho penal moderno?* “[L]a única conclusión posible es que lo «propio», lo «característico» del Derecho penal moderno no se halla en lo «penal», (...) pues este fenómeno ha existido siempre, (...). Su especificidad se encuentra (...) en ser «Derecho», en la juridificación del fenómeno punitivo, en el sometimiento del mismo al cumplimiento de una serie de fines trascendentales a lo punitivo y de contenido garantístico”, p. 190. De allí que entonces no es sostenible ningún Derecho penal de enemigos.

<sup>431</sup> Urquiza Olaechea, José, *El principio de legalidad*, Lima: Gráfica Horizonte, 2000, p. 10.

<sup>432</sup> Velásquez V., Fernando, “¿Principio de legalidad o principio de ilegalidad?” en *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporánea*, T I, Libro Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario, E. Gimbernat, L. Gracia, E. Peñaranda, M<sup>a</sup> Rueda, C. Suarez y J. Urquiza (editores), 1<sup>a</sup> ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 111 y ss. y pp. 124 y s.

<sup>433</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2758-2004-HC/TC. Así indica: “Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.”



Las disposiciones jurídicas propias del discurso del Derecho penal del enemigo se caracterizan por no precisar los elementos del tipo que configuran la conducta prohibida, adelantar la barrera de punibilidad y conminar la actitud prohibida –la falta de civilidad– con altas penas; todo esto con el objetivo de neutralizar la fuente de peligro, esto es, al sujeto considerado enemigo-infiel al Derecho (el ser humano incorregible). Estas notas peculiares lesionan el Principio de Legalidad, Lesividad y Culpabilidad y Proporcionalidad, respectivamente, así como se revela como un Derecho penal de autor y no del hecho.

En lo que atañe al Principio de Legalidad se transgrede la *lex certa* por la indeterminación de la conducta ilícita. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional en la ST N° 0010-2002-PI/TC aclaró –considerando una aparente vulneración al Principio de Legalidad– que la frase “realizar *actos*” del artículo 2 del Decreto Ley N° 25475 que define el delito de terrorismo –cuestión que sugería la falta de precisión de qué tipo de *actos* se trata– debía interpretarse como “comisión de delitos”. En esa misma sentencia declaró inconstitucional por infracción al Principio de legalidad penal el artículo 7 del mismo Decreto Ley que sancionaba el delito de apología al terrorismo, pues no se describía con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella.

Si bien es factible reconocer que la indeterminación tiene una medida aceptable que es propia del lenguaje, lo curioso con el discurso ilegítimo que venimos analizando es que en él converge la lesión a la gran mayoría de Principios orientadores del Derecho penal. No se trata solamente que sus disposiciones solamente sean indeterminadas. Es sin duda un derecho incorrecto e injusto; pero ¿hasta qué punto?

Resultan evidentes los problemas con la *lex certa* respecto a los ciudadanos, sin embargo, queremos advertir de un gran problema futuro con relación a la *lex praevia*, ya no tanto como garantía de todos los hombres, sino respecto a los ejecutores materiales de las normas ilegítimas.

Este discurso autoritario dentro del Estado Constitucional puede provocar vacíos de punibilidad para los aplicadores (agencias policiales y penitenciaras) de tales normas (ya que incluso se le considera –para algunos autores, *ver supra*– *no derecho*). En efecto, bajo la cubierta de que tales normas son necesarias para el Estado, se justifica la conducta arbitraria y el abuso de poder de los aplicadores materiales de tal derecho positivo. Esta protección ilegal está en la posibilidad de generar de nuevo el problema sobre la validez de las normas<sup>434</sup> como en el caso del juzgamiento de los principales criminales de guerra en Nuremberg<sup>435</sup> o el de los tiradores o guardianes del muro en la Alemania oriental.<sup>436</sup> Una perspectiva fuertemente positivista podría considerar los actos violatorios de la dignidad humana a consecuencia del cumplimiento de las normas del Derecho penal del enemigo como justificados y no punibles.

---

<sup>434</sup> Dentro del inagotable debate entre iuspositivismo y iusnaturalismo.

<sup>435</sup> Safferling, Christoph, “Los Procesos de Núremberg”, trad., Juan Montiel, en *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, P. Sánchez-Ostiz (Coord.), 2ª ed., Madrid: La Ley, 2011, pp. 161-175.

<sup>436</sup> Felip I Saborit, David, “Caso de los tiradores del muro (Mauerschützen)”, en *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, P. Sánchez-Ostiz (Coord.), 2ª ed., Madrid: La Ley, 2011, pp. 509-524.

Lo que se trata de mostrar es que el Principio de legalidad, a la vez que es lesionado con tales leyes emitidas por el legislador (transgresión a la *lex certa* o mandato de determinación), en su configuración actual *impediría* –con la positivización de leyes flexibles que lesionan derechos fundamentales– la sanción de quienes efectivizan la lesión del principio con los abusos de poder que tales disposiciones habilitan. En esa medida se requiere con urgencia excepciones al Principio de Legalidad, pero que deben estar positivizadas (establecer una excepción a la prohibición de retroactividad o *lex praevia* tanto de la acción punible y de la causas de justificación de quienes efectivizan tales normas).

De aquí que recogemos la advertencia hecha por David Felip I Saborit,<sup>437</sup> de la aparición de nuevos e insospechados escenarios en que dicha cuestión se presente: la globalización y los nuevos estados emergentes. Sobre todo la globalización o americanización donde la totalidad de estados se enorgullecen de ser Estados de Derecho.

En efecto, la incorporación de normas del Derecho penal del enemigo nos puede llevar nuevos contextos conflictivos entre la validez de la norma y los principios del Estado constitucional. *Ya no frente a un sistema jurídico externo no democrático, sino en el seno del nuestro.* Si bien el problema entre iuspositivismo y iusnaturalismo para sancionar a los responsables de los crímenes de la segunda guerra mundial o durante la guerra fría ocurría porque se trataba de normas que *provenían de un legislador no democrático* (externo – disposiciones normativas de un sistema jurídico foráneo) que ofrecían un manto de impunidad ante las violaciones a los derechos humanos; lo que sucede es que las leyes penales de hoy aunque provengan del legislador democrático (interno, de uno u otro estado constituido democráticamente) se ven revestidos de una normalidad internacional (democrática) que configuran un nuevo escenario de problemas jurídicos, básicamente, de *impunidad a la agencias policiales y penitenciarias internas.*

Ante ello, particularmente, creemos que es preferible recurrir a una excepción a la prohibición de retroactividad (*lex praevia*) en lugar que al criterio o fórmula de G. Radbruch: la ley positiva que no pretenda alcanzar la justicia (igualdad) y la niegue de una manera insoportable, no solo no es derecho injusto, sino que no es en absoluto derecho<sup>438</sup> o en palabras resumidas de R. Alexy “[l]a *extrema injusticia no es Derecho.*<sup>439</sup> Conforme a este criterio, una norma jurídica fundamenta su validez en la pretensión de justicia, pero una de las exigencias del

---

<sup>437</sup> Felip I Saborit, David, “Caso de los tiradores del muro (Mauerschützen)”, p. 519.

<sup>438</sup> Con detalle véase Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, trad., M. I. Azareto de Vásquez, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962.

<sup>439</sup> Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *La injusticia extrema no es derecho* (De Radbruch a Alexy), Rodolfo Vigo (Coord.), 1ª ed., corregida, México D.F.: Fontamara, 2008, p. 358. (igualmente, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 5, 2001, p. 76. Recuperado de <http://hdl.handle.net/2183/2109>). El autor más adelante (p. 382) defiende la tesis de Radbruch indicando no es una intuición iusnaturalista, sino el resultado de una minuciosa ponderación entre los tres elementos de los que consta la idea de Derecho (justicia, adecuación y seguridad jurídica). Asimismo, refiere que si bien una ley retroactiva haría innecesaria la fórmula de Radbruch, esto dependería de la actividad del legislador que en caso no la emitiera la fórmula seguiría siendo vigente (pp. 387 y s.)

Derecho además de la *idea de Derecho* que es la justicia (igualdad) y su *finalidad* (ambas exigencias como dos tareas secundarias), es la seguridad jurídica o el orden. Esto último para Radbruch es lo más importante: en caso de conflicto entre justicia y seguridad jurídica el filósofo del derecho se inclina por la segunda.<sup>440</sup> De aquí que sea admisible un derecho injusto. Luego de la segunda guerra mundial, el orden de prelación cambiaría –“[p]ero la seguridad jurídica no es el valor único ni el decisivo, que el derecho ha de realizar”<sup>441</sup>, la seguridad jurídica pasa a ocupar un lugar intermedio entre la justicia y la conveniencia (*Zweckmässigkeit*), luego de poner a ésta última en último lugar–, cuando se tratase de un conflicto *insoportable*.

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aún cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia.

Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica.”<sup>442</sup>

Este criterio fue utilizado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso de los tiradores o guardianes del muro (*Mauerschützen*).<sup>443</sup> Las autoridades de la República Democrática Alemana –RDA en adelante– restringieron al máximo la salida de sus ciudadanos al exterior, a quienes se les demonizaba como enemigos y traidores; numerosas muertes ocurrieron por disparos en la frontera. Una vez disuelta la RDA, los procesos penales condujeron a analizar las normas que justificaban el uso de la fuerza letal.

Ahora bien, la fórmula de Radbruch fue actualizada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán al considerar dicho caso como una supuesto de *extrema injusticia estatal*<sup>444</sup> (“[l]a subordinación del Derecho a la vida del individuo frente al interés estatal en impedir el cruce de la frontera condujo a la postergación del mencionado derecho frente a las exigencias de conveniencia política”). Así se presenta un conflicto entre Principio de legalidad (retroactividad de las causas de justificación del derecho de la RDA) y el Principio de Justicia material. El criterio sirvió para inaplicar tales causas de justificación y, de ese modo, preservar los Principios que inspiran a la República Federal Alemana, puesto que de lo contrario la aplicación de ellas constituirían

<sup>440</sup> Radbruch, Gustavo, *Introducción a la ciencia del Derecho*, trad. Luis Recasens Siches, 1ª ed., Madrid: Librería General de Victoriano Suárez-Revista de Derecho Privado, 1930, p. 33 y s.; el mismo, *Filosofía del Derecho*, pp. 90 y s. y p. 105.

<sup>441</sup> Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, p. 36.

<sup>442</sup> Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, pp. 37 y s.

<sup>443</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG 95, 96), *La injusticia extrema no es derecho* (De Radbruch a Alexy), Rodolfo Vigo (Coord.), 1ª ed., corregida, México: Fontamara, 2008, pp. 131-171.

<sup>444</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG 95, 96), pp. 161 y s. y p. 166.

una grave violación al Principio de justicia material. Básicamente, el Tribunal consideró que la confianza en la estricta prohibición de retroactividad descansa en que las leyes penales son dictadas por un legislador democrático, esa confianza desaparece cuando *otro* Estado incorpora causas de justificación que excluyen la punibilidad de conductas que dañan los derechos fundamentales reconocidos por la comunidad internacional.

El Derecho penal del enemigo es un derecho incorrecto e injusto; no obstante, está en camino a convertirse en un caso de injusticia estatal extrema o injusto legal extremo, si es que ya no lo es debido a los casos extremadamente graves (Guantánamo) y la excepcionalidad que se ha convertido en normalidad. Quizá el ordenamiento jurídico pueda tolerar la vigencia temporal de normas abusivas para luego ser eliminadas, sin embargo, esto se está convirtiendo en una totalidad a consecuencia de la fácil contaminación. El legislador está disponiendo de una grave injusticia. No me puedo aventurar y considerar a este derecho extremadamente injusto como *no derecho*, pero es evidente que tampoco se puede permitir impunidad de los ejecutores de tales normas. Al igual que Felip I Saborit<sup>445</sup>, es preciso hacer excepciones a la prohibición de retroactividad como salida legislativa en lugar de una flexibilización del Principio de Legalidad a consecuencia de la ponderación con el Principio de Justicia material.

De aquí que sea necesario asegurarnos ante las justificaciones que se pretenderían ensayar ante los actos injustos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el Código Penal así como están redactadas nos obligará a enfrentar un conflicto entre el Principio de Justicia Material y el de Legalidad.

#### Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

#### Artículo II.- Principio de Legalidad

Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

Mientras el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), establece una excepción.

#### Artículo 7. No hay pena sin ley.

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

**2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.**

---

<sup>445</sup> Felip I Saborit, David, “Caso de los tiradores del muro (Mauerschützen)”, pp. 523 y s.

Esta medida consideramos la más adecuada para asegurar la sanción futura de los ejecutores materiales del Derecho penal del enemigo ante una no esperable situación de contaminación incontenible.

Veamos un ejemplo, Brandon Bryant<sup>446</sup>, un ex-operador de drones estadounidenses, dio a conocer que había victimado a miles de personas entre ellas también a mujeres y niños. Desde Nuevo México monitoreaba aviones no tripulados que con solo presionar un botón mataba seres humanos en oriente medio efectivizando acciones militares.

En una reciente entrevista –además de lamentar haber tomado parte en tales acciones– señaló:

“los operadores carecían de visibilidad y no estaban seguros de la identidad de los blancos a los que disparaban”. “Nosotros veíamos una silueta, sombras de gente y matábamos a las sombras. No había ningún tipo de supervisión (...) el programa estaba podrido por dentro...”<sup>447</sup>

Bryant es un militar estadounidense y así como los tiradores del muro de Alemania mató personas. Las normas bajo las cual él actuó a diferencia de los guardianes del muro fueron emitidas por un legislador democrático. ¿Es posible considerar que tales disposiciones jurídicas justifican el injusto realizado? ¿Acaso no se mando matar indiscriminadamente con un alto desprecio por la vida? ¿Es posible considerar tales acciones como injustos estatales extremos? ¿Cómo juzgaríamos –si fuese ello posible– la conducta de Bryant y de los militares superiores que dieron la orden?

Leyes que facultan torturar y dar muerte no está lejos de que se promulguen en nuestro país, un país democrático o encaminado a ello.

---

<sup>446</sup> Der Spiegel, 14 de diciembre de 2012. Recuperado de <http://www.spiegel.de/international/world/pain-continues-after-war-for-american-drone-pilot-a-872726.html> y Daily Mail, 17 de diciembre de 2012. Recuperado de <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2249252/Brandon-Bryant-Drone-operator-followed-orders-shoot-child--decided-quit.html>

<sup>447</sup> RT Actualidad, 23 de enero 2015. Recuperado de <http://actualidad.rt.com/actualidad/164232-operador-drone-eeuu-ataques-incertidumbre#.VMMpQbbi6sY.facebook>; véase además RT, 23 de enero de 2015. Recuperado de <http://rt.com/news/225355-us-drone-operator-bryant/>

**CAPÍTULO V**  
**DIALÉCTICA DE LA INTERPRETACIÓN, DERECHO PENAL DEL**  
**ENEMIGO Y DELITO DE AFILIACIÓN A ORGANIZACIÓN TERRORISTA**  
**¿ÚNICA POSIBLE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO POSITIVO?**

Hemos llegado al punto decisivo en el que pondremos a prueba nuestras hipótesis y así alcanzar nuestros objetivos diseñados en el marco metodológico. En tanto hemos puesto en evidencia que el denominado Derecho penal del enemigo se encuentra despojado de toda necesidad, la interpretación que efectúa del tipo penal de afiliación a organización terrorista es una interpretación más y, por ello, solo formal (características de la superficie textual). Ya en este nivel, aportaremos un marco teórico relativo a la interpretación de textos que nos permitirá elaborar una teoría de la interpretación para obtener, finalmente, una nueva interpretación del tipo en mención.

**1. Ideología**

La línea que seguimos es la línea latinoamericana: de contención del poder punitivo.

Son dos corrientes las que vienen a conformar el caudal a contener. Por una lado, la pragmática política penal norteamericana –chabacana y brutal– y, por otro, una construcción teórica europeocéntrica –sofisticada y elegante–. Sea el contenido de lo que se beba, un exquisito cóctel europeo cuyos ingredientes tienen algo Hegel, un poco de Luhmann, una pizca de Kant o la simpleza de una Coca-Cola para alcanzar la felicidad, el resultado es el mismo: control, represión y erosión de las libertades civiles y de la igualdad.

El pensamiento latinoamericano tiene la capacidad de respuesta a los desafíos que le ofrecen sus propios problemas. Nuestro localismo crítico, basado además en el mantenimiento de lo positivo del desarrollo teórico de otras latitudes y su

superación, constituye la base de la contención a los trasplantes teóricos –entre ellos los jurídicos– que se intentan instituir a nuestra sociedad.

La exclusión social, discriminación, la marginalidad, la postergación y la desigual distribución de los bienes puestos en evidencia en 1928 por José Carlos Mariátegui,<sup>448</sup> situación extendida hasta fines del siglo XX como lo describe Julio Cotler<sup>449</sup> y lo reitera el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación<sup>450</sup> dado a conocer el 28 de agosto del 2003 –no solo de la profunda violencia que vivió nuestro país, sino del diagnóstico de nuestra nación con graves problemas exclusión–, del continuo divorcio entre sociedad nacional y Estado entrados a la primera década del siglo XXI,<sup>451</sup> de la paradoja peruana del *crecimiento sin redistribución*<sup>452</sup> y del fracaso del ideal republicano<sup>453</sup> arroja como resultado una verdadera desigual distribución de la intervención punitiva (reflejado en el sistema carcelario), así como de la fuerza que se ha extendido a toda Latinoamérica.<sup>454</sup> Este es el dato *sociológico* –real, actual y vivo– que no se puede perder de vista. Estos elementos de la descripción no pueden ser ignorados por el sistema de derecho. La herencia colonial y oligárquica de exclusión social y postergación no ha sido eliminada de la noche a la mañana. En este estado de desigualdad social<sup>455</sup> –y de pretensión de eliminar los hechos históricos– no

---

<sup>448</sup> Mariátegui, José Carlos, *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima: Orbis Ventura SAC., (primera publicación 1928), 2005.

<sup>449</sup> Cotler, Julio, *Clases, estado y nación en el Perú*, 3ª ed., Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2005 (2ª reimpresión 2009).

<sup>450</sup> Véase el Informe en <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/>

<sup>451</sup> Matos Mar, José, *Desborde popular y crisis del Estado. Veinte años después*, 1ª ed., Lima: Fondo editorial del Congreso del Perú, (1ª reimpresión, 2005), 2004.

<sup>452</sup> Gonzáles de Olarte, Efraín, “Crecimiento, desigualdad e ingobernabilidad en el Perú de los 2000”, en *El Estado está de vuelta: desigualdad, diversidad y democracia*, Victor Vich (editor), 1ª ed., Lima: Instituto de Estudios Peruano, 2005, pp. 49 y ss. Aquí se destaca que el modelo económico del Consenso de Washington ha fracasado al no permitir la mejora de empleo y la desigualdad de ingresos.

<sup>453</sup> Vergara, Alberto, *Ciudadanos sin República ¿Cómo sobrevivir en la jungla política peruana?*, Lima: Planeta, 2013 (1ª reimpresión, 2014), 15 y ss. En la *Introducción* de esta compilación de artículos periodísticos, el autor presenta al Perú contemporáneo definido por el desencuentro de dos promesas: la neoliberal y la republicana. La primera ha alcanzado en éxito en 20 años, mientras que la segunda casi 200 años y aún sigue fallando. Así señala: “El neoliberalismo no prometió un país más igualitario, tampoco uno más democrático; ni prometió uno más justo, tampoco una comunidad de ciudadanos fortalecidos. Como hemos visto, su agenda era otra: mercados desregulados, crecimiento económico, desigualdad si hacía falta, el individuo como consumidor y/o empresario. Y el neoliberalismo cumplió su promesa. Eso le ofreció al Perú y eso trajo.”

<sup>454</sup> Bustos Ramírez, Juan, “Perspectivas y desafíos de la política criminal Latinoamericana”, en *Nuevo Foro Penal*, Editorial Temis, Colombia, año X, abril-mayo-junio, N° 56, 1992, pp. 157 y ss.

<sup>455</sup> La desigualdad se explica como consecuencia de la exclusión en tres ámbitos: económico, político y cultural. La desigualdad no solo es económica, sino es *desigualdad social*. Sobre la exclusión como categoría de análisis y su aplicación al Perú a fines del siglo XX como uno de los países más desiguales del mundo, véase Figueroa Adolfo, Altamirano Teófilo y Sulmot Denis, *Exclusión social y desigualdad en el Perú*, 1ª ed., Lima: Organización Internacional del Trabajo, 1996.

Asimismo, debe recordarse el contexto en el que se encuentra América Latina como una de las regiones más desiguales del mundo. Cfr. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “Informe sobre Desarrollo Humano 2014”, Nueva York, 2014. Recuperado de

queda otra que contener el poder penal y abordar al delito tal cual es, como expresión del poder estatal, como política-criminal.<sup>456</sup> El *objetivo primario* del penalismo latinoamericano como señala Zaffaroni<sup>457</sup> debe estar orientado a mantener a raya al poder punitivo y así evitar que éste amenace nuestros derechos sociales y la conquista aún postergada de ellos, sin duda un saber jurídico comprometido con la *humanitas*.

Al mismo tiempo, el problema del terrorismo tiene en América Latina –aparte, y principalmente, de la amenaza real y su nocividad a la constitución de la sociedad; y también de la no diferenciación entre los autores<sup>458</sup>– una connotación particular que impide transplantar modelos foráneos. Una expresión de pensamiento crítico puede ser considerada por los poderes fácticos –que influyen en la política– como una amenaza al *establishment*: surge el peligro de confusión entre uno y otros y el incremento de la exclusión. Vislumbrar un modesto cambio –aún cuando fuese adecuado– podría ser considerado un acto desestabilizador del sistema. Sabedor de nuestra realidad social, Bustos Ramírez marca el derrotero general:

“Imponer la falsa creencia en que la brutalidad penal es la base de la seguridad, es implantar en el imaginario social que la represión, el terror, es la manera para lograr el desarrollo de las libertades, la igualdad y la justicia. Con ello es el fin del Derecho y el predominio hegemónico de la inseguridad.”<sup>459</sup>

Y otro particular:

“[L]o más grave de la legislación antiterrorista (...) es que da la imagen distorsionada que se va a aplicar sólo y exclusivamente a los terroristas, pero eso no es así, pues ninguna ley penal se aplica sólo a los delincuentes, sino que puede recaer sobre cualquier ciudadano.”<sup>460</sup>

---

<http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-Spanish.pdf>

<sup>456</sup> Bustos Ramírez, Juan, “Política criminal, principios garantistas materiales y Derecho penal de la culpa” en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, GC ediciones, Perú, Año III, junio, N° 6, 1998, p. 543.

<sup>457</sup> Zaffaroni, Raúl, “El renacimiento de la persona y las amenazas de la globalización”, en *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 191.

<sup>458</sup> Los análisis puramente dogmáticos presentan al agente del delito de terrorismo en el escenario nacional como un sujeto peligroso a quien se debe neutralizar con el Derecho penal. No se diferencia las formas de articulación del agente al terrorismo que solo puede esclarecerse con estudios criminológicos. Véase por ejemplo, Mavila León, Rosa. “Lineamientos críticos sobre el tratamiento penal a los menores comprometidos en actos de terrorismo”, en *Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Perú, Vol. 49 Año 1991-1992, pp. 395-424. En este trabajo, a partir de fuentes jurisprudenciales y empíricas, la autora describe las modalidades de incorporación de los menores a la lucha armada: (i) socialización asociada al desarrollo de la guerra, (ii) razones de afecto o parentesco, (iii) compromiso por necesidad de sobrevivencia, desarraigo o abandono familiar y (iv) reclutamiento forzado, pp. 395 y ss. El proceso histórico del individuo debería permear en las categorías dogmáticas y permitir configurar políticas sociales alternativas que reduzcan el incremento del terrorismo.

<sup>459</sup> Bustos Ramírez, Juan, “In-seguridad y lucha contra el terrorismo”, en AA.VV., *El Derecho ante la globalización y el terrorismo «Cedant arma togae»*, Mario G. Losano/F. Muñoz Conde (coords.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 410.

<sup>460</sup> Bustos Ramírez, Juan, “In-seguridad y lucha contra el terrorismo”, p. 408.



## 2. Tres enfoques de interpretación

Los textos, entre ellos los textos legales (leyes), se interpretan; de ellos, además, se desprenden incontables interpretaciones posibles. No obstante, sostiene Eco, “[a]firmar que la interpretación (...) es potencialmente ilimitada no significa que la interpretación no tiene objeto y que fluye (riverruns) sólo por sí misma. Afirmar que un texto no tiene potencialmente fin no significa que todo acto de interpretación pueda tener un final feliz.”<sup>461</sup> Esto quiere decir –interpreto a Eco así– que no cualquier sentido o significado que se diga de un texto es un sentido o significado adecuado. Hay criterios y límites en la interpretación, en consecuencia, habrá malas interpretaciones.

Ahora bien, cuando se interpreta un texto difícilmente el intérprete indaga sobre la intención del autor del texto –en nuestro caso la intención del legislador–, lo cual resulta ya espinoso y poco frecuente. Apartando de la búsqueda la intención del autor queda como materia interpretable las palabras del texto. Aquí es oportuno citar nuevamente a Eco, quien indica que “[e]l debate clásico apuntaba a descubrir en un texto bien lo que el autor intentaba decir, bien lo que el texto decía independientemente de las intenciones de su autor. Sólo tras aceptar la segunda posibilidad cabe preguntarse si lo que se descubre es lo que el texto dice en virtud de su coherencia textual y de un sistema de significación subyacente original, o lo que los destinatarios descubren en él en virtud de sus propios sistemas de expectativas.”<sup>462</sup>

El esquema es expuesto de manera más clara en los “*Límites de la interpretación*”.

“Si en los últimos tiempos el privilegio conferido a la iniciativa del lector (como único criterio de definición de un texto) adquiere excepcionales características de visibilidad, el debate clásico, en cambio, se articulaba fundamentalmente en torno a la oposición entre estos dos programas:

- (a) debe buscarse en el texto lo que el autor quería decir;
- (b) debe buscarse en el texto lo que éste dice, independientemente de las intenciones de su autor.

Sólo después de haber aceptado el segundo extremo de la oposición se podía articular la oposición entre:

- (b1) es necesario buscar en el texto lo que dice con referencia a su misma coherencia contextual y a la situación de los sistemas de significación a los que se remite;

---

<sup>461</sup> Eco, Umberto, “Interpretación e Historia”, en *Interpretación y sobreinterpretación*, trad. Juan G. López Guix (compilación de Stefan Collini), 2ª ed., Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1997, p. 34, también véase pp. 51 y 55.

<sup>462</sup> Eco, Umberto, “La sobreinterpretación de textos”, en *Interpretación y sobreinterpretación*, trad. Juan G. López Guix (compilación de Stefan Collini), 2ª ed., Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1997, p. 76.

(b2) es necesario buscar en el texto lo que el destinatario encuentra con referencia a sus propios sistemas de significación y/o con referencia a sus deseos, pulsiones, arbitrios.”<sup>463</sup>

Se presenta de ese modo tres enfoques o esquemas de interpretación:

- a) Interpretación conforme a la intención del autor (*intentio auctoris*).
- b) Interpretación conforme a la intención del texto (*intentio operis*) (b1).
- c) Interpretación conforme a la intención del intérprete (*intentio lectoris*) (b2).

Retiraremos la primera posibilidad y se abordarán las dos últimas.

La interpretación que un defensor del Derecho penal del enemigo hace de determinados textos legales es una interpretación *desde* el lector. Es lo que este particular destinatario ha descubierto del texto de acuerdo a *su* perspectiva de las cosas. Se trata, pues, de un caso de interpretación conforme a la intención del intérprete<sup>464</sup> (*intentio lectoris*).

Sobre la base de lo expuesto, lo que con este trabajo se busca —o al menos se pretende dejar en lineamiento— es rescatar la *intención de texto* (*intentio operis*) e interpretarlo conforme a su significado propio —que creemos es el que se armoniza con *todo* el sistema de derecho de un Estado que se considere a sí mismo como legítimo, uno que potencia la libertad—.

El criterio para encontrar el significado de un texto (un texto legal también) es su cotejo *en* su coherencia contextual.

“¿Cómo demostrar una conjetura acerca de la *intentio operis*? La única forma es cotejarla con el texto como un todo coherente. También esta idea es vieja y procede de san Agustín (De doctrina christiana): cualquier interpretación dada de cierto fragmento de un texto puede aceptarse si se ve confirmada —y debe rechazarse si se ve refutada— por otro fragmento de ese mismo texto. En este sentido la coherencia textual interna controla los de otro modo incontrolables impulsos del lector.”<sup>465</sup>

“En el De Doctrina Christiana decía Agustín que si una interpretación parece plausible en un determinado punto de un texto, sólo puede ser aceptada si es confirmada —o al menos, si no es puesta en tela de juicio— por otro punto del texto. Esto es lo que entiendo por *intentio operis*.”<sup>466</sup>

Con mucha evidencia, ante las muchas interpretaciones posibles de un texto (el texto puede decir muchas cosas) y muy a pesar de lo que autor (el legislador) haya querido decir, tampoco podemos hacerle decir más de lo que el texto podría

---

<sup>463</sup> Eco, Umberto, *Los límites de la interpretación*, trad. Helena Lozano, 1ª ed., Barcelona: Editorial Lumen, 1992, p. 29.

<sup>464</sup> Las escuelas penales interpretan el derecho positivo en función de su sistema. Todas estas interpretaciones son, evidentemente, interpretaciones desde la intención del intérprete.

<sup>465</sup> Eco, Umberto, “La sobreinterpretación de textos”, pp. 77 y s.

<sup>466</sup> Eco, Umberto, *Los límites de la interpretación*, p. 40.

decir. El texto dice menos de lo que los intérpretes podrían interpretar.<sup>467</sup> Es menester reiterar que habrá malas interpretaciones.

## 2.1. En particular los textos jurídicos

En el desarrollo de la vida interpretamos objetos, hechos, actividades mentales y, por supuesto, textos. Entre estos últimos se encuentran los textos literarios, científicos, teóricos, jurídicos, etc.

La interpretación de textos y sus límites –no cualquier interpretación es una buena interpretación– que nos ofrece Eco tiene un ámbito de aplicación en los *estudios literarios*.<sup>468</sup> Por ello debemos tener en cuenta que en nuestro caso nos enfrentamos a textos de una naturaleza particular distinto de los literarios, esto es, a los jurídicos, y con ello me refiero sobre todo al *derecho positivo u objetivo*. Es poco frecuente que cuanto interpretamos un poema o una novela establezcamos una pauta normativa con la finalidad de aplicar esa interpretación a otro suceso –muchas veces en tanto lectores literarios interpretamos para nuestro regocijo personal e imaginativo–, lo que sí ocurre necesariamente con la interpretación de textos jurídicos que nos ha proveído el legislador. La interpretación del derecho positivo *es decisoria y aplicativa*. Esa advertencia sobre la interpretación en cada caso evita alguna objeción relacionada a un importación mecánica de los distintos enfoques de la interpretación de textos de Eco.

Por otro lado, y como nota accesoria, debemos indicar también que dentro de los textos jurídicos podemos encontrar los *textos doctrinales* que establecen sistemas dogmáticos. De este tipo textos no se establecen pautas aplicables a un caso (decisorio), es más bien un marco que sirve para la interpretación. Todavía así, en tanto texto es también interpretable: es posible desprender ciertas interpretaciones *sobre el funcionamiento de dicho sistema*. No obstante, aquí los límites a la interpretación de este tipo de texto son más estrictos. Por ejemplo, no podemos interpretar el sistema de H. Welzel y decir que en ella la acción no sea final o que los principios del sistema político criminal de protección subsidiaria de bienes jurídicos de C. Roxin no se desprenden de una constitución democrática. No ahondaremos más sobre la interpretación de los textos doctrinales.

Esa especificidad de la interpretación de los textos del derecho positivo tampoco impide apreciar aquí lo provechoso de la definición de Eco sobre la interpretación:

*“la interpretación (...) es el mecanismo semiótico que explica no sólo nuestra relación con mensajes elaborados intencionalmente por otros seres humanos, sino también cualquier forma de interacción del hombre (y quizá de los animales) con el mundo circunstante. Precisamente a*

---

<sup>467</sup> Eco sugiere criterios de economía aplicables a la lectura que se fundan de alguna manera en el sentido común y mínimo esfuerzo que ayudarán a evitar al menos las interpretaciones insostenibles. Eco, Umberto, *Los límites de la interpretación*, (Introducción), p. 16. La referencia hecha en esta nota se encuentra en *Economizar con Joyce* (pp. 120 y ss.).

<sup>468</sup> Eco, Umberto, *Los límites de la interpretación*, p. 15. También estéticos y filosóficos.

*través de procesos de interpretación nosotros construimos cognitivamente mundos, actuales y posibles.*<sup>469</sup>

Esto obliga a hacer referencia a la semiótica que es un discurso o saber teórico y la semiosis que es un fenómeno. La semiótica se ocupa de la semiosis. Aquí la influencia de Charles S. Peirce es fundamental de quien Eco toma su definición de semiosis:

*“[U]na acción o influencia que es o implica una cooperación entre tres sujetos, como por ejemplo, un signo, su objeto y su interpretante; no pudiendo resolverse de ninguna manera tal influencia tri-relativa en una influencia entre parejas.”*<sup>470</sup>

Consideramos que estamos efectuando un estudio semiótico, puesto que estamos analizando un sistema de signos, los textos; y como una especie de ellos, los textos jurídicos producidos por unos hombres (legisladores) para expresar algo. En nuestro caso una *prohibición*.

Otro aporte que estamos recogiendo –y lo reiteramos– de Eco es que si bien no podemos decir qué interpretación es la mejor, sí es posible decir cuál es la mala (criterio de demarcación popperiano). El filósofo y semiólogo italiano rechaza que un texto pueda tener todos los sentidos, cree más bien que el texto mismo es un parámetro de sus interpretaciones aceptables, por ello, hay grados de aceptabilidad de interpretaciones y, en consecuencia, interpretaciones fracasadas.<sup>471</sup>

*“Creo, por el contrario, que podemos aceptar una especie de principio popperiano según el cual si no hay reglas que permitan averiguar qué interpretaciones son las «mejores», existe al menos una regla para averiguar cuáles son las «malas».”*<sup>472</sup>

Eco destaca que hay algo en el texto que se debe respetar y que limita nuestra interpretación.

*“Decir que no hay *Ding an Sich* y que nuestro conocimiento es situacional, holístico y constructivo no significa que cuando estamos hablando no estamos hablando de algo. Decir que este algo es relacional no significa que no estamos hablando de una relación determinada. Sin lugar a dudas, el que nuestro conocimiento sea relacional y que no podamos separar los hechos del lenguaje de los medios con que los expresamos (y construimos) alienta la interpretación. Estoy de acuerdo con Culler en que incluso la sobreinterpretación es fructífera, estoy de acuerdo con la idea de sospecha hermenéutica, estoy convencido de que el hecho de que los tres cerditos sean tres y no dos o cuatro tiene algún significado. Durante mi conferencia, hablando de intérpretes y otros autores, así como de intérpretes de mis novelas, he subrayado lo difícil que es decir si una interpretación es buena o no. Sin embargo, he*

---

<sup>469</sup> Eco, Umberto, *Los límites de la interpretación*, p. 17

<sup>470</sup> Eco, Umberto, *Los límites de la interpretación*, p. 17, p. 65 y p. 240.

<sup>471</sup> Eco, Umberto, “Réplica”, en *Interpretación y sobreinterpretación*, trad. Juan G. López Guix (compilación de Stefan Collini), 2ª ed., Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1997, p. 161, p. 162, p. 170 y p. 171.

<sup>472</sup> Eco, Umberto, “La sobreinterpretación de textos”, p. 63.

decidido que es posible establecer algunos límites más allá de los cuales se puede afirmar que una interpretación determinada es mala e inverosímil. Como criterio, mi crítica cuasi popperiana quizá sea demasiado débil, pero es suficiente para reconocer que no es cierto que todo sirve.<sup>473</sup>

## 2.2. En particular los tipos penales

No pretendemos tampoco decir que el texto del artículo 5 del Decreto Ley N° 25475 ofrece una interpretación única, pues hay otras tantas, solo creemos que la que propondremos es un poco mejor, no por el resultado final de la interpretación, sino por el *método de interpretación* que permite que lleguemos a una conexión con el contexto normativo. Un segmento del texto (un tipo penal) *debería* corresponderse con el texto en general (el ordenamiento jurídico).

Si bien *nuestra* interpretación puede resultar siendo otra interpretación conforme a *nuestra* intensión –intensión de un lector o intérprete y a ello nos arriesgamos–, sin embargo, logro obtener del texto legal una interpretación más que pone ya en tela de juicio la interpretación que los defensores del Derecho penal del enemigo hacen de algunas disposiciones del derecho positivo como *exclusivas* del Derecho penal del enemigo.

No afirmamos que las disposiciones del derecho positivo sean siempre y de todas formas interpretables de manera que resulte feliz (acorde con la Constitución). Tenemos la seguridad que alguna interpretación será *mala* en el sentido que una disposición jurídica es irredimible de su ilegitimidad. Así, por más que nuestra interpretación sea muy bien intencionada será una mala interpretación si no se corresponde con el propósito in-constitucional del texto (interpretación *contra legem*), pero esto no la desmerece, por el contrario, pone de relieve que no queda de otra sino que expulsar la disposición jurídica calificada como una de Derecho penal de enemigo del ordenamiento jurídico. Dicho en otras palabras, como la interpretación no es ilimitada y hay *algo* en el texto que se debe respetar, entonces, no podemos convertir lo inadecuado en adecuado, lo que se expresa en malo como bueno. Debemos respetar la inconstitucionalidad del texto si así lo fuera necesario, en este caso, repito, solamente queda su eliminación.

## 3. Contexto y objetivos

Actualmente, el fenómeno del terrorismo –y su conexión con otras organizaciones criminales<sup>474</sup>– es, nuevamente, objeto de discusión de un modo intenso, tanto a nivel académico-jurídico, político y social. Ante tal problemática, desde hace unos años atrás se han estado emitiendo normas destinadas a contener dicha actividad criminal.<sup>475</sup> Dejando de lado el papel de los

---

<sup>473</sup> Eco, Umberto, “Réplica”, p. 164.

<sup>474</sup> Véase al respecto la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/46/60 *Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional*, del 17 de febrero de 1995, que pone en alarma los crecientes y peligrosos vínculos entre los grupos terroristas, los traficantes de drogas y sus bandas paramilitares.

<sup>475</sup> El 22.07.2007, se emitió el Decreto Legislativo N° 985, el cual modificó el Decreto Ley N° 25475 (Legislación terrorista), ampliando el marco de conductas punibles referido a los miembros de una organización terrorista (artículo 3), colaboración terrorista (artículo 4), así como la incorporación de un nuevo tipo penal (artículo 6-A Reclutamiento de personas). El 14.10.2009, entró en vigencia la Ley N° 29423 que dispuso que los sentenciados por terrorismo

operadores políticos y sobre todo de los *mass media* que crean una imagen temible, las actividades criminales de las organizaciones terroristas existen y hacen daño.

En esa situación, es necesario dar a conocer cómo modernamente se están *interpretando* las estructuras normativas que se dirigen a sujetos que se han “apartado de modo duradero del Derecho” y, además, esclarecer la carga negativa de la terminología que se recurre al respecto y que la hace a primera vista inaceptable. El objetivo es que los operadores jurídicos –fundamentalmente jueces– identifiquen los problemas y retos que se presentan en este sector de la legislación y ejerzan su poder de contención.<sup>476</sup>

En lo que sigue, nos dirigiremos, en primer lugar, a *describir*, por un lado, el estado actual de la política criminal y de la dogmática penal funcionalista relativa al Derecho penal del enemigo y, por otro, un sector del derecho positivo peruano (el delito de afiliación a organización terrorista - artículo 5 del Decreto Ley N° 25475) con el objeto de establecer *si* ambas descripciones *coinciden*. En segundo lugar, pondremos de relieve que la construcción teórica del denominado Derecho penal del enemigo que se acopla a determinados tipos penales del derecho positivo es sólo una posible interpretación y no la única, a tal efecto recurriremos a la *dialéctica de la interpretación*.

Por último, presentaremos una propuesta alternativa del injusto de afiliación a organización terrorista que permita alejar dicho tipo penal del concepto de Derecho penal del enemigo, tratando que sea una interpretación que se desprenda de su coherencia textual y de su incorporación en un Estado que garantice el desarrollo de la personalidad y la igualdad de sus ciudadanos.

Este esfuerzo se orienta a reconocer que *todos los hombres somos personas*. El ser persona no es un predicado o cualidad atributiva que se puede perder y, por ello, no hay razón para llevar a cabo tratos diferenciadores.<sup>477</sup>

---

no podrán acogerse a beneficios penitenciarios. El 01.09.2010, el Decreto Legislativo N° 1095 estableció reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las FF.AA. en territorio nacional. El 21.11.2012, la Ley N° 29936 incorporó en el Decreto Ley N° 25475 el artículo 4-A Financiamiento terrorista, además, dispuso la imposibilidad de que los sentenciados por este delito se acojan a beneficio penitenciarios. El 20.08.2013, se creó la Ley N° 30007 Ley contra el Crimen Organizado.

Por otro lado, se encuentra en trámite legislativo el Proyecto de Ley N° 1831/2012-PE presentado el 14.12.2012, para extender el alcance punitivo del artículo 6-A Reclutamiento de personas, incorporar el delito de conspiración terrorista en el artículo 7 y sancionar a todo aquel que promueva, favorezca o facilite la inscripción electoral de una organización terrorista en un nuevo artículo 8-A, todo en ello en el Decreto Ley N° 25475. Además, en los últimos meses, el Poder Ejecutivo anunció una normativa que regulará el seguimiento y control de sentenciados por delitos graves, como violación sexual y terrorismo, luego que estos hayan cumplido sus penas.

<sup>476</sup> En un trabajo anterior desarrollamos este deber del juez. “Finalidad del saber penal. La contención del poder punitivo como deber de los jueces penales”, en *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, Lima: Editorial Gaceta jurídica, Tomo 40, Octubre, 2012.

<sup>477</sup> Los seres humanos somos los únicos seres que necesitamos reunirnos y reconocernos como personas; las vicuñas, los delfines, los gallitos de las rocas y otros seres no se reúnen para que se reconozcan como vicuña, delfín y gallito de las rocas. El enfoque teórico diferenciador de un Derecho penal de ciudadanos (personas) y un Derecho penal de enemigos (no personas) a inicios del siglo XXI es la constatación del lento proceso en la historia de la humanidad para reconocernos como iguales (personas). La propuesta de la filosofía medieval gracias a la cual se universalizan los conceptos –como el de *Persona*– aún no se ha realizado en plenitud.

## 4. La expansión del Derecho penal y el Derecho penal del enemigo

### 4.1. Ubicación

Desde una visión criminológica, en la sociedad peruana se presentan –con matices propios– los problemas institucionales y las respuestas políticas frente al delito que describe Garland<sup>478</sup> en las sociedades estadounidense y británica (la cultura del control), y que los profesores españoles Díez Ripollés<sup>479</sup> y García-Pablos de Molina<sup>480</sup> han dado énfasis en llamar el “modelo político-criminal de la *seguridad ciudadana*”, el cual tiene los siguientes rasgos característicos:

- Declive del ideal de la rehabilitación, mientras que se revaloriza el componente aflictivo de la pena (la resocialización pierde apoyo social) y reaparece la retribución.
- Protagonismo de la delincuencia clásica y correlativo trato de favor de la criminalidad de los poderosos.
- Demanda de protección y prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana (temor a ser víctima del delito auspiciado por los medios de comunicación).
- Retorno de la víctima (el interés de la víctima representa el interés general).
- Populismo y politización (la opinión de expertos deja su lugar a la opinión pública y políticos).
- Reinención de la prisión como elemento indispensable del orden social contemporáneo (endurecimiento del rigor penal).
- Ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal (confianza sin límites en los órganos estatales del «ius puniendi» y despreocupación por el sistema de garantías que controle dicho poder).
- Expansión de la infraestructura de la prevención del delito e implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia.
- La comercialización del control del delito a través de cárceles y la seguridad privadas, lo que lleva a borrarse la división entre la función pública y privada.
- Transformación del pensamiento criminológico (paso del paradigma «etiológico» al paradigma de «control»).
- Sensación permanente de crisis, esto es, las agencias especializadas de la justicia penal estatal se perciben como inapropiados para enfrentar el problema del delito.
- Nuevos estilos de gestión y prácticas de trabajo dirigido al control de los delitos.

---

<sup>478</sup> Garland, David, *La cultura del control*, pp. 39 y ss.

<sup>479</sup> Díez Ripollés, José, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *RECPC*, 06-03 (2004), p. 6. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

<sup>480</sup> García-Pablos de Molina, Antonio, *Criminología*, 1ª ed., Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008, pp. 678 y ss.

Este nuevo panorama no es sino resultado de la *relación contradictoria* entre libertad y seguridad que determina la naturaleza del *fenómeno penal* (contradicción fundamental) y su desarrollo en otras tres contradicciones principales.<sup>481</sup> Asistimos a una etapa de evidente inclinación hacia la seguridad,<sup>482</sup> cuya expresión fenomenológica de la contradicción, esto es, de la orientación de la política criminal, gira en torno a la eficacia, defensa frente a riesgos (sentimiento de inseguridad ciudadana<sup>483</sup> y el interés general representando por la víctima) y la neutralización. En esta “nueva penalidad”<sup>484</sup>, como lo llama Ciappi, lo que importa es que el sistema funcione.

En la misma dirección del resultado del estado actual de la contradicción entre libertad y seguridad –preponderancia de la segunda sobre la primera–, o hacia un Derecho penal más autoritario<sup>485</sup>, el Perú no es ajeno al proceso de neocriminalización, sobrecriminalización, exacerbación del poder punitivo, flexibilización de los principios del Derecho penal y procesal penal, así como de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales<sup>486</sup>. Esta tendencia es conocida en la doctrina como *expansión*<sup>487</sup> del Derecho penal.

La ampliación en el adelantamiento de la barrera de punibilidad, endurecimiento de las penas, una legislación de combate y ausencia garantías procesales son características propias de la tendencia de expansión que el denominado Derecho

---

<sup>481</sup> El desarrollo de esta idea en mi trabajo: “Finalidad del saber penal. La contención del poder punitivo como deber de los jueces penales”, pp. 383 y ss.; y, principalmente, en mi tesis de habilitación para optar el título de abogado: “*El proceso dialéctico...*”.

<sup>482</sup> En ese mismo sentido, Demetrio Crespo, Eduardo, “El Derecho Penal del enemigo DARF NICHT SEIN! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, en *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Cancio/Gómez-Jara (coords), Buenos Aires: EDISOFER-Euros editores-BdeF., 2006, pp. 473 y ss. El autor español ubica la problemática del Derecho penal del enemigo en la “tensa relación entre libertad y seguridad”.

<sup>483</sup> Sobre la relación del sentimiento de inseguridad y el delito, véase Kessler, Gabriel, *El sentimiento de inseguridad*, Buenos Aires, 2009 (1ª reimpresión 2011).

Este autor, por otro lado, da cuenta de una paradoja, que el miedo al crimen no favorece al poder público, sino que lo daña: “Hay pocas dudas de que construir a un enemigo que puede ser externalizado, dentro o fuera de las fronteras, cohesiona y disciplina, al menos durante un tiempo, mientras que, por el contrario, un enemigo interno que en ese mismo movimiento de definición no aparece acorralado y controlable es más una fuente de sensación de descontrol que de disciplinamiento, y de pérdida de la legitimidad política antes que de su incremento.” p. 34. Sin duda el carácter ubicuo del delito hace ver la falta de control del Estado, pero cuando se trata de un enemigo identificable y archimalvado que está ahí, la percepción como real de un peligro que brota de él favorece al poder, puesto que justifica la anticipación de la punibilidad. El daño a la institucionalidad se da con ambos aspectos.

<sup>484</sup> Ciappi, Silvio, “La nueva penalidad. Política criminal y gobierno de la inseguridad”, 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 11 y ss.

<sup>485</sup> Acertadamente sostiene Muñoz Conde: el Derecho penal es ya de por sí autoritario, pero ahora presenciamos uno mucho más autoritario a consecuencia de la lucha contra el terrorismo y la inseguridad ciudadana, Muñoz Conde, Francisco, “El nuevo Derecho penal autoritario”, en AA. VV., *El Derecho ante la globalización y el terrorismo «Cedant arma togae»*, Mario G. Losano/Francisco Muñoz Conde (coords.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 161 y ss.

<sup>486</sup> Crítico a la política-criminal peruana se muestra Prado Saldarriaga al considerar que ella ha olvidado sus bases de orientación y legitimación, por ello propone volver la mirada a los *Principios reguladores del control penal* como pautas de actuación y de limitación al poder estatal para el diseño de la política penal, véase Prado Saldarriaga, Víctor, *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal*, 1ª ed., Lima: IDEMSA, 2009, pp. 250 y ss.

<sup>487</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, pp. 4 y s.



penal del enemigo recoge. Así se elabora una propuesta que establece dos sectores diferenciados en el ordenamiento jurídico-penal; uno para ciudadanos y otro para enemigos.

#### 4.2. Efectividad y encubrimiento

La imagen de esta situación tiene en el ordenamiento jurídico como caballo de batalla, estandarte o punta de la lanza al Derecho penal antiterrorista. Este sector de la legislación deja ver la tensión entre un posicionamiento crítico a las medidas excesivas y el *reclamo* –incluido teóricos– a la falta de efectividad de la legislación contra el terrorismo. Justamente, el Derecho penal del enemigo se presenta como la medida necesaria ante la ineffectividad del Derecho penal liberal frente a un tipo de criminalidad, la común (organizada o no). Aquí su lógica eficientista y efectivista es evidente. Más no es efectiva, porque el problema real son las inequidades sociales y no es eficiente, porque provoca un mayor coste jurídico-social socavando las bases del propio Estado constitucional.<sup>488</sup>

La prevención, la anticipación al acto terrorista y su represión dura constituyen sus rasgos esenciales, que son el resultado de la búsqueda de un Derecho penal efectivo en todo nivel. La mirada a la respuesta al acto terrorista demanda una sanción en un doble horizonte: cuando hace algo, porque lo merece; y, si no hace nada, para prevenir que lo haga.

Las consecuencias de una máxima seguridad es, pues, un Derecho penal máximo que trastoca los principios del Derecho penal sobre todo el Principio de Legalidad –tipificaciones laxas–. Pero además, como señala Ferrajoli, desvía la atención y encubre la criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo del planeta, esto es, la *criminalidad del poder*. Entre esta criminalidad, se encuentran los crímenes de los grandes poderes económicos, los crímenes de los poderes públicos y de los poderes abiertamente criminales –el terrorismo y la criminalidad mafiosa–.

“El terreno privilegiado de esta política coyuntural y demagógica es el de la seguridad. En todos nuestros países –en Italia como en América Latina– la demanda de seguridad, alimentada por la prensa y la televisión, está acentuando las vocaciones represivas de la política criminal, orientándola únicamente a hacer frente a la criminalidad de subsistencia. El mensaje político que resulta es de signo descaradamente clasista, y está en sintonía con los intereses de la criminalidad del poder en todas sus diversas formas. Es un mensaje preciso, que sugiere la idea de que la criminalidad, la verdadera criminalidad que hay que prevenir y perseguir es únicamente la callejera y de subsistencia.”<sup>489</sup>

---

<sup>488</sup> Incluso desde una perspectiva del Análisis Económico del Derecho, el denominado Derecho penal del enemigo no es eficiente debido a que maximiza costes sociales (su eficacia es una utopía y produce un mayor coste para el sistema jurídico penal y las personas); véase brevemente, Alcocer Pavis, Eduardo, *La inclusión del enemigo en el Derecho penal*, Lima: Reforma, 2009, pp. 73 y ss. y p. 113. Sin embargo, un análisis de este tipo basado en los resultados eficientistas del AED tampoco puede ser aceptado, ya que también desde la perspectiva de Jakobs, el Derecho penal del enemigo es la medida óptima.

<sup>489</sup> Ferrajoli, Luigi, “Criminalidad y globalización”, en *Iter criminis*. Revista de Ciencias Penales, Nº1, Tercera época, Tlalpan, México, 2005, p. 80 y s.

Hemos visto en el capítulo II que la línea creciente de la cultura del control del centro difundida a la periferia –el paradigma del estado social al estado penal– tiene puesta la atención en la criminalidad común –robos, homicidios, violaciones– y alcanza la criminalidad organizada común –que abarca desde la criminalidad organizada de tipo mafiosa representada en la criminalidad del tráfico de drogas, armas, seres humanos, etc. y culmina con la criminalidad terrorista (la punta de la lanza) (*poderes criminales*)–. En este esquema, es la criminalidad del poder de las organizaciones criminales de los grandes poderes económicos y de los poderes estatales (*crímenes del poder*) la que resulta mucho más beneficiada por el desvío de la atención.

En el presente contexto de la cultura de control, es posible lograr –a ello nos dirigimos–, a partir de una interpretación consistente con el Estado Constitucional, una respuesta al menos plausible frente a las amenazas de las organizaciones criminales y especialmente las terroristas; así, pues, como bien afirma Urquiza O., “la existencia de garantías y derechos no tiene porque significar la ineficacia del Derecho penal.”<sup>490</sup>

### 4.3. Sinceridad

Las características de las normas con las cuales se trata a determinados seres humanos como enemigos constituye, de acuerdo con Zaffaroni,<sup>491</sup> la forma más clara y real de la actual situación de un sector del discurso penal. Encubrir este hecho o no llamarlo por su nombre, creo, no es sincero; no obstante, esa situación no depende del teórico, en este punto es importante destacar y reiterar las palabras de Jakobs:

“[N]o es mi propósito convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino *describir* a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quien atribuirá en el futuro ese papel. No se trata de crear normas, ni mucho menos, de postulados políticos, sino de llevar a cabo constataciones, y de sus prolongaciones hacia el futuro”<sup>492</sup>; añade, “[h]asta me resultaría agradable que pudiese disolverse la detestable imagen Derecho penal del enemigo; ahora bien, no veo ninguna posibilidad de una disolución incondicionada, y por ello intento conocer y dar a conocer lo que pasa, aunque sea detestable.”<sup>493</sup>

El escándalo no es, pues, la construcción teórica, sino que hoy en día se trata como enemigos a determinados seres humanos, aún peor, reciben ese tratamiento muchos otros pese a no ser, teóricamente hablando, fuentes de peligro, todo ello bajo un manto de normalidad.<sup>494</sup>

<sup>490</sup> Urquiza Olaechea, José, “*Derecho penal del enemigo*”, p. 257.

<sup>491</sup> Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Buenos Aires: 1ª ed., EDIAR, 2006, p. 154.

<sup>492</sup> Jakobs, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, pp. 21 y s. Así también lo interpreta Zaffaroni: “Jakobs en realidad se proclama enemigo del derecho penal del enemigo, pero cree ahora que es imposible eliminarlo y por tanto, propone contenerlo”, Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 162.

<sup>493</sup> Jakobs, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, p. 24.

<sup>494</sup> Cancio Meliá describe la realidad española que, estimo, se asemeja a la nuestra: “a diferencia del discurso que parece predominar en los EEUU. –en el que se reconoce abiertamente que se trata de una «guerra» en la que no importa ni siquiera la apariencia jurídica–, en la vieja Europa (y en España) los agentes políticos que impulsan estas medidas lo hacen bajo el estandarte de una

## 5. Interpretación del delito de afiliación a organización terrorista en la lógica del Derecho penal del enemigo

### 5.1. Análisis a *prima facie* del derecho positivo

Así como ocurre en la legislación extranjera, particularmente España,<sup>495</sup> la normatividad jurídico-penal peruana del terrorismo contenida en el Decreto Ley N° 25475, del 06 de junio de 1992, también viene inspirado por una visión maximalista tanto en lo que concierne a una regulación *intensa* –por la dureza de las penas privativas de libertad– y *extensa* –por su estructura típica que abarca una gran gama de conductas–.

Conforme a lo descrito en los puntos precedentes, puede identificarse en dicho Decreto Ley tipos penales en los cuales se adelanta la barrera de punibilidad ampliamente y se exagera la sanción penal, constituyendo una legislación de combate, lo cual sería un indicativo que contendría segmentos de un Derecho penal del enemigo. Enfocando el panorama legal con el lente de lo que caracteriza a este particular Derecho penal, el observador se detendrá en el delito de afiliación a organización terrorista contenido en el artículo 5 del Decreto Ley N° 25475<sup>496</sup>:

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

El adelantamiento de las barreras de punibilidad es evidente, no se espera la comisión de los delitos-fin (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos concretos), básicamente contemplados en el artículo 2 del Decreto Ley (los actos terroristas), sino que se sancionaría la simple pertenencia a la organización.

---

pretendida y total «normalidad constitucional»», Cancio Meliá, Manuel, “Terrorismo y Derecho penal: Sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho” en AA.VV., *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, M. Cancio Meliá/L. Pozuelo Pérez (coords.), 1ª ed., Navarra: Thomson Civitas, 2008, p. 310.

<sup>495</sup> Cancio Meliá, Manuel, “El Derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea”, en *European Inklings (EUi)*, J. Ugartemendia (dir.), Euskadi, N° 2, 2013, pp. 304 y ss. en la que se aprecia la reforma española en materia terrorista del año 2010 invocando la Decisión Marco 2008 de la Unión Europea; el mismo, “Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código Penal Español”, en *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, A. Cuerdo Riezu y F. Jiménez García (dir.), Madrid: Tecnos, 2009, p. 75; el mismo, “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 7/2000”, en *Revista de Derecho Penal contemporáneo. Revista Internacional*, N° 3 Abril-Junio, Bogotá, Colombia, 2003, p. 43 y ss.

<sup>496</sup> Véase, García Cavero, Percy, “¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”, pp. 259, y ss., el autor peruano señala además la indudable presencia de las características del Derecho penal del enemigo en los delitos sexuales, tráfico de drogas, secuestro y corrupción en la legislación peruana. Desde su perspectiva, es de recibo un Derecho penal del enemigo –no cualquier régimen de excepción– que respete el contenido de esencial de los derechos y sea justificado.

En otra línea, José Caro además de destacar que los delitos de pertenencia a organización terrorista son expresiones del Derecho penal del enemigo como es el caso del artículo 5 del Decreto Ley N° 25475, estima que tal derecho es una garantía estatal de una *libertad real* del ciudadano. Caro John, José, “Derecho penal del enemigo: Garantía estatal de una «libertad real» del ciudadano. Una glosa a Miguel Polaino-Orts”, pp. 643 y ss.

También la pena es elevada, la conminación tiene en su extremo mínimo 20 años de privación de la libertad.

## 5.2. Sistemas de injusto e injusto sistémico

El delito de afiliación a organización terrorista se presenta como un delito de organización, precisamente, el carácter de organización se hace patente de su descripción típica: “los que forman parte de una organización terrorista (...)”. La figura<sup>497</sup> muestra un tipo penal donde un grupo de personas se asocian y organizan bajo una estructura estable y permanente para cometer actos criminales.

Ahora bien, la peligrosidad de la criminalidad sistemáticamente organizada ha dado lugar que se le preste una atención dogmática-teórica; así, a las expresiones criminales de este tipo de construcciones sociales, el profesor alemán Ernst-Joachim Lampe los denomina *sistemas de injusto*, a los cuales define como “las relaciones entre individuos organizados hacia fines injustos”<sup>498</sup>. A su vez, identifica sistemas de injusto *simple* (la coautoría) y sistemas de injusto *constituidos*. Entre estos últimos están a) los *sistemas orientados criminalmente* como las agrupaciones criminales, b) los *sistemas con tendencia criminal* como las empresas económicas con “actitud criminal” y c) los *sistemas pervertidos criminalmente* como las instituciones de injusto criminales. Estos tres *sistemas de injusto constituido* los hemos identificado como *criminalidad del poder* en los términos de Ferrajoli con igual manifestación,<sup>499</sup> se trata, pues, de formas de criminalidad organizada.<sup>500</sup>

En cuanto a su diferenciación, “[m]ientras que el sistema de injusto simple se basa generalmente en un conocimiento personal de sus miembros, el sistema de injusto constituido se basa en elementos de pertenencia que son independientes de la persona de sus miembros y que, por lo tanto, sólo exigen un conocimiento reducido”<sup>501</sup>. Asimismo, en lo tocante a los sistemas orientados criminalmente como las agrupaciones criminales, su configuración viene dada tanto por la organización de sus integrantes, su duración y el sometimiento a una voluntad general criminal orientada a cometer delitos, como por los medios físicos con los que se alcanza el fin criminal, básicamente, la peligrosidad viene dada por este último elemento, de esa forma, la organización de la agrupación criminal “afecta a tres ámbitos técnicos-procedimentales: el ámbito humano; la integración de los medios materiales; la integración de los hombres y los medios materiales en un sistema técnico-social.”<sup>502</sup>

---

<sup>497</sup> Igualmente, esta tendencia se advierte en la propuesta legislativa del Poder Ejecutivo en el Proyecto de Ley N° 1831/2012-PE, actualmente en trámite parlamentario que busca incorporar el delito de *conspiración terrorista* en el artículo 7 del Decreto Ley N° 25475: El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer los delitos de terrorismo.

<sup>498</sup> Lampe, Ernst-Joachim, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, en *La Dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, trad., Carlos Gómez-Jara Diez, Guillermo Orce y Miguel Polaino-Orts, 1ª ed., Lima: Grijley, 2003, p. 103.

<sup>499</sup> Ferrajoli, Luigi, “Criminalidad y globalización”, p. 74.

<sup>500</sup> V. Prado enmarca la criminalidad organizada a la de tipo mafioso. Ésta se dedica al comercio de bienes y servicios legalmente restringidos, fiscalizados o prohibidos, pero que posee demanda social. Cfr. Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada*, Lima: IDEMSA, 2006, p. 44.

<sup>501</sup> Lampe, Ernst-Joachim, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, p. 112.

<sup>502</sup> Lampe, Ernst-Joachim, *ob. cit.*, p. 115.

En lo que atañe al *injusto sistémico* de cada uno de los sistemas de injusto constituido, Lampe pone de relieve que en él se presentan cuatro factores comunes<sup>503</sup>: dos objetivos (el potencial de riesgo y la concreta peligrosidad derivada del ataque organizado a bienes jurídicos o a causa una integración defectuosa organizada) y dos subjetivos (el sentimiento de comunidad y el sometimiento a fines antijurídicos o falta de cuidado). Finalmente, en cuanto al *injusto sistémico propio de las agrupaciones criminales*, específicamente – sostiene el autor alemán– lo integran cuatro factores: “1) el potencial humano y técnico disponible para la planificación y la ejecución de delitos; 2) la firme organización externa que somete este potencial al dominio de la voluntad común; 3) la finalidad criminal constituyente del sistema perseguida por los partícipes con ayuda del potencial (la ‘filosofía’ de la asociación); 4) el sentimiento interno de ‘nosotros’ en los partícipes que va fraguando con el tiempo en la agrupación criminal.”<sup>504</sup>

### 5.3. La incriminación anticipada como injusto sistémico

Partiendo de las diferenciaciones propuestas por Lampe entre sistema de injusto e injusto sistémico, el *injusto* de las agrupaciones criminales, *desde la perspectiva del Derecho penal del enemigo*, como es el caso de una organización terrorista, tiene su fundamento en que este tipo de organizaciones poseen una autonomía en relación a los fines delictivos para los cuales se reúnen.<sup>505</sup> Así, el profesor Miguel Polaino-Orts destaca que “*la agrupación criminal ya en sí misma es un delito, que atenta contra la seguridad del Estado.*”<sup>506</sup> Tratándose de

<sup>503</sup> Lampe, Ernst-Joachim, *ob. cit.*, pp. 137 y ss.

<sup>504</sup> Lampe, Ernst-Joachim, *ob. cit.*, p. 128.

<sup>505</sup> La propuesta teórica del Derecho penal del enemigo se muestra congruente con la interpretación que hace el Pleno de las Salas Supremas sobre el delito de Asociación ilícita para delinquir contenida en el Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116, 13 de octubre de 2006: “Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación –a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas- sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo.” También el Recurso de Nulidad N° 1296-2007, 12 de diciembre del 2007, señala: “para la configuración de este ilícito se requieren los siguientes elementos: a) agrupación: este delito es necesariamente plurisubjetivo o pluripersonal –delito de convergencia– cuya conducta típica consiste en formar parte de una agrupación criminal –delito de comisión permanente o de tracto sucesivo–, esta agrupación debe conformarse por el acuerdo de dos o más personas para dedicarse a determinada actividad ilícita, y debe destacarse también como elemento típico la permanencia, esto es, la existencia de un vínculo estable y duradero de varios sujetos, orientados a la ejecución de un programa criminal de carácter indeterminado; b) la agrupación debe tener por finalidad la comisión de delitos: se trata de asociaciones que tengan por objeto cometer delitos o, que después de constituidas promuevan la comisión de delitos – inclusive no es necesario que los actos delictivos se hayan perpetrado–; c) Pertenencia: en la organización jerárquica de la asociación primero se encuentran los fundadores y directores, que son quienes tienen funciones directivas, y luego están quienes pertenecen a la asociación (integrantes). Todos ellos forman parte de la asociación criminal –los intraneos–; y, d) el tipo subjetivo: se requiere necesariamente el dolo, es decir, que el sujeto debe saber que forma parte de una asociación que tiene por finalidad la comisión de delitos”.

<sup>506</sup> Polaino-Orts, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, p. 441. (Resumidamente en *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima: Grijley-Universidad de Huánuco, 2009).

un injusto independiente de los delitos-fin, el contenido del injusto sistémico consiste en “una *incriminación anticipada*.”<sup>507</sup> En la línea de pensamiento del autor español, son dos los elementos del injusto sistémico<sup>508</sup>, a saber, uno objetivo y otro subjetivo. En cuanto al primero, éste viene constituido por la simple reunión de individuos para formar una comunidad, lo que viene a ser, primordialmente, el ejercicio de un derecho constitucional (elemento neutral), y, en lo que toca al segundo, se trata de una finalidad dirigida a cometer delitos, pero desde la perspectiva del autor español, el injusto sistémico no depende de los delitos-fin que se busca cometer en el futuro, sino de la *real* incidencia que tienen los hechos futuros en la seguridad de hoy.

Por consiguiente, constituye la organización criminal un injusto propio que se caracteriza esencialmente por la lesión actual a la seguridad, donde el sujeto se arroga una esfera de organización delictiva o, en suma, en la intolerable erosión de la seguridad cognitiva de la vigencia de la norma. El injusto sistémico es ya un delito autónomo, en tanto se han infringido las normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales.<sup>509</sup>

### **Agrupación + pensamiento terrorista = delito terrorista (perturbación objetiva)**

Como consecuencia, la conducta objetiva de afiliación o pertenencia a la organización criminal pierde neutralidad y pasa a tener un significado objetivo de organización delictiva;<sup>510</sup> aquí, la pertenencia a la organización constituye ya un delito,<sup>511</sup> el miembro es responsable de un delito de organización en calidad de autor<sup>512</sup> por crear una desestabilización en la estructura social.

La teoría del Derecho penal del enemigo hace hincapié de que en esta clase de injustos no se trata, pues, de la sanción de la sola reunión más el pensamiento delictivo, sino que “la punición ha de fundamentarse inexorablemente sobre la base de una manifestación objetiva de la peligrosidad del sujeto y que esa peligrosidad no puede presuponerse (...), sino que ha de ser fehacientemente comprobada.”<sup>513</sup>

Ya en particular sobre el terrorismo, por su confrontación al Estado de Derecho, dicho fenómeno justifica medidas asegurativas –particularmente los delitos de organización– que son identificadas como Derecho penal del enemigo. La

---

<sup>507</sup> Polaino-Orts, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, p. 442.

<sup>508</sup> Polaino-Orts, Miguel, *ob. cit.*, pp. 442 y ss. En nuestro país sigue esa línea, Peña Cabrera F., Alonso, *Los procesos penales especiales y el derecho penal frente al terrorismo*, 2ª ed., Lima: IDEMSA, 2012, pp. 594 y s.

<sup>509</sup> Jakobs, Günther, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, p. 236.

<sup>510</sup> Polaino-Orts, Miguel, *ob. cit.*, pp. 453 y s.

<sup>511</sup> Jakobs, Günther, “En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal del enemigo”, p. 44.

<sup>512</sup> Polaino-Orts, Miguel, *ob. cit.*, p. 466.

<sup>513</sup> Polaino-Orts, Miguel, “Criminalidad organizada: el combate penal de las organizaciones y grupos criminales”, en Jakobs/Polaino-Orts, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo*, Lima: ARA, 2011, p. 70.

particularidad de la *organización terrorista* –en contraste a la organización criminal<sup>514</sup>– es que posee una finalidad terrorista (subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública). No obstante, esta finalidad es, para Polaino-Orts, constitutivo del injusto, suficiente para que el delito se consuma: “Este doble elemento típico alternativo constituye técnicamente un elemento subjetivo del injusto (esto es: un elemento de carácter interno que tiñe subjetivamente la acción típica de la organización terrorista). Basta con que se dé una de esas finalidades (aunque pueden darse las dos) para que el injusto se vea perfectamente realizado.”<sup>515</sup>

Los delitos de organización según la doctrina funcionalista son ejemplos prototípicos del Derecho penal del enemigo, sin ellos no se protegerían a los ciudadanos y, en consecuencia, decaería el Estado de Derecho. Se autopresentan como el único medio de protección.

#### 5.4. Una posible interpretación

El artículo 5 del Decreto Ley N° 25475 que tipifica el delito de afiliación a organización terrorista se presenta de acuerdo a los postulados antes descritos como una disposición jurídica de Derecho penal del enemigo, ya que muestra con sus elementos (la reunión de personas y las finalidades criminales contra el Estado y la seguridad) la descripción a *prima facie* de un esquema normativo que se dirige a asegurar fuentes de peligro, anticipando la punibilidad y sancionando drásticamente al integrante con el objeto de neutralizarlo. Se suma a ello que el autor-integrante de la organización terrorista posee una especial peligrosidad por el concreto propósito que tiene (subvertir el orden democrático como el más intenso), lo cual impide que los ciudadanos puedan desenvolver su plan de vida *hic et nunc*.

Partiendo de esta identificación, los terroristas son individuos que rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por su especial peligrosidad para la sociedad no ofrecen la mínima garantía de seguridad cognitiva de un comportamiento personal, ya que persiguen la destrucción del orden constitucional; se trataría, pues, de un “enemigo”.

Pese a lo descrito, la fundamentación teórica del artículo 5 del Decreto Ley N° 25475 como una expresión del Derecho penal del enemigo es una interpretación de otras que podrían ensayarse para librarla de la sombra de ilegitimidad que aquella interpretación impone. Así por ejemplo, en una línea de contención de normas que anticipan la punibilidad, Cancio Meliá en su análisis teórico-dogmático del injusto en los delitos de organización señala que, “no se partirá directamente de la base de que toda forma de criminalización de la intervención en una asociación delictiva es ilegítima por principio; por el contrario, se plantearía la cuestión de si parece posible construir la determinación de un contenido de injusto dogmáticamente coherente y político-criminalmente

---

<sup>514</sup> Polaino-Orts efectúa un análisis de los delitos de organización a partir de legislación penal positiva española que diferencia entre organización criminal (570 bis) y grupo criminal (570 ter).

<sup>515</sup> Polaino-Orts, Miguel, “¿Cómo combate el Estado de Derecho el terrorismo?”, en Jakobs/Polaino-Orts, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo*, Lima: ARA, 2011, p. 91.

legítimo para esta infracción.”<sup>516</sup> En esa línea, resulta metodológicamente conveniente además que los análisis se realicen caso por caso, es decir, tipo penal por tipo penal.<sup>517</sup>

Hasta aquí, la equivalencia entre el Derecho penal del enemigo y el delito en análisis muestra *un* caso de interpretación orientada desde el lector o la intensión del intérprete (*intentio lectoris*). Dicho en otras palabras, es la interpretación de una disposición jurídica que hace la teoría del Derecho penal del enemigo conforme a *su* sistema. No, necesariamente, lo que el texto dice en virtud de su coherencia textual y de un sistema de significación subyacente original. Es así que, las interpretaciones que se hacen, además, de los dispositivos penales históricos, sin su contexto (arbitrario o legítimo) son interpretaciones del intérprete.

## **6. Bases para la contención del Derecho penal del enemigo en los delitos de terrorismo**

### **6.1. Necesidad de contener el poder punitivo**

La razón fundamental de contener el poder punitivo que se desata con mayor intensidad con el discurso del Derecho penal del enemigo es por su alta *selectividad*<sup>518</sup> de determinados candidatos para la criminalización en un estado de desigualdad,<sup>519</sup> carácter que se acrecienta aún más en el contexto de la realidad social peruana<sup>520</sup> y latinoamericana<sup>521</sup> donde se corre el alto riesgo de

---

<sup>516</sup> Cancio Meliá, Manuel, “El injusto de los delitos de organización: Peligro y significado”, p. 25 y también p. 82.

<sup>517</sup> Raúl Pariona, siguiendo a Claus Roxin, propone legitimar las intervenciones del Derecho penal frente a la criminalidad contemporánea partiendo de un análisis individual de cada norma, en cada caso, puesto que un análisis en bloque (Derecho penal moderno, delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos) sería un error. Véase, Pariona, Raúl, “El Derecho penal «moderno». Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales”, en *RPDJP*, Perú, N° 7, 2006, pp. 99-121.

Por nuestra parte, más que una legitimación de las intervenciones penales, creemos conveniente, recurriendo al análisis individual del tipo o por caso, proveerle de mayor contenido material y así limitar la intervención estatal que estimamos no es legítima *per se*.

<sup>518</sup> Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, p. 19; el mismo, *Derecho Penal-Parte General*, pp. 7 y ss. y pp. 12 y s.; Bustos Ramírez, Juan, “Perspectivas y desafíos de la política criminal Latinoamericana”, pp. 159 y ss.

<sup>519</sup> Fernando Velásquez V. ofrece un marco político, económico y social de Latinoamérica que impide la puesta en práctica del sistema diferenciador entre un Derecho penal del ciudadano y un Derecho penal del enemigo, Velásquez V., Fernando, “El funcionalismo jakobsiano: Una perspectiva latinoamericana”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, 2ª época, N° 15, 2005, pp. 211 y ss. Asimismo, también se muestra crítico a los procesos de globalización y sus graves consecuencias en el Derecho penal de los países de la periferia como es el caso de Latinoamérica, Velásquez V., Fernando, “Globalización y Derecho penal” en AA. VV., *El Derecho ante la globalización y el terrorismo «Cedant arma togae»*, Mario G. Losano/Francisco Muñoz Conde (coords.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 185 y ss.

<sup>520</sup> El Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación concluyó que en el periodo de la violencia política, la población campesina fue la principal víctima, ya que de la totalidad de víctimas reportadas, el 79 % vivía en zonas rurales y el 56 % se ocupaba en actividades agropecuarias, el 75 % de las víctimas fatales tenían el quechua u otras lenguas nativas como idioma materno. Por una parte, fue la agrupación terrorista Sendero Luminoso responsable del 54 % de las víctimas reportadas, por otro, también las fuerzas policiales y armadas fueron actores de graves violaciones a los derechos humanos –tanto de forma individual como sistemática y



*confusión*. Al mismo tiempo, por la falsa creencia que con más poder penal y violencia<sup>522</sup> se logra más seguridad, cuando por el contrario, genera el efecto contrario por ser un elemento amenazador de la libertad y la igualdad, en otras palabras, “seguridad, a diferencia de lo que se quiere a veces hacer creer, no surge desde el ejercicio del poder penal estatal, sino desde los límites a dicho ejercicio, desde el derecho penal entendido como un conjunto de principios limitadores tanto formales como materiales que rigen todo el sistema penal.”<sup>523</sup> La especificidad del poder penal expresada en su selectividad –como ese algo que existe fuera de la mente y no es una imaginación o invento– constituye el objetivo del saber penal, reducirlo.

## 6.2. El acto terrorista y su finalidad

Sin duda es harto difícil dar un alcance sobre lo que el terrorismo es, no obstante, la jurisprudencia peruana –por nuestra trágica experiencia vivida durante los años 80 y 90– ha dado cuenta de importantes elementos distintivos –en conexión al bien jurídico– de lo que caracteriza a las acciones criminales terroristas. Evidentemente, el acto terrorista atenta contra los derechos fundamentales de la persona y los principios y valores democráticos<sup>524</sup> históricamente conquistados, pero esto requiere de una mayor concreción. Veamos lo que pueden aportar para delimitar lo que entendemos por delito de terrorismo.

La *Sala Penal Permanente* de la Corte Suprema de Justicia del Perú en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3048-2004-Lima, 21 de

---

generalizada– ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada de personas, torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y la práctica extendida de la violencia sexual contra la mujer.

El CEPAL presentó cifras estadísticas en la que se muestra a nuestro país como el segundo (7 021 271 de personas) con mayor población indígena en Sudamérica seguido de México (16 933 283 de personas). Tal porcentaje corresponde al 24% de nuestra población. Esto es un indicador que revela riesgos de confusión. Cfr. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Santiago de Chile, Septiembre, 2014, p. 43. Recuperado de <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/37222>

<sup>521</sup> Véase la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs Chile, del 29 de mayo de 2014. En ella se pone en evidencia la capacidad selectiva del poder punitivo de la justicia chilena al condenar como autores de delitos calificados de terroristas a los dirigentes y miembros de comunidades mapuche que reivindicaban sus derechos territoriales. Igualmente, el Informe Final del proyecto “Derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas Mapuche” a cargo de Myrna Villegas Díaz, 31 de octubre del 2008. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/07/doctrina29871.pdf>

<sup>522</sup> En un línea de contención y limitación del poder penal, José Urquiza recuerda que “no se puede olvidar que la aplicación del Derecho Penal es violencia y su capacidad para gestionar conflictos debe tener como límite no crear, en el caso concreto, más violencia (estatal)”, Urquiza Olaechea, José, “Límites al Derecho Penal”, en *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporánea*, T I, Libro Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario, E. Gimbernat, L. Gracia, E. Peñaranda, M<sup>a</sup> Rueda, C. Suarez y J. Urquiza (editores), 1<sup>a</sup> ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 136 y s.; el mismo, “Necesidad de limitar la intervención penal”, en *Académica de la Magistratura-AMAG. Revista Institucional*, 1<sup>a</sup> ed., T. II, N° 9, Julio, Lima, 2010, pp. 227-236.

<sup>523</sup> Bustos Ramírez, Juan, “In-seguridad y lucha contra el terrorismo”, p. 407.

<sup>524</sup> Así lo destaca la Sentencia Tribunal Constitucional N° 0010-2002-PI/TC, del 03 de enero del 2003.

diciembre de 2004, emitió un *precedente vinculante*, por el cual destacó un elemento esencial del acto terrorista:

(i) “Que es de significar que el delito de terrorismo básico -artículo dos del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco-, contiene un elemento teleológico, esto es, exige una especificidad del elemento intencional, que se expresa -elemento subjetivo tipificante-, en cuanto a su finalidad última, en la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente, y que en estricto sentido es el bien jurídico tutelado, de suerte que la acción proscrita y razón de ser de la configuración típica desde una perspectiva final es la sustitución o variación violenta del régimen constitucional.”

Sin embargo, limitar el bien jurídico al orden constitucional y el acto terrorista a la subversión del régimen político impediría adecuadamente comprender como delito de terrorismo otros actos que teniendo *también* un *objetivo político* no buscan subvertir el orden constitucional. Por ejemplo, obligar al Estado a realizar un acto o abstenerse de hacerlo como parte del programa político de la organización: ataques a torres de alta tensión para impedir la suscripción por los órganos políticos competentes de un convenio internacional que vincule al Estado.

Por otro lado, el expediente acumulado N° 560-2003, 13 de octubre de 2006, emitido por *Sala Penal Nacional* –primera instancia– y el Recurso de Nulidad N° 5385-2006, 26 de noviembre de 2007, dado por la *Sala Penal Transitoria* de Corte Suprema de Justicia (ambos del caso Abimael Guzmán y otros) ponen énfasis en que el bien jurídico protegido es la tranquilidad pública (bien jurídico complejo, pluriofensivo y supraindividual), en atención al artículo 2 del Decreto Ley N° 25475.

Artículo 2.- Descripción típica del delito.

«El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.»

La Sala Penal Transitoria:

(ii) “En efecto, el resultado objetivo consistente en la provocación de un estado de zozobra; alarma o temor en la población o en un sector, se relaciona con la perturbación de la tranquilidad pública; entendida como el sentimiento de seguridad de la sociedad respecto de la vigencia de bienes jurídicos fundamentales para el normal funcionamiento de la vida social. Además, el empleo de medios catastróficos puede generar una grave perturbación de la tranquilidad pública, afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado. Todos estos efectos pueden ser reconducidos, al mantenimiento de una percepción de seguridad (interna y externa).”

La Sala Penal Nacional:

(iii) “A nuestro criterio el bien jurídico principal (pero mediato) es la tranquilidad pública, pudiéndose calificar como bienes jurídicos inmediatos instrumentalizados a la vida, la integridad física, la salud, la libertad, el patrimonio público o privado, entre otros de los señalados en los tipos básicos. (...).

El bien jurídico protegido en estos delitos es la tranquilidad pública, que equivale al ‘conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana (o el normal ejercicio de los derechos y libertades públicas)’.”

Si bien estas dos delimitaciones son importantes y avanzan en los aspectos dogmáticos del delito de terrorismo, dejan un amplio margen para que se incorporen actos que *sin tener un objetivo político* provocan zozobra, alarma o temor, sin ser por ello un acto terrorista (la Sala Penal Nacional incluye en su análisis el fin político, pero lo excluye totalmente de la valoración jurídico-penal, ya que considera que solo se criminalizan los medios empleados –la violencia como táctica política– y no las ideas políticas, es decir, se excluye el programa o proyecto político cualquiera sea ello).

En resumen, mientras la primera referencia del acto terrorista del precedente vinculante –(i)– es estrecha, las dos últimas –(ii) y (iii)– son amplias.

Desde luego, es necesario buscar un equilibrio para identificar el delito terrorista y así proyectarlo al miembro o afiliado de la organización terrorista. Cancio Meliá y Anneke Petzsche ofrecen tres rasgos apropiados para formular un concepto de terrorismo como delito:

“The existence of a terrorist crime can be affirmed, if the relevant acts are committed: (a) in connection with the activities of a terrorist organisation; (b) as part of a communications strategy of mass intimidation; and (c) as a strategic projection of political action, the overthrow or serious impairment of the constitutional order.”<sup>525</sup>

Ciertamente, los actos que calificamos como terroristas deben derivarse de una *organización terrorista*, la cual no se reduce a una agrupación con finalidades delictivas para desestabilizar el orden social, sino que precisa –como hemos anotado más arriba con la perspectiva de Lampe– además de la firmeza de la organización (ya en forma de red o ya jerárquica), estabilidad y el sentimiento de interno de unidad entre los miembros (dimensión colectiva), los cuales concurriendo le dan especial significancia a la organización. Esto permite excluir el *terrorismo individual* debido a que, por un lado, un individuo no podría crear el mismo peligro como lo haría una organización y, por otro, no sería capaz de expresar la comunicación política propia del terrorismo.

Como segundo elemento, ambos autores exigen que el acto tenga un efecto de intimidación o de amenaza masiva (dimensión de comunicación) –o su percepción– que desafíe al Estado y se manifieste con graves ataques a bienes

---

<sup>525</sup> Cancio Meliá, Manuel y Petzsche, Anneke, “Terrorism as a criminal offense”, en *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law*, A. Masferrer y C. Walker (editores), Cheltenham, UK, Northampton, USA: Edward Elgar, 2013, p. 96.

jurídicos personales. De aquí que los actos de organizaciones con orientación política sin un programa que exprese violencia contra las personas no sean identificables como terroristas. Por último, el objetivo político (dimensión programática), la realización de la violencia debe tener el significado de una acción política que se logra con las dos dimensiones antes indicadas y que no se reduce solo al derrocamiento del Estado. De esa forma, sin un programa de acción política solo existen delitos de criminalidad organizada.

Estas consideraciones además permiten excluir como terrorista los actos delictivos que provengan de organizaciones animalistas, ecologistas, feministas, LGTBI, comunidades campesinas o sociales (Aymaras, Mapuches, pueblos no contactados, etc.), y en general activistas organizados en todas partes del mundo. Ciertamente, la actividad de estas organizaciones es política (reconocimiento de derechos y reivindicaciones ante el Estado), sin embargo, el recurso a algún medio violento está excluido de su programa nuclear.

Debemos profundizar sobre el *fin político* para lograr contornos algo claros.

El carácter y fin político fue destacado por Peña Cabrera. En contra del énfasis de los Decretos Leyes de A. Fujimori y las leyes antiterroristas precedentes de asignar una naturaleza de “delito común” al delito de terrorismo expresó:

“Nosotros, en cambio, creemos que el planteamiento de que el delito de terrorismo es un delito común es equivocado. Es el ámbito político de donde debe partir el análisis jurídico. Prescindir de la motivación política es construir hipótesis típicas de contornos vagos e imprecisos. Es elevar la conculcación del principio de legalidad a situaciones de permanente violación de los derechos humanos. El terrorismo es un hecho político; político en las motivaciones, político en los objetivos, político en la estrategia, aún cuando analizando desde el perfil de los medios en virtud de los cuales lleva su ataque, por medio del análisis de los delitos que comete, parezca como un fenómeno de criminalidad organizada.”<sup>526</sup>

Esta cita que hacemos tiene relevancia no tanto por definir el delito de terrorismo como delito político –creemos, por el contrario, que *es un delito común* por la directa subordinación de las libertades individuales que el acto terrorista impone–, sino porque da luces sobre la importancia definitoria del elemento político en resguardo del Principio de legalidad.

El delito de terrorismo no es un delito político, porque está alejado de toda intencionalidad de contribuir al desarrollo social. Su aparente ideario altruista se encuentra negado por los actos que realiza, mostrando con ello su real dimensión destructiva objetiva en la población, eliminando las formas de participación política. La instrumentalización de la sociedad civil y las instituciones a su interés subjetivo da cuenta de su carácter *regresivo*. Apuntaría acertadamente Bramont Arias, “el terrorismo está excluido de la criminalidad evolutiva.”<sup>527</sup>

---

<sup>526</sup> Peña Cabrera, Raúl, *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, en colaboración de U. Bojorquez Padilla, Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 57 y s.

<sup>527</sup> Bramont Arias, Luis, “El delito de terrorismo. Decreto legislativo N° 046”, en *Temas de Derecho penal N° 4*, Lima: Alfonso Silva Sernaqué y Editorial San Marcos, 1988, p. 142.

La delimitación conceptual entre delito político/delito de terrorismo por mandato constitucional queda satisfecho.

Artículo 37.- (...) Quedan excluidos de la extradición los perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos. No se consideran tales el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo.

El delito de terrorismo es, entonces, un delito común. ¿Qué sucede con el fin político propio del terrorismo?

El temor de los operadores jurídicos es doble: por un lado, se cree que si se valora el fin político se estaría puniendo los pensamientos, por otro, se cree que si valora el fin político se estaría convirtiendo el delito de terrorismo en un delito político. Ni lo uno ni lo otro.

Veamos un ejemplo sobre el segundo temor –el primero ya lo hemos indicado en el caso de la Sala Penal Nacional–. El primer dispositivo contra la subversión fue el Decreto Legislativo N° 046 de marzo de 1981, en el que Roy Freyre tomó parte –véase *Infra*–. Este autor asumió como Principio de esa legislación “la eliminación de toda referencia al móvil político: Nosotros hemos sido claros y terminantes: no se puede confundir al terrorista con el delincuente político-social. El delincuente político-social es el que comete un delito inspirado en un móvil político o de interés colectivo.”<sup>528</sup> Este temor lo lleva a definir al delito terrorista (delito de peligro abstracto) por tres elementos: “propósito de crear terror, alarma o zozobra. Segundo, cometer actos que pongan en peligro la vida, la salud o el patrimonio público o privado; y tercero, valerse de medios catastróficos o que comprometa las relaciones internacionales o la seguridad del Estado peruano, o alteren gravemente la tranquilidad pública.”<sup>529</sup>

El problema está en que no se diferencia la valoración del fin político como fundamento de la punición, es decir, constitutiva del injusto –que no debe ocurrir– de la valoración para la identificación del hecho como terrorismo. El fin político es, en este segundo aspecto, fundamental para definir y delimitar el acto terrorista de otros actos.<sup>530</sup> Sin este elemento sus contornos se harían borrosos. Digámoslo así: el fin político no convierte en delito político al delito común ni fundamenta el injusto. Lo dicho, pues, se opone abiertamente a la doctrina funcionalista del Derecho penal del enemigo que ve en las finalidades terroristas un elemento subjetivo constitutivo del injusto fundamentador de la sanción penal.

*El delito de terrorismo es un delito común con finalidad política.* Si bien el objeto de protección, es decir, el bien jurídico es la tranquilidad pública, en su lesión cobra relevancia distintiva la finalidad política subyacente en el acto. Y

---

<sup>528</sup> Roy Freyre, Luis, “Los fundamentos de la Ley Antiterrorista”. Conferencia sobre el delito de terrorismo, Decreto Legislativo N 46, Revista del Foro, Perú, Año LXVIII N° 2, enero-junio, 1981, p. 150.

<sup>529</sup> Roy Freyre, Luis, “Los fundamentos de la Ley Antiterrorista”, p. 152.

<sup>530</sup> Se encuentran presentes los motivos políticos bajo una definición de terrorismo como crimen internacional, véase Vacas Fernández, Felix, *El terrorismo como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 325; también brevemente describe las características del terrorismo en el plano de las ciencias sociales, Castañeda Segovia, Mateo, *El delito de terrorismo y garantías procesales en la lucha antiterrorista*, Lima: Grijley, 2009, p. 3.

aunque en última instancia el terrorismo busca “la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente”, éste no es su único objetivo. De esa manera, alejamos el delito de terrorismo de los delitos contenidos en el Título XVI del Código penal vigente (1991) que se dirigen contra los poderes del Estado y el orden constitucional.

En cuanto a su especificidad, el delito de terrorismo está más allá de un simple delito contra la tranquilidad pública y más acá que un delito contra el orden constitucional.

Veamos otro aporte. Adecuado planteamiento es el que hizo Chirinos Arrieta en 1990.<sup>531</sup> Luego de delimitar el delito político del delito terrorista, se pregunta si el terrorismo tiene una finalidad política y cuál es su relevancia para su definición jurídica. Comentando el artículo 288-A de Código penal de 1924 modificado por la Ley N° 24953, de diciembre de 1988, que define el delito de terrorismo básico (de similar redacción al vigente artículo 2 del Decreto Ley N° 25475 arriba señalado), criticó la intensión del legislador de quitar toda connotación política en el delito. Refería que si la definición se da solamente por conductas que en sí mismas son delito, entonces, se “conduciría a un dislocamiento en la percepción del terrorismo como fenómeno particular de la violencia social, así como a cierta redundancia jurídica.” Asimismo, pone de relieve que condicionar la finalidad terrorista a la producción de un estado de alarma o terror en la población puede significar una pugna con el Principio de legalidad, debido a que la alarma, el pánico, el terror y el peligro son nociones genéricas e indeterminadas, tratándose de una abstracción subjetiva –esto es acertado–. En atención a ello, reconduce la finalidad política no a la tranquilidad pública, sino directamente –y aquí discrepamos– a *los bienes jurídicos de control* (seguridad interna del Estado).<sup>532</sup> Otro rasgo que este autor destaca en relación al carácter continuado de la acción terrorista es que no toda forma de violencia popular o individual –levantamiento campesino o desbordes populares– puede ser catalogada como terrorista.

Hasta aquí todavía no hemos dicho mucho sobre el bien jurídico tranquilidad pública. Este objeto de protección no puede definirse sobre la base de percepciones de la sociedad o la colectividad respecto de su tranquilidad, seguridad o paz, un planteamiento así erosionaría el Principio de legalidad (la definición de la Sala Penal Transitoria no resulta apropiada, “el sentimiento de seguridad de la sociedad respecto de la vigencia de bienes jurídicos fundamentales para el normal funcionamiento de la vida social”). En efecto, no habría forma de determinar tal “sentimiento de seguridad, tranquilidad o paz” y el grado de su lesión, muchas veces o mejor dicho casi siempre construido y manipulado por los medios de comunicación, los actores políticos y el pensamiento autoritario (escenificación del riesgo terrorista). Una

---

<sup>531</sup> Chirinos Arrieta, Carlos, *Terrorismo y delito*, Lima: Editorial Comillo Blanco, 1990, pp. 48-53.

<sup>532</sup> Carlos Chirinos precisa que “lo que se pretende proteger, desde una óptica *material* del bien jurídico, es el Estado como organismo que detenta para sí el uso legítimo de la fuerza y la coacción (...). En consecuencia, si bien desde una perspectiva formal o literal, la razonabilidad de la norma terrorista deberá buscarse en la Tranquilidad Pública como bien jurídico protegido, creemos que conceptualmente se vincula a los denominados Bienes Jurídicos De Control”, Chirinos Arrieta, Carlos, *Terrorismo y delito*, p. 63.

conceptualización bajo esta idea subjetiva de bien jurídico llevaría a un tipo penal altamente indeterminado. Por el contrario, el bien jurídico debe definirse sobre la base de las *condiciones reales* que imposibiliten el normal desenvolvimiento de la sociedad más allá de las percepciones subjetivas (la definición de la Sala Penal Nacional va en esa dirección: “conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana”). La alteración a las condiciones reales debe encontrarse en la misma potencialidad agresiva de la organización terrorista, es decir, en la colectividad misma y no en una consecuencia vaga e imprecisa. De acuerdo, en cierta medida, con Cancio Meliá creemos que podemos encontrar esto en la arrogación del monopolio de la violencia que el colectivo terrorista provoca: “La dimensión específica del injusto de la asociación criminal: pretende ocupar un lugar (ilegítimo) en la vida pública. Por lo tanto, se trata de una *arrogación de organización* no solo en el sentido de que se arroga una organización ajena, sino además, que es una organización quien se la arroga: la organización delictiva se arroga el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado. (...) pone en cuestión el *monopolio de la violencia* que corresponde al Estado.”<sup>533</sup>

No obstante, el significado del colectivo terrorista vinculado a la soberanía del Estado puede llevar a confusiones con el delito político donde, precisamente, la provocación al poder y al orden constitucional es su signo distintivo; retrocediendo en cuanto a lo avanzado por el mandato constitucional. La especificidad del delito terrorista como señalamos arriba no es enteramente coincidente con el significado del delito político. El significado de la organización terrorista puesto en evidencia con el delito terrorista –sin delito de terrorismo no hay significado– afecta antes que al Estado a la sociedad misma. Es esta precisamente la manera de determinar la lesión el bien jurídico tranquilidad pública, esto es, en sus condiciones reales. Esto posibilita a su vez *alejarse cualquier tipo de escenificación de desafío al Estado por parte del Estado mismo o de la organización terrorista*. Añadamos algo más, los grupos terroristas buscan que sus actos sean acrecentados; el Estado, por su parte, hace “real” el peligro terrorista escenificando el ataque con la anticipación de su defensa, el resultado así visto es un “gran” desafío al Estado. Pero este desafío se asienta sobre una irrealidad. Consideramos, entonces, que se reconduzca la agresión del acto terrorista a la sociedad.

Resumámoslo. Existen delitos con finalidad política: el delito terrorista y el delito político. En uno el bien jurídico es la tranquilidad pública y en el otro es el orden democrático-constitucional. La valoración jurídico-penal sobre el fin político es para delimitar y diferenciar el acto terrorista, pero no para fundamentar el injusto.

---

<sup>533</sup> Cancio Meliá, Manuel, “El injusto de los delitos de organización: Peligro y significado”, en Cancio/Silva, *Delitos de organización*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2008, p. 75. Desde la perspectiva del autor, el injusto en los delitos de organización es el injusto del colectivo y éste lo constituye la arrogación del ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado, poniendo en cuestión el *monopolio de la violencia* que corresponde al Estado, p. 75. Su análisis propone una (re-)politización de los delitos de organización.



**Gráfico N° 8:** Delito terrorista. Fuente: Elaborado por el autor

El consecuencia, el acto criminal terrorista se lleva a cabo sobre la base de una organización terrorista que tiene lugar a través de la lesión de bienes individuales como la vida, la integridad física, la salud, la libertad y el patrimonio público y privado, tales acciones vienen revestidas de fines u objetivos políticos (la subversión del orden constitucional o el desafío al monopolio de la fuerza), de ese modo, se afecta las condiciones reales que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana o el normal ejercicio de los derechos y libertades públicas, es decir, se lesiona el bien jurídico tranquilidad pública.

### **6.2.1 Relevancia política y fin político**

Los delitos comunes cometidos dentro de un contexto de relevancia política no pueden ser catalogados como terroristas. El marco de definición de la relevancia política se da en contextos de limitación de los canales de participación social y diálogo democrático. Así pues, las protestas en las ciudades por reivindicación de derechos y los conflictos sociales en el interior del país que en su caso recurran a medios violentos están excluidas de la definición del delito terrorista.

Que en todas ellas está presente una acentuada connotación política no hay duda, pero que en ningún caso buscan derrocar el orden como extremo máximo ni crear espacios liberados como forma de provocar al poder o cuestionar el monopolio de la violencia estatal.

Resumámoslo así. Existen delitos comunes: Habrán delitos comunes con finalidad política como el delito terrorismo y delitos comunes con relevancia



política. Los últimos se realizan en contextos políticos donde el carácter antisocial, egoísta y atávico del ilícito común se relativiza. Sin el elemento político, entendido como programa político que incluye la violencia entre sus métodos propio del delito terrorista, cualquiera podría ser catalogado como terrorista.

A decir verdad, este esquema de tres dimensiones permite otorgar el significado de terrorista a un acto y contribuye a la delimitación precisa de las conductas tipificadas optimizando el Principio de Legalidad. En efecto, las conductas descritas en el Decreto Ley N° 25475 tales como los actos del colaborador (artículo 4), actos de financiamiento (artículo 4-A), actos del miembro o afiliado (artículo 5), actos de instigación (artículo 6) y los actos de reclutamiento de personas (artículo 6-A) tendrán que interpretarse en función de los aspectos que definen al delito de terrorismo.

### 6.3. Una trampa en el discurso del Derecho penal del enemigo

Tomar una posición crítica al Derecho penal del enemigo –estimarlo opuesto a los principios de un Estado de derecho<sup>534</sup> o considerarlo como un desarrollo degenerativo al derecho penal funcional<sup>535</sup>– implica enfrentar el siguiente dilema: ¿El reconocimiento a *prima facie* de una disposición jurídica como Derecho penal del enemigo significa, entonces, que se deba propugnar sin más su eliminación de la legislación penal? Si se pusiera en la mesa, por ejemplo, el artículo 5 del Decreto Ley N° 25475, que sanciona el delito de afiliación a una organización terrorista, ¿postularía el crítico la retirada de tal disposición de la legislación penal? Difícilmente, creo, se haría eso.<sup>536</sup>

¿Dónde está la trampa? Quien no se oponga a la permanencia de una norma positiva calificada como una que pertenece al denominado Derecho penal del enemigo no significa que se contradiga en sus presupuestos teóricos. Claro, fácilmente se nos señale diciendo: “te opones teóricamente al Derecho penal enemigo, pero al fin de cuentas lo aceptas en la práctica”. No debe sorprender que, inmediatamente, nos enrostran tipos penales como ejemplos de nuestra contradicción. Un posicionamiento crítico tampoco le hará el juego a las organizaciones criminales al plantear la expulsión o retirada<sup>537</sup> de tipos penales que contengan una descripción formal o a *prima facie* congruente con el Derecho penal del enemigo. De ese modo, este discurso se presenta a sí mismo como el centro sobre el cual gira la crítica del derecho, como el baremo diferenciador de lo que es o no es, cuando en su lugar el Derecho penal del enemigo es un accidente, dependiente del sistema de derecho; él es lo contingente y transitorio, no lo necesario y permanente.

---

<sup>534</sup> Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, pp. 11 y ss., y en especial pp. 167 y ss.

<sup>535</sup> Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo ¿«Derecho penal» del enemigo?”, p. 134, p. 140 y en especial pp. 145 y ss.

<sup>536</sup> Una propuesta de *lege ferenda* resulta poco plausible en el contexto actual, por ello, en imprescindible proveer al juzgador una interpretación legítima para su aplicación al caso concreto.

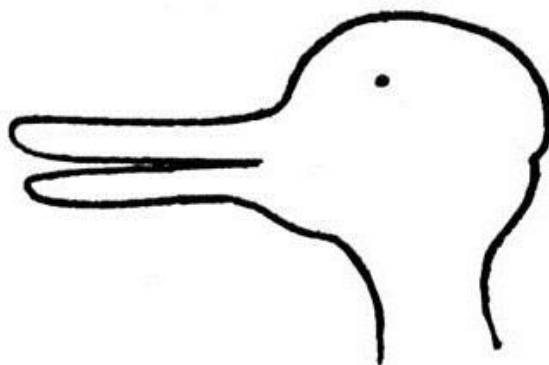
<sup>537</sup> En ese mismo sentido, Cancio Meliá, Manuel, “Terrorismo y Derecho penal: Sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho”, pp. 315 y s.

#### 6.4. La ilusión manipulada

El Derecho penal de enemigo no solo nos arroja una trampa, sino que nos presenta una *ilusión manipulada*. Este discurso ideológico interpreta determinadas disposiciones jurídico-penales bajo una única forma, pese a que estos –el tipo penal u cualquier otra cosa– puede ser objeto de diferentes interpretaciones. La manera de hacerlo se lleva a cabo por su sofisticado sistema doctrinal –conforme lo hemos expuesto líneas arriba–, es así que, cuando el operador jurídico observa el tipo penal seguido de la sugestiva argumentación teórica que tiene que ver con conceptos atractivos (incriminación anticipada, injusto sistémico, lesión actual a la seguridad, delito autónomo, normas de flaqueo, desestabilización en la estructura social, apoyo cognitivo, etc.), se ve inducido a afirmar que el tipo penal no tiene otra interpretación que la que le ofrece tal discurso.

La ilusión de una interpretación única se debe a que el defensor-interprete del Derecho penal del enemigo le dice de antemano a su interlocutor-operador jurídico que tiene frente a sí un objeto que es como él lo describe, sin permitirle pensar que podría tener un sentido diferente. En palabras sencillas, el defensor del Derecho penal del enemigo *prepara* al interlocutor para una respuesta.

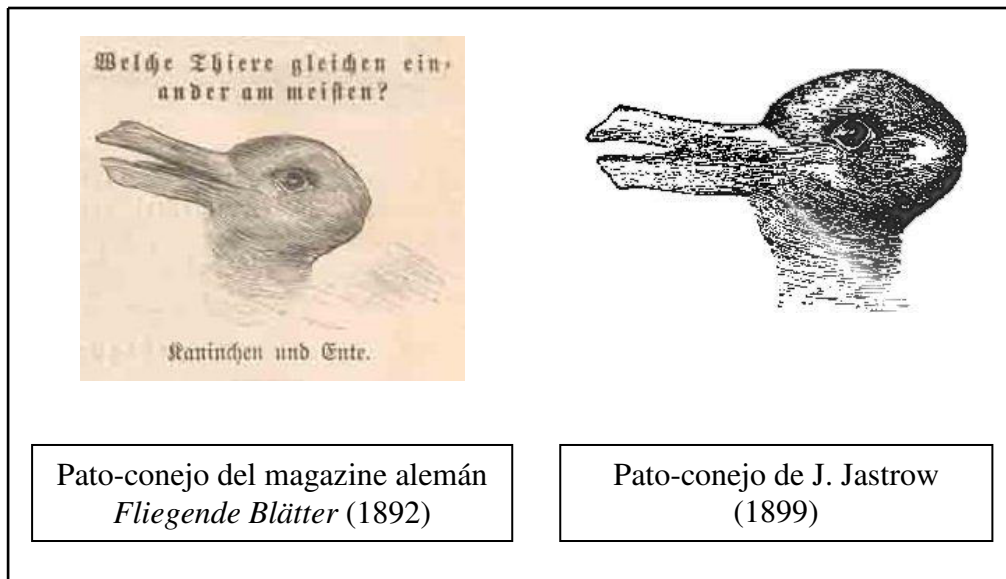
Para poder contrastar nuestra afirmación recurriremos a la imagen de la *cabeza de pato-conejo* (Cabeza-C-P), la cual llegó a ser famosa por el filósofo Ludwig Wittgenstein<sup>538</sup> en su obra *Investigaciones filosóficas* y que éste tomó de J. Jastrow.<sup>539</sup>



**Gráfico N° 9:** Imagen cabeza-C-P. Fuente: *Investigaciones filosóficas* (2009).

<sup>538</sup> Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. A. García Suárez y C. Ulises Moulines, Madrid: Editorial Gredos, 2009, p. 563

<sup>539</sup> Puede verse las versiones de la figura de cabeza pato-conejo, en Kihlstrom, J. F., “Joseph Jastrow and his duck -- or is it a rabbit?”, 2005. Recuperado de <http://socrates.berkeley.edu/~kihlstrm/JastrowDuck.htm> Asimismo, señala que “[t]echnically, the duck-rabbit figure is an ambiguous (or reversible, or bistable) figure, not an illusion.”



**Gráfico N° 10:** Imagen cabeza-C-P anteriores.  
Fuente: J. F. Kihlstrom (2005)

Conforme se observa, la cabeza de pato-conejo es una imagen en la que puede verse indistintamente como la de un conejo o la de un pato (el “fulgurar” de un aspecto).

Sobre la base de la figura pato-conejo, se han llevado múltiples estudios en psicología (*Rabbit-duck illusion* o *Rabbit-duck figure*), básicamente, por ser uno de los más famosos fenómenos visuales.<sup>540</sup> Ahora, también apelaremos a ella.

Esta ambigüedad o ilusión de ver dos imágenes distintas, puede ser objeto de manipulación. Para ello recurriremos a la misma figura del pato-conejo, pero presentando un esquema algo más moderno y amigable. El programa *Brain Games* (“Juegos mentales”) de la National Geographic<sup>541</sup> da cuenta de esta imagen.

<sup>540</sup> McManus, I. C.; Freegard, Matthew; Moore, James y Richard Rawles, “Science in the Making: Right Hand, Left Hand. II: The duck rabbit figure”, en *Laterality*, 15 (1/2), 2010, pp. 166 y ss. Recuperado de <http://www.ucl.ac.uk/medical-education/publications/Reprints2010/2010-Laterality-RightHandLeftHand-2.pdf>

<sup>541</sup> Véase el programa en [http://education.nationalgeographic.com/education/media/rabbit-or-duck/?ar\\_a=1](http://education.nationalgeographic.com/education/media/rabbit-or-duck/?ar_a=1)

También se encuentra disponible en español [https://www.youtube.com/watch?v=ej\\_EOnI4vFA](https://www.youtube.com/watch?v=ej_EOnI4vFA)

Haremos la siguiente pregunta: ¿Cuántos *patos* se pueden ver?



**Gráfico N° 11:** Imagen experimental I. Fuente: National Geographic (*Brain Games*)

... pero ¿vieron los *conejos*?

El experimento muestra cómo se persuade al interlocutor para que *no* observe los conejos.

Veamos ahora: ¿Cuántos *conejos* se pueden ver?



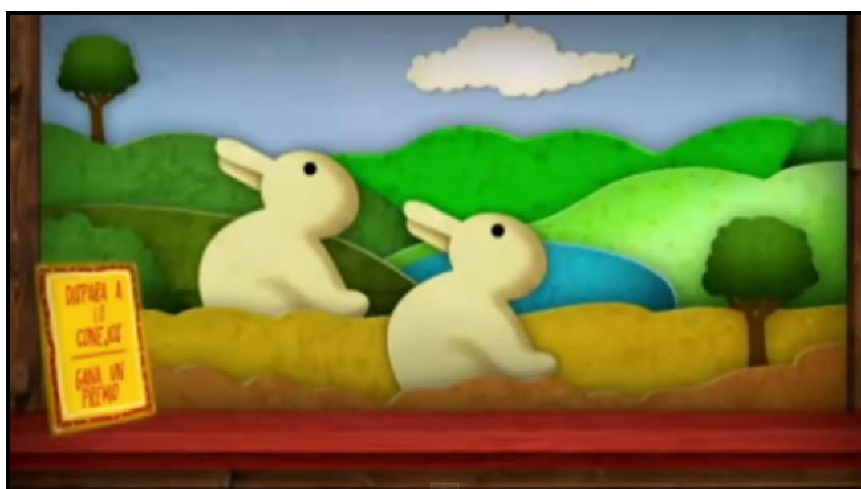
Fuente: National Geographic (*Brain Games*)

Como ya hemos afirmado, cada imagen se puede ver como cualquiera de los dos –o un pato o un conejo–.

En el presente escenario, nosotros actuando como el presentador manipulamos la interpretación del interlocutor.

Logramos hacer que vean lo que queríamos que vieran, lo cual se da través –tal como se explica en el programa televisivo– de un fenómeno llamado *preparación*: “Piensen en los preparativos como pistas sutiles que influyen sobre sus actitudes, sus respuestas, sin tan siquiera notarlo.” “La preparación es una manera de evitar el proceso de toma de decisiones consiente del cerebro para trabajar directamente el subconsciente.”

Si decimos *patos* ustedes los ven. Dos *patitos*.



**Gráfico N° 12:** Imagen experimental II. Fuente: National Geographic (*Brain Games*)

En ocasiones anteriores hemos sugerido que las cosas como los textos se interpretan. Es por ello, que resulta poco plausible que exista una sola interpretación. Cuando la teoría del Derecho penal del enemigo nos dice que tal tipo penal es una manifestación suya, nos persuade para que asumamos su interpretación (*se prepara* al interlocutor para una respuesta). Si bien es cierto, a primera vista puede un tipo penal ser visto como una disposición jurídica de Derecho penal del enemigo, debemos agotar el proceso interpretativo para estar seguros de lo que una proposición jurídica quiere decir.

De aquí que, nuevamente, si no nos oponemos a una disposición jurídica que los defensores del Derecho penal del enemigo estiman como una expresión genuina de tal derecho, es que sencillamente no caemos en su juego de ilusión en la que pretende prepararnos para una respuesta que ellos quieren que aceptemos.

Sin duda –otra vez– también habrá una o varias interpretaciones que ya no podrán aceptarse y tendrán –en estos casos– que ser expulsadas por ser malas. Así por ejemplo, si vemos un cuadro con imágenes de varios tiranosaurios difícilmente estas imágenes podrán ser interpretadas como conejos, aunque se

quiera asemejar los pequeños miembros superiores de este reptil con las patitas delanteras del conejo; claro está, alguien podría pensar de esa forma y ver en la imagen un conejo, pero esto sería extravagante. De modo similar, difícilmente podemos interpretar constitucionalmente un tipo penal que sancione la *intensión* de formar una organización criminal, una interpretación legítima de este tipo penal sería un despropósito.

Por último, para saber si nos encontramos con un *pato* o una *conejo*, el *contexto es importante*; sin duda, la imagen seguirá ofreciéndonos la posibilidad de ver las cosas de dos maneras indistintamente, sin embargo, podemos reducir la posibilidad de ver la imagen de un modo que no queremos que se vean. Así, por ejemplo, aún con la ambigüedad propia de la figura, si colocamos zanahorias alrededor de campo, podemos ver que la imagen es la de un conejo. Es decir, para poder ver *un* conejo tenemos que observar el contexto. De modo contrario, si colocamos una imagen dentro del lago, podremos ver que se trata de *un* pato, pues los conejos no flotan en el agua.

Esta manera de saber –recurriendo al *contexto*– si un objeto tiene un significado particular o una disposición jurídica tiene un sentido determinado, es la que entendemos como *intentio operis* o interpretación conforme a la intención del texto. Y el texto, en nuestro caso de interpretación de disposiciones jurídicas, no se reduce a una ley, sino a *todo* el ordenamiento jurídico positivo. La operatividad de la *intentio operis* cobra una relevancia exponencial.

## **6.5. El Decreto Ley N° 25475 y la doctrina de la Seguridad Nacional**

### **6.5.1. La política antisubversiva de inicios de los 90**

La noche del 05 de abril de 1992, el ex presidente Alberto Fujimori F. vía mensaje a la nación<sup>542</sup> anunció el quiebre del orden institucional que fuera fundado en la Constitución de 1979. El golpe de estado se concretó inmediatamente con la actuación en simultáneo de las agencias policiales y militares cerrando las instituciones del país, controlando el orden público y la seguridad ciudadana. El gobierno de facto al día siguiente se instituyó mediante el Decreto Ley N° 25418 “Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”. Este dispositivo se fundamentaba en los cuestionamientos hechos a las instituciones en el mensaje a la nación y tenía entre sus objetivos:

“4) Pacificar el país dentro de un marco jurídico que garantice la aplicación de sanciones drásticas a los terroristas, a fin de que, dentro de un clima de paz y orden nuestra sociedad se desarrolle adecuadamente.”

Seguidamente, promulgó abundantes Decretos leyes<sup>543</sup>, entre otros, el Decreto Ley N° 25475, que endurecían la legislación antiterrorista y no respetaban los Principio del Derecho penal y los derechos fundamentales. Asimismo, se amplió la discrecionalidad de las fuerzas militares en las zonas de emergencia. En otras palabras, *se habilitó poder punitivo sin control*.

---

<sup>542</sup> Véase el mensaje a la nación en <http://www4.congreso.gob.pe/museo/mensajes/Mensaje-1992-1.pdf>

<sup>543</sup> Véase <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/> Tomo III, Capítulo, 2.3.6.2 Gobernar por decreto.



Tal como muestran las resoluciones del Órgano Jurisdiccional y del Ministerio Público que forman parte del proceso penal en el Exp. A.V. 19-2001<sup>544</sup> (Sala Penal Especial) contra A. Fujimori, el diseño antisubversivo del gobierno de facto para pacificar el país no se inició el 05 de abril, sino que tuvo lugar en 1991<sup>545</sup> con la sanción de más de 120 Decretos Legislativos que tenían la finalidad de rebasar la actividad legislativa del Congreso con normas contrasubversivas (35 fueron sobre pacificación).<sup>546</sup> A este respecto se destaca, el Decreto Legislativo N° 743-Ley del Sistema de Defensa Nacional, el Decreto Legislativo N° 746-Ley de Sistema de Inteligencia Nacional y el Decreto Legislativo N° 749 que regula las relaciones del Comando Político Militar de las Zonas de emergencia con autoridades de su jurisdicción. Aunque el Congreso intentó limitar la actividad legislativa del Ejecutivo revisando tales decretos, estos fueron, finalmente, puestos en vigencia luego del golpe.

De acuerdo a lo establecido en el juicio oral contra A. Fujimori, la estrategia antisubversiva tuvo lugar a partir de 1991 con la Directiva N° 003-91-MD/DN “Para el Planeamiento de la Defensa Nacional para la Pacificación” aprobada por el Decreto Legislativo N° 751, del 12 de noviembre de 1991, documento que fue el central de la estrategia antisubversiva.<sup>547</sup>

“1. En su concepción estratégica global [parte VI de la Directiva] resalta como objetivo el restablecimiento de la paz y el orden constitucional, basados en la justicia social y en la consolidación de la democracia. 2. Utiliza los términos ‘neutralizar’ y ‘eliminar’ a los grupos subversivos que se nieguen a deponer las armas, entre otros, en cuya virtud es imprescindible ‘la erradicación de la subversión’ y del tráfico ilícito de drogas, con la participación de la población en tareas de pacificación y autodefensa. 3. También sostiene que es necesario reestructurar el Sistema de Defensa Nacional, haciéndolo más dinámico, funcional e integral. 4. Intensificar la ejecución de acciones de inteligencia, integradas y permanentes con la finalidad de obtener el éxito en las actividades de erradicación de la subversión y del Tráfico ilícito de drogas. 5. Concluye que las acciones de pacificación se enmarcarán en el respeto a los derechos humanos.”

Y como antecesor de ésta, se tiene la Directiva N° 001-90-SG-MD/SDN “Para el planeamiento estratégico de la Defensa Nacional”, aprobada por Decreto Supremo N° 066-MD/SND, del 10 de diciembre de 1990, con igual sentido y que tiene como base la Directiva N° 017-CCFFAA-PE-DI, del 20 de diciembre de 1989, aprobada en el gobierno del ex presidente Alan García.

---

<sup>544</sup> Sentencia de la Sala Penal Especial Exp. A.V. 19-2001, del 07 de abril del 2009. Dictamen Fiscal N° 023-2009 Segunda Fiscalía Suprema Penal.

<sup>545</sup> Véase <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/> Tomo III, Capítulo, 2.3.5.3. La cuenta regresiva: los decretos legislativos de 1991.

<sup>546</sup> El 17 de julio de 1991 mediante Ley N° 25327, el Congreso otorgó facultades legislativas al Poder ejecutivo para que emitiera decretos legislativos en materia de pacificación, inversión y fomento del empleo.

<sup>547</sup> Sentencia de la Sala Penal Especial Exp. A.V. 19-2001, Parte II. Capítulo III. El presidente de la república y el control del terrorismo. 2. Directivas de Gobierno para el planeamiento estratégico de la Defensa Nacional, pp. 231-235.

“El acusado Fujimori Fujimori, según afirmó en la sesión sexta, en [1990] ingresó al Gobierno sin ningún plan o estrategia antisubversiva, los años [1990 y 1991] se siguió con la Directiva del Gobierno de presidente Alan García y en base a esa Directiva emitió una Directiva, con la que actuó las Fuerzas Armadas.”

Esta documentación confirmaba la ejecución dinámica e integral en la lucha contrasubversiva que dio como consecuencia la violación sistemática de los derechos humanos.<sup>548</sup>

Todo esto da cuenta que se siguió una línea estratégica de control propia de la doctrina de la Seguridad Nacional.

Nos toca ahora saber, si ello es posible, ¿quienes participaron en la elaboración de los Decretos Legislativos de 1991 y los Decretos Leyes de 1992?

Unas luces las encontramos en los Informes Finales de la Comisión investigadora de los casos de corrupción cometidos en la década 1990 - 2000<sup>549</sup>: Área de las responsabilidades del ex-presidente Alberto Fujimori (Informe en mayoría: Violación de Derechos Humanos)

“De acuerdo con lo declarado por el Dr. Alfonso de los Heros, entonces, Presidente del Consejo de Ministros, en el Despacho de nuestra comisión investigadora, los decretos sobre la pacificación no fueron preparados, ni discutidos por el gabinete ministerial, sino fueron formulados personalmente por el Presidente de la República con los ministros militares (Víctor Marca en Defensa y Juan Briones en Interior). Presumiblemente, su redacción se trabajó con Vladimiro Montesinos Torres, en ese momento, asesor principal del Presidente para las acciones contra la subversión y el narcotráfico. Diversos niveles de las fuerzas armadas y policiales hicieron aportes, pero todo centralizado por el Presidente de la República. El congreso solo llegó a revisar o derogar seis decretos de pacificación.”<sup>550</sup>

Pese a los esfuerzos de esta investigación en encontrar actas, proyectos de los Decretos Leyes, testimonios –incluyendo una entrevista al Prof. Dr. F. Villavivencio T.– o cualquier otro documento que nos permita saber qué académicos o profesores además de A. Fujimori y su entorno político cercano participaron en la elaboración de los mismos no hemos tenido el éxito deseado. Los archivos de la Biblioteca Nacional en San Borja, del Congreso de la República en el edificio Juan Santos Atahualpa y en el Jr. Huallaga N° 364 no nos han podido proveer de dicha información.

---

<sup>548</sup> Sentencia de la Sala Penal Especial Exp. A.V. 19-2001, Parte II. Capítulo XV. La intervención de Alberto Fujimori Fujimori. 4. La estrategia contrasubversiva, pp. 552-564.

<sup>549</sup> Véase al respecto los Informes <http://www4.congreso.gob.pe/historico/ciccor/index1.html>

<sup>550</sup> Véase al respecto el Informe sobre los casos: Detenciones-ejecuciones de los estudiantes de la universidad de Huancayo y Desaparición de pobladores en el Valle del Santa (Ancash). Rescatado de <http://www4.congreso.gob.pe/historico/ciccor/infofinal/infdh.pdf>, p. 8.



## 6.5.2. La doctrina de la Seguridad Nacional

La doctrina de la Seguridad Nacional<sup>551</sup> es un modelo que aparece a mediados del Siglo XX en el centro occidental estadounidense dirigido a los países del tercer mundo. La idea básica y forma de acción —extendida en América Latina— consistía en reprimir todo acto que tuviera una connotación cuestionadora al orden hegemónico mundial.<sup>552</sup> Incluso llegó a presentarse como un programa completo de acción en todas las áreas de la vida social<sup>553</sup> y que actualmente se pretende adaptarse en el campo de la *seguridad ciudadana*, configurando un Derecho penal autoritario de lucha contra la criminalidad y delincuencia.<sup>554</sup> Tal como indicamos, el conflicto este-oeste se convierte en conflicto norte-sur, la búsqueda de un nuevo enemigo con que justificar el control mundial deja de ser el enemigo comunista y pasa a serlo el enemigo terrorista y enemigo delincuente incorregible.

Indudablemente, los elementos ideológicos de este modelo empiezan a actualizarse y acomodarse en el presente contexto actual. Veamos, primero el esquema pasado:

“Paradójicamente, la DSN, que encontró su origen en las nuevas estrategias y tácticas para luchar contra la subversión, en algunos países ha sido transformada en una doctrina política subversiva y terrorista. Sus sostenedores no atacan a las fuerzas guerrilleras sino a los gobiernos legítimos, y adoptan para la lucha contra sus oponentes políticos la forma de un ‘Terrorismo de Estado’. Este Terrorismo de Estado ha establecido un tipo de ‘orden’ interno cargado de conflictos y contradicciones, en la medida en que de él no deriva seguridad, paz ni libertad para la población. Su blanco real e inevitable es la democracia: se pregona la destrucción de la democracia a fin de renovarla y salvarla. Por su propia

---

<sup>551</sup> Ampliamente, Tapia Valdez, Jorge, *El terrorismo de Estado: la doctrina de la seguridad nacional en el Cono Sur*, México, D.F.: Edit. Nueva Imagen, 1980. Aquí sostiene: “Para tener una fugaz visión de la extraña y peligrosa naturaleza de esta doctrina, será suficiente que señalemos que la DSN es una mezcla de la teoría leninista del Estado, de la teoría fascista de la sociedad y del concepto liberal-socialista de movilización general para la guerra.”, p. 25.

<sup>552</sup> Ilustrativo es el artículo 1 de la Ley N° 15590, del 20 de agosto de 1965, en el gobierno de F. Belaunde:

Constituyen actos de traición a la Patria y servicio a las armas de potencia extranjera, los delitos previstos en los artículos (...) del Código de Justicia militar, cuando ellos se cometen por peruanos para alterar por la violencia o por medios de guerrillas el orden constitucional, político y democrático de la República, para imponer el sistema totalitario comunista. (...) La pena de muerte se aplicará, especialmente, en los casos en que los autores hayan realizado estos actos delictuosos, en concierto con potencias comunistas extranjeras, o con sus agentes o intermediarios, sean éstos nacionales o extranjeros, o recibiendo o utilizando caudales, equipos, armas, bastimentos, municiones, explosivos y en general toda clase de armamentos de esas potencias comunistas o sus agentes o intermediarios o utilizando adiestramiento en el arte de la guerra no convencional o sistemas de guerrillas, adquiridos en territorios de potencias extranjeras comunistas.

<sup>553</sup> Comblin, Joseph, “Doctrina de la seguridad nacional”, en *Revista Mensaje*, Dir. Sergio Zañartu, Vol. XXV, N° 247, mayo-abril, Santiago de Chile, 1976, pp. 96 y ss. Así lo expone en relación a la experiencia brasileña; indicando que en tal doctrina está ligada a la geopolítica y la geoestrategia. Recuperado de [http://biblioteca.uahurtado.cl/ujah/msj/docs/1976/n247\\_96.pdf](http://biblioteca.uahurtado.cl/ujah/msj/docs/1976/n247_96.pdf)

<sup>554</sup> Zamora Cordero, Mario, “La doctrina de la seguridad nacional y su actual impacto en el derecho penal latinoamericano”, en *Revista CENIPEC*, Vol. II, N° 25, enero-diciembre, 2006, pp. 123-139. Recuperado de <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/23571/2/articulo3.pdf>

naturaleza, la DSN presume no sólo que el Estado democrático es incapaz de autodefenderse por la vía democrática frente a las distintas formas de subversión, sino, principalmente, que la democracia es un camino abierto para que las que llama doctrinas subversivas, conquisten democráticamente el poder.”<sup>555</sup>

Si bien es cierto este esquema descrito no puede reproducirse *in toto* en el presente escenario, donde los gobiernos han llegado al poder por la vía democrática, se sigue manteniendo el planteamiento ideológico: presentar a la democracia incapaz de hacer frente a la criminalidad con métodos democráticos. De aquí que se llame a la inclusión de normas autoritarias dentro del Estado Constitucional.

Peña Cabrera en dos trabajos que siguieron a la promulgación de la legislación antiterrorista, *Delito de terrorismo* de 1992 y *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista* de 1994 –bajo la influencia de Zaffaroni–, puso de relieve la ideología de detrás de los Decretos Ley y la *normalidad* que esta represiva legislación temporal y excepcional viene adquiriendo bajo pretexto de la promoción del bien común que más en fondo entraña la defensa de un determinado sistema económico-social. En 1992 en el Perú ya se denunciaba un discurso ideológico cerrado y su capacidad de contagio.

“[L]a política criminal del ‘Orden Público’ [(=ideología de la Seguridad Nacional)] es la expresión de la política criminal del Estado de derecho autoritario. En el fondo encontramos el inflexible proyecto de paz, pero dentro del marco neoliberal, que contiene en su seno la forma inherente de producción y reproducción, el modelo de valor. Es, precisamente, este contexto sobre lo que se edifica la idea de normalidad. (...)”

Conviene destacar que la ‘doctrina de la seguridad nacional’, en cuanto a forma de control social, ha logrado siempre en cualquier país donde se haya aplicado, sobre todo en el cono sur, el desbaratamiento de la ideología de los derechos humanos. Claro está que la ideología de la seguridad nacional pretende extraer su justificación partiendo de la premisa de la ‘guerra permanente’. De ahí que diseñe sus objetivos bajo el modelo de un control social que abarque a los sectores populares.

El control social que realiza ‘la seguridad nacional’ es ofensivamente discriminante.”<sup>556</sup>

La doctrina, mejor dicho, la ideología de la seguridad nacional se encuentra detrás del derecho penal autoritario, simbólico, aflictivo y altamente represivo, del cual –como vemos hasta nuestros días con la nueva política criminal de la seguridad ciudadana– la legislación terrorista es su expresión más genuina –caballo de batalla y la punta de la lanza–. El Derecho penal del enemigo es ahora la actualización de esa ideología con un discurso moderno y sofisticado.

---

<sup>555</sup> Tapia Valdez, Jorge, *El terrorismo de Estado*, p. 30.

<sup>556</sup> Peña Cabrera, Raúl, *Delito de terrorismo. Comentarios a la nueva legislación antiterrorista*, en colaboración de F. Ángeles Gonzales, Lima: Ediciones Jurídicas, 1992, pp. 52 y s. Igualmente, el mismo, *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, en colaboración de U. Bojorquez Padilla, Lima: Grijley, 1994, pp. 37 y s.

## 6.6. Antecedentes legislativos del delito de afiliación terrorista

El Código Penal de 1924 regulaba en su Sección Séptima los delitos contra la Seguridad pública (incendios, afectaciones a las comunicaciones, piratería y la salud pública), mientras que en la *Sección Octava* los delitos contra la Tranquilidad pública (entre ellos alarma a la población, provocación a cometer delitos, tomar parte en reunión tumultuaria en el que se hubiere cometido violencia, etc.). Una *específica* legislación terrorista<sup>557</sup> apareció en el contexto de los actos subversivos de fines de la década de 1970 y a consecuencia de la Constitución de 1979 que lo mencionada y lo diferenciaba del delito político.

Artículo 109. La extradición solo se concede por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos o los hechos conexos con ellos. No se consideran como tales los actos de terrorismo, magnicidio y genocidio.

Actuando como perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rodríguez Hurtado,<sup>558</sup> en análisis de la legislación terrorista peruana, señaló que con la nueva constitución se esperaba se barriese la arbitraria y añeja legislación penal de emergencia, pero se optó por reproducirla no superada hasta hoy.

Veamos ahora las tipificaciones de la pertenencia a organización terrorista (aunque por la mala técnica legislativa, la pertenencia aparece a nuestro entender hasta dos veces):

El primer dispositivo fue el Decreto Legislativo N° 046, del 21 de marzo de 1981.

Artículo 1.- El que con propósito de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella, cometiere actos que pudieren crear peligro para la vida, la salud o el patrimonio de las personas, o encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación o transporte o de conducción de fluidos o fuerzas motrices ú otras análogas, valiéndose de medios capaces de provocar grandes estragos o de ocasionar grave perturbación de la tranquilidad pública o de afectar las relaciones internacionales o la seguridad del Estado, será reprimido con penitenciaría no menor de diez años ni mayor de veinte años.

Artículo 2.- La pena será: a) De penitenciaría no menor de doce años, si el agente perteneciera a una organización o banda que para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utilice como medio el delito de terrorismo tipificado en el Artículo 1.

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

Si el afiliado fuera cabecilla o dirigente de la organización o banda, la pena será de penitenciaría no menor de seis años ni mayor de doce años.

---

<sup>557</sup> Véase los anteproyectos al Decreto Legislativo N° 046 y una compilación de normas durante los gobiernos de M. Odría, M. Prado, F. Belaunde y J. Velasco, en Hurtado Pozo, José, *Materiales para una historia de la legislación sobre terrorismo en el Perú*, Lima-Fribourg, 2004, Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20080528\\_86.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_86.pdf)

<sup>558</sup> Rodríguez Hurtado, Mario, *Informe acerca de la naturaleza, desarrollo y modificaciones de la legislación contra el terrorismo, sus efectos y las diversas situaciones que se presentan en los procesos penales por este delito*, (3 de junio, 2004), Caso De La Cruz Flores Vs. Perú, p. 8. Rescatado de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/delacruz/mariopr.pdf>

Hurtado Pozo,<sup>559</sup> comentando el artículo 1 que define el delito de terrorismo, sostuvo que se trataba de un delito de peligro y por su descripción vaga y confusa lesionaba los Principio de legalidad, culpabilidad y racionalidad y humanidad de la penas. En cuanto al artículo 5, de la misma manera, sus límites estaban borrosos, no exige la comisión de actos terroristas, sino que solo se reprime al miembro cuando el programa de la organización postule la violencia, la lucha armada, la toma del poder por la fuerza como medios para imponer un nuevo régimen social incluso cuando su realización sea lejana; desaprueba que el delito se consume por el simple hecho de formar parte de la organización.

Por su parte, Felipe Villavicencio,<sup>560</sup> comentando este artículo 5, refiere que, además de tratarse de un delito colectivo, cuando los actos terroristas han sido realizados por el agente se aplicará el inciso a) del artículo 2, lo que lleva como consecuencia que dicho artículo 5 solo sancionará el hecho de ser miembro de la organización, reprimiéndose actos preparatorios.

Luis Bramont Arias<sup>561</sup> señala que esta legislación terrorista se encuentra inspirada en motivos de prevención, donde no se espera que el propósito delictivo se consuma, sino que se reprime la intención. En este decreto legislativo la mayoría de tipos penales son auténticos actos preparatorios (como es el artículo 5). En relación al análisis dogmático del tipo que reprime la asociación ilícita terrorista, precisa que se exige el propósito de cometer un número indeterminado de delitos, pues si el designio es cometer un solo delito no se daría la tonalidad necesaria de la figura. Por otro lado, pone de relieve que esta legislación garantizaba la salud física y mental del terrorista.

El artículo 5 del Proyecto de Ley de Roy Freyre<sup>562</sup> para la elaboración del Decreto Legislativo N° 046 es sin duda sorprendente:

Art. 5. Asociación ilícita terrorista Se reprime a su autor por el sólo hecho de pertenecer a la organización. La agravante que se indica es para quien tuviere un cargo jerárquico.

El Proyecto de Roy Freyre fue el que, finalmente, prevaleció en dicho entonces. Aparte de ello, debemos notar el *gran parecido de la descripción con el actual artículo 5 del vigente Decreto Ley N° 25475*.

Seguidamente, ante las críticas dicho autor defendió el Decreto Legislativo N° 046 alegando que la normativa antiterrorista era conforme a los Principios del Estado de Derecho. En relación al delito de asociación terrorista señaló:

“Se ha pensado, y se ha pensado bien, que la sociedad tiene que organizarse para defenderse contra el terrorista que también se organiza

---

<sup>559</sup> Hurtado Pozo, José, “El terrorismo y la ley”, en *La Revista* 4/1981, pp. 1-3. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20081106\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20081106_01.pdf). Y ya desde los trabajos preparatorios del Decreto Legislativo N° 046, dejaba entrever los daños que produciría una legislación de ese tipo: “Así, se facilita el éxito buscado por los propios terroristas, consistente, según el terrorista alemán Baader, en ‘golpear en los dedos, hasta que se vean obligados a transformar en situación militar la situación política’.”; el mismo, “Terrorismo y Derecho penal”, 1980. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20081103\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20081103_01.pdf)

<sup>560</sup> Villavicencio Terreros, Felipe, *Delito contra la seguridad pública. Delito de terrorismo*, 2ª ed., Lima: SESATOR, 1983, p. 225 y pp. 226 y s.

<sup>561</sup> Bramont Arias, Luis, “El delito de terrorismo. Decreto legislativo N° 046”, pp. 143 y ss. y pp. 154 y ss.

<sup>562</sup> Véase el Proyecto en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20080528\\_86.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_86.pdf)

para agredirla, y que la sociedad debe anticipar su actuación. Si la sociedad sabe que se están organizando personas para cometer con posterioridad actos de terrorismo, no puede ser posible que la sociedad espere que se cometan los actos de terrorismo para recién sancionarlos. Ese concierto de voluntades, esa organización de las personas para una finalidad ilícita, constituye una figura jurídica que se conoce en la doctrina como asociación ilícita, pero que aquí se ha concretado exclusivamente la asociación ilícita para la realización de los actos de terrorismo. Se dice que esto viola los derechos humanos, va contra el derecho de reunión. Este argumento no tiene ninguna seriedad. Nadie puede organizarse para ejecutar fines ilícitos o contrarios a la moral pública.

En consecuencia, es suficiente que las personas integren una banda o una organización que tenga entre sus medios el uso del terrorismo para el logro de sus fines, para que ya tengamos una figura delictiva.”<sup>563</sup>

Los defensores del Derecho penal del enemigo en el Perú quizás vieran en esta voz solitaria al precursor de la defensa moderna del Estado.

La Ley N° 24651, del 06 de marzo de 1987, *introduce* en el Libro Segundo del Código Penal de 1924 la *Sección Octava* “A” denominada “De los Delitos del Terrorismo”, derogándose el Decreto Legislativo N° 046. Entre sus normas está la siguiente:

Artículo 288 B.- La pena será: a) De penitenciería no menor de dieciocho años, si el agente perteneciera a una organización o banda que para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utilice como medio el delito de terrorismo, tipificado en el artículo 288 A.

En opinión de Sánchez Velarde<sup>564</sup> y Chirinos Arrieta<sup>565</sup> esta Ley derogó la asociación terrorista (el formar parte de una organización) del Decreto Legislativo N° 046. Sin embargo, a nuestro juicio la conducta subsistía en el artículo 288-B arriba citado.

Sánchez Velarde nos da a conocer que a consecuencia del caso Osmán Morote – miembro del Comité Central de la organización terrorista Sendero Luminoso, capturado en 1988– el gobierno de turno decidió modificar la legislación terrorista, bajo el argumento de la ausencia del delito de asociación terrorista y los excesos de la prensa prosenderista. Según el autor, las modificaciones obedecieron a criterios sobrecriminalizantes que a necesidades político-criminales. La legislación venidera traería consigo la vuelta al delito de asociación y apología terrorista que también había sido descriminalizado.

La legislación terrorista, ya con dos reformas a cuestas, siguió sumando denuncias como la de Pedraza Sierra:

“La magnitud de este fenómeno, puede conducir a la adopción de medidas de control incompatibles con un Estado de Derecho, con el riesgo de convertirlo en un ‘Estado autoritario de Derecho’ alentados por

---

<sup>563</sup> Roy Freyre, Luis, “Los fundamentos de la Ley Antiterrorista”, p. 154.

<sup>564</sup> Sánchez Velarde, Pablo, “Ley 24953: un arrepentimiento de la legislación antiterrorista”, en *Anuario de Derecho penal*, (1988). Rescatado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1988\\_06.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1988_06.pdf)

<sup>565</sup> Chirinos Arrieta, Carlos, *Terrorismo y delito*, p. 141.

las ideologías de la Seguridad Nacional y el frente interno, etc. Estos rasgos autoritarios se han manifestado en nuestro país con el planeamiento de la política criminal antiterrorista. Así, el primer instrumento legal que sancionó el delito de terrorismo, fue el Decreto Legislativo 046 (...), de clara inclinación totalitaria. En la misma línea y sobrecriminalizando la figura, se ha dictado la Ley 24651 (...).”<sup>566</sup>

La Ley N° 24953, del 08 de diciembre de 1988, modifica artículos de la Sección Octava “A” del Código Penal de 1924.

Artículo 288-B.- La pena será: a) De penitenciaría no menor de dieciocho años, si el agente perteneciere a una organización que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utilice como medio el delito de terrorismo tipificado en el artículo anterior. La pena será de internamiento, cuando el agente perteneciere a la organización en calidad de jefe, cabecilla o miembro directriz.

Artículo 288-C.- Los que formaren parte de una organización integrada por dos o más personas, que se agrupen o asocien para instigar, planificar, propiciar, organizar, difundir o cometer actos de terrorismo, mediatos o inmediatos, previstos en los artículos de este Título serán reprimidos, por el solo hecho de agruparse o asociarse, como también por ser miembros de la organización, con pena de penitenciaría no menor de diez años, ni mayor de quince.

Chirinos Arrieta<sup>567</sup> comentando el delito de pertenencia a organización terrorista precisa en primer lugar que el derecho de asociación no ampara la protección de asociaciones que incluyan la violencia entre sus métodos; el fundamento de la punición está precisamente en el empleo sistemático de delitos como medio de acción. Este autor en 1990 se puso de lado de Roy Freyre, destacando la defensa que hizo éste del Decreto Legislativo N° 046 para quien dicho decreto no violaba los derechos humanos ni el derecho de reunión. Comparando el artículo 288-C introducido por la Ley N° 24953 y el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 046, observó que si bien el primero describía una prolija enumeración de supuestos en relación al segundo, ambos castigaban exclusivamente el hecho de agruparse con el objetivo de cometer delitos de terrorismo y con independencia de la participación en alguno de ellos.

El nuevo Código Penal de 1991 reguló en su Título XIV Delitos contra la Tranquilidad pública, Capítulo II, Terrorismo.

Artículo 320.- La pena será:

1.- Privativa de libertad no menor de quince años si el agente actúa en calidad de integrante de una organización que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio el delito de terrorismo previsto en el artículo 319.

La pena será privativa de libertad no menor de veinte años cuando el agente pertenece a la organización en calidad de jefe, cabecilla o dirigente.

Artículo 322.- Los que forman parte de una organización integrada por dos o más personas para instigar, planificar, propiciar, organizar, difundir o cometer actos de terrorismo, mediatos o inmediatos, previstos en este Capítulo, serán reprimidos, por el solo hecho de agruparse o asociarse, con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.

---

<sup>566</sup> Pedraza Sierra, Wilfredo, “La persecución penal del terrorismo en el Perú”, en Revista Debate Penal, Dir. Peña Cabrera, Perú, Año 1, N° 2, mayo-agosto, 1987, p. 260.

<sup>567</sup> Chirinos Arrieta, Carlos, *Terrorismo y delito*, pp. 139-143.

Esta última legislación antiterrorista contenida en el Código Penal de 1991 fue derogada luego del golpe de estado del 05 de abril de 1992 mediante el Decreto Ley N° 25475 –con esta legislación, en palabras de V. Cubas<sup>568</sup>, se arrasó los principios del Derecho penal–. Este decreto tipifica en su artículo 5 el delito de afiliación a organización terrorista materia de análisis.

Artículo 3.- Penas aplicables. La pena será:

a. Cadena Perpetua:

- Si el agente pertenece al grupo directivo de una organización terrorista sea en calidad de líder, cabecilla, jefe, secretario general u otro equivalente, a nivel nacional, sin distinción de la función que desempeñe en la organización.

- Si el agente es integrante de grupos armados, bandas, pelotones, grupos de aniquilamiento o similares, de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas o grupos de personas indefensas sea cual fuere el medio empleado.

b) Pena privativa de libertad no menor de treinta años:

- Si el agente es miembro de una organización terrorista nacional que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio el delito de terrorismo previsto en el artículo 2 de este Decreto Ley. Igual pena será aplicada al delincuente terrorista que directamente intervenga o provoque la muerte de personas o tenga participación en tales acciones.

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

La crítica de Peña Cabrera a la legislación terrorista y en especial al artículo 5 es elocuente. En 1992 sostenía:

“Lo grave de este precepto es que se pena una conducta que **no implica lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos** (tranquilidad y seguridad pública). Basta que una persona se asocie o agrupe con fines terroristas para incurrir en este ilícito penal, y esto solo por el mero hecho de su afiliación, sin ser necesario que la referida agrupación cometa delito alguno; más grave aún que habiendo cometido dicha organización actos de terrorismo, el agente no haya participado directa o indirectamente en dichos eventos.”<sup>569</sup>

Más adelante el autor<sup>570</sup> consideró que sí se ponía en peligro el bien jurídico tranquilidad pública (“[e]n concordancia con el principio de legalidad”). Añadió además que la frontera de licitud de la libertad de asociación no está en función del contenido político, sino en los medios que se emplean (la violencia). Por otro lado, con acierto destacó requisitos para la organización terrorista (permanencia, pluralidad de miembros, estructura jerárquica y fin político). Finalmente, reiteró que se criminaliza meros actos preparatorios.

En una evaluación global del Decreto Ley N° 25475, Rodríguez Hurtado concluye: “la legislación antiterrorista es parte integrante de la normatividad

---

<sup>568</sup> Cfr. Cubas Villanueva, Víctor, “La política criminal en la transición democrática”, en *Académica de la Magistratura-AMAG. Revista Institucional*, 1ª ed., N° 7, Junio, Lima, 2006, pp. 69-83.

<sup>569</sup> Peña Cabrera, Raúl, *Delito de terrorismo*, p. 89. (resaltado original)

<sup>570</sup> Peña Cabrera, Raúl, *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, pp. 91 y ss.

penal de emergencia y que su espíritu, al margen de cualquier discurso urgido de legitimación, descansa en concepciones preventivistas o de seguridad extrema, incompatibles inclusive con la Constitución de 1993.”<sup>571</sup>

Con todo, los autores antes señalados Hurtado, Villavicencio, Bramont Arias y Peña coinciden en interpretar el tipo penal en el que la punición de la afiliación terrorista es por el solo hecho de pertenecer a ella, es decir, la incriminación de actos preparatorios. Así visto el sentido de la ley, resulta que aquel está lejos de ser constitucional –la denuncia a la transgresión de los principios del Derecho penal sería patente–.

La valla es bastante alta. Cabe, sin embargo, preguntarnos: *¿es posible ensayar un sentido interpretativo constitucional del artículo 5 del Decreto Ley N° 25475 en el contexto actual?*

Breve reflexión: Nos damos cuenta que las voces que denunciaban el linaje autoritario de la normativa antiterrorista, es decir, alejado de los Principios del Derecho penal liberal (Hurtado, Sánchez, Villavicencio, Peña, Bramont, Pedraza, Cubas y Rodríguez) lo hacían en un contexto difícil para el país donde la violencia terrorista era real.

### **6.7. La constitucionalidad del Decreto Ley N° 25475**

El Decreto Ley N° 25475 fue objeto de análisis por el Tribunal Constitucional en la Sentencia ST N° 0010-2002-PI/TC del 03 de enero de 2003. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs Perú, Sentencia del 25 de noviembre de 2005, en los párrafos 193, 194 y 195, señaló que los dispositivos legales que tipifican los delitos de terrorismo, colaboración y pertenencia no violaban lo dispuesto en el artículo 9 (Principio de Legalidad) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud de que fijan los elementos de las conductas incriminadas, permitiendo deslindarlas de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales y no contravienen otras normas de la Convención.

En esa línea, César Landa Arroyo<sup>572</sup> considera que durante los años ochenta y sobre todo con el autogolpe de A. Fujimori en abril del 1992 y la promulgación de la Constitución de 1993, la característica fundamental de la legislación penal antiterrorista fue la instauración de un Derecho penal del enemigo, lo cual *terminó* luego del análisis constitucional de los Decretos Ley N° 25475, N° 25659, N° 25708 y N° 25880 (legislación antiterrorista) en la Sentencia ST N° 0010-2002-PI/TC y la publicación de los Decretos Legislativos<sup>573</sup> N° 922, N° 923, N° 924, N° 925, N° 926 y N° 927, el 20 de febrero del 2003, de conformidad con la referida sentencia. El autor estima que con dichos decretos legislativos se *reconstruyó* la legislación penal antiterrorista en el marco de un

---

<sup>571</sup> Rodríguez Hurtado, Mario, *Informe acerca de la naturaleza...*, p. 13.

<sup>572</sup> Landa Arroyo, César, “Estado constitucional y terrorismo en el Perú”, en AA. VV., *El Derecho ante la globalización y el terrorismo «Cedant arma togae»*, Mario G. Losano/Francisco Muñoz Conde (coords.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 431 y s., y, especialmente, pp. 449 y s.

<sup>573</sup> Estos Decretos pasaron un examen constitucional en la ST N° 003-2005-PI-TC del 09 de agosto de 2006. El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda contra dichos decretos.



Estado Democrático Constitucional dejándose atrás el llamado Derecho penal del enemigo.

La autorizada opinión es debatible en cuanto al *fin* del Derecho penal del enemigo. Independientemente de que el Decreto Ley N° 25475 haya pasado un examen de constitucionalidad (liberado de su origen ilegítimo y su respectiva limpieza), estimo, no está del todo resuelta la cuestión sobre la concordancia constitucional de los tipos de pertenencia o de los delitos de organización en general (no existe un análisis propio del artículo 5). Incluso la conformidad constitucional de la definición del delito de terrorismo (artículo 2 del Decreto Ley) es cuestionada por Hurtado Pozo;<sup>574</sup> este autor además de criticar la arrogación del Tribunal Constitucional del único y verdadero sentido interpretativo, manifiesta que su argumentación ni sus pautas son lo suficientemente claras.<sup>575</sup> Rodríguez Hurtado,<sup>576</sup> por su parte, admite que pese a los esfuerzos del Tribunal Constitucional la indeterminación pervive en el artículo 2.

De otro lado, el Tribunal Constitucional en la ST N° 003-2005-PI-TC señaló que un Estado Constitucional no puede distinguir entre un Derecho penal para ciudadanos y otro para enemigos, sin embargo, destacó que el Derecho penal constitucional debe responder eficazmente frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger–, para que así no se convierta en un Derecho penal “simbólico”. Asimismo, en la ST N° 0002-2008-PI/TC el Tribunal rechazó por inconstitucional el uso del término “enemigo” en la Ley N° 29166 (derogada por el Decreto Legislativo N° 1095 que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las fuerzas armadas en el territorio nacional) reemplazándolo por el de “grupo hostil”, pues de lo contrario se reconocería la aplicación eficientista de la ley en lugar de un sistema garantista y apegado a los principios constitucionales y de los tratados de derechos humanos. En estas dos ocasiones, si bien el Tribunal Constitucional –en la que Landa Arroyo tomó parte como magistrado– se opone a un Derecho penal del enemigo y rechazar el término “enemigo” por su carga negativa está reconociendo la necesidad de una respuesta eficaz a ataques contra la seguridad de la sociedad, respuesta de las que se sirven los defensores del Derecho penal del enemigo para sostener su necesidad y aceptación dentro del ordenamiento jurídico.

En nuestra visión, precisamente, la teoría del Derecho penal del enemigo recurre nada más y nada menos a los tipos penales de organización para sustentar su

---

<sup>574</sup> Hurtado Pozo, José, “Constitucionalidad del tipo legal del delito de terrorismo”, en *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho penal 2008*, Lima-Friburgo: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2009, pp. 263 y ss. Pese a mantener la controversia constitucional, no es expresamente manifiesto si el artículo 2 del Decreto es conforme al Principio de Legalidad.

<sup>575</sup> En igual sentido, Fidel Rojas critica la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la legislación terrorista considerándola inconsistente, frágil y con errores de apreciación jurídico-dogmático. Véase, Rojas Vargas, Fidel, “Alcances y limitaciones en la interpretación y decisiones sobre la legislación antiterrorista: A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC”, en *Derecho Penal. Estudios fundamentales de Parte general y especial*, Lima: Gaceta jurídica, 2013, pp. 521-535.

<sup>576</sup> Rodríguez Hurtado, Mario, *Informe acerca de la naturaleza...*, p. 14.

*realidad*. Aún cuando un análisis constitucional particular probablemente no ocurra, no se trata de proponer la eliminación<sup>577</sup> de disposiciones legislativas sin agotar esfuerzos<sup>578</sup>: *Se trata ya un problema de interpretación*; luego, de eliminación.

## 7. Teoría de la interpretación

Liberarnos de la trampa que el Derecho penal del enemigo tiende, exige reconocer algo hartamente sabido: *toda disposición positiva se interpreta. In claris not fit interpretatio* es una máxima de la que no podemos fiarnos. Siguiendo esta premisa, una interpretación de algunos tipos penales es la que ofrece el discurso del Derecho penal del enemigo, lo cual es entendible, pero no es la única interpretación posible ni mucho menos la mejor ni a la que debemos resignarnos. En ese sentido, no todo instrumento jurídico-penal en el combate criminal es prototípico o paradigmático de Derecho penal del enemigo. A esta última conclusión, se llega cuando se haya agotado la *interpretación*.<sup>579</sup>

### 7.1. Delimitación

Nuestro objeto es un sistema de signos particular y delimitado. Frente a él elaboramos una conjetura acerca de lo que dicho sistema dice. Tal conjetura la debemos demostrar. La forma de demostrar es cotejándola en el texto general en el que el sistema de signos particular y limitado se halla como un todo coherente (*intentio operis*).

¿Qué ocurre antes de la demostración? ¿Cómo elaboramos esa conjetura? Esto no se lleva a una pregunta decisiva ¿cómo comprendemos?

---

<sup>577</sup> Tal como advierte García Toma, la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico puede ser más gravosa que la propia permanencia de aquella dentro del ordenamiento constitucional, en ese sentido, es preciso salvarla hasta donde sea razonablemente posible (evitar su eliminación y hacerla compatible con la constitución), García Toma, Víctor, “El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)”, en *Interpretación y aplicación de la Ley penal. Anuario de Derecho penal 2005*, Lima-Friburgo: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2006, pp. 201 y ss.

<sup>578</sup> Aunque a veces sin mucho esfuerzo; así, por el ejemplo, Manuel Cancio advierte –en un análisis con motivo de la reforma penal antiterrorista española del 2010– que diversos tipos penales como el de adoctrinamiento lesionan gravemente el Principio de Legalidad, el castigo de la intensión en el financiamiento se manifiesta como una tipificación sin límite e indiscriminada y la propaganda como claramente inconstitucional, Cancio Meliá, Manuel, “El Derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea”, pp. 304 y ss. El autor español mantiene una posición crítica a los proyectos de reforma de la legislación antiterrorista de su país, véase al respecto, “Una reforma irresponsable, un ataque a la Constitución”, *El Diario*, 19 de enero de 2015. Recuperado de [http://www.eldiario.es/contrapoder/terrorismo-Constitucion\\_6\\_347225276.html](http://www.eldiario.es/contrapoder/terrorismo-Constitucion_6_347225276.html); el mismo, “La reforma penal: frivolidad, desvarío y populismo punitivo”, *El Diario*, 12 de abril de 2015. Recuperado de [http://www.eldiario.es/contrapoder/reforma\\_penal-populismo\\_punitivo\\_6\\_374872539.html](http://www.eldiario.es/contrapoder/reforma_penal-populismo_punitivo_6_374872539.html) Es enfático al afirmar sobre las reformas penales: “el sistema penal convertido en oficina de reclutamiento del terrorismo, con la Constitución de cuerpo presente.”

<sup>579</sup> Debemos advertir que los múltiples aspectos teóricos que desarrollaremos se mueven dentro de dos corrientes teóricas de la Teoría del Derecho: la hermenéutica jurídica y la filosofía analítica del derecho, que como veremos tratamos de hacer converger sus diferentes concepciones. Véase Atienza, Manuel, “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho”, en *Interpretación constitucional*, Bogotá D.C.: Universidad Libre, 2010, pp.47-64. Además, ambas perspectivas atravesadas por la filosofía marxista.

Precisemos. Nuestro objeto de estudio es *lenguaje*, frente al que elaboramos la conjetura: ¿cómo abordarlo?

No creemos conveniente un *análisis lógico-científico* –propio de la orientación de la filosofía analítica del derecho–, puesto que no solo es limitado, sino que excluye el aspecto histórico *per se* que lleva consigo y que queremos no solo rescatar, sino preponderar.<sup>580</sup> Por lo tanto, se trata de la *interpretación histórico-cultural* del *lenguaje*. Creemos que no puede haber comprensión-interpretación de algo *fuera* de la historia.

## 7.2. La propuesta hermenéutica de Hans-Georg Gadamer

Aquí tomaremos nota de la hermenéutica filosófica gadameriana.

El filósofo Hans-Georg Gadamer en *Verdad y Método* aborda la hermenéutica como un problema ontológico. En el *Prólogo* a la 2ª edición deja en claro su propósito: “mi verdadera intención era y sigue siendo filosófica; no está en cuestión lo que hacemos ni lo que debiéramos hacer, sino lo que ocurre con nosotros por encima de nuestro querer y hacer.”<sup>581</sup>

*Por encima de nuestro querer y hacer* designa, pues, una instancia anterior: es el hecho que comprendemos. Al modo kantiano<sup>582</sup> se trata de que el comprender es una condición de posibilidad de todo cuanto queremos y hacemos. Así, la pregunta filosófica es *¿cómo es posible la comprensión?*

La respuesta a esta pregunta nos llevará a un concepto de suma importancia, el cual tomaremos y luego aplicaremos: la precomprensión-prejuicio.

Pero volvamos ahora a la pregunta filosófica que el autor se plantea.

“la comprensión no es uno de los modos de comportamiento del sujeto, sino el modo de ser del propio estar ahí. En este sentido es como hemos

---

<sup>580</sup> La metodología crítico-descriptivo que hemos asumido (toda descripción de la realidad social implica a la vez su evaluación crítica con la posibilidad inherente de transformarla) evita caer en el solo análisis lógico del lenguaje.

Al respecto, Carlos Massini reconoce 4 críticas a la Filosofía analítica en el Derecho: una percepción reducida de la realidad jurídica (norma positiva), excluyendo las valoraciones; el hecho de que la obligación jurídica tiene carácter constitucionalmente ético; la imposibilidad de una filosofía práctica. La cuarta crítica referida a que dicha perspectiva filosófica desaparece la posibilidad del Derecho natural no es en realidad una crítica, sino una consecuencia de la metodología adoptada, ya que la discrepancia con tal postura no implica reconocer al Derecho natural. También reconoce críticas a la Hermenéutica jurídica: su carácter totalizador, de reducirlo todo a interpretación; le resulta difícil defender la existencia de un núcleo irreductible de indisponibilidad en el derecho que es necesario para el Derecho natural; la falta de una dimensión deóntica; el rechazo a efectuar distinciones y precisiones conceptuales. El autor de inclinación iusnaturalista, ante el callejón sin salida que propone ambas corrientes iusfilosóficas, propone una vuelta a la filosofía práctica de matriz aristotélica. Véase Massini Correa, Carlos, “Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica” en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 37, N° 107, julio-diciembre, 2007, pp. 311-347. Rescatado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151413533002>

<sup>581</sup> Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método* I, trad. Ana Agud y Rafael de Apapito, 10ª ed., Salamanca: Ediciones sígueme, 2003, p. 10.

<sup>582</sup> Se me ocurre poner como ejemplo, no sé si con acierto, *del modo de pregunta kanteana*, la norma hipotética fundamental de Kelsen. El jurista establecía una *condición de posibilidad* para la validez del ordenamiento jurídico que recaía en una norma presupuesta. La diferencia radicaría en que en Kelsen la condición es presupuesta mientras que en Gadamer es real, un modo de ser.

empleado aquí el concepto de «hermenéutica». Designa el carácter fundamentalmente móvil del estar ahí, que constituye su finitud y su especificidad y que por lo tanto abarca el conjunto de su experiencia del mundo. El que el movimiento de la comprensión sea abarcante y universal no es arbitrariedad ni inflación constructiva de un aspecto unilateral, sino que está en la naturaleza misma de la cosa.”<sup>583</sup>

Todo el conjunto de la experiencia humana del mundo y de la praxis vital está abarcada por la comprensión. Comprender es aquí el *modo de ser*. Para Gadamer la comprensión, que posee una estructura *circular*, comienza cuando *algo* nos interpela.<sup>584</sup> Además, en este proceso de comprensión lo *histórico* es determinante. Pero a lo que quiere llegar el autor es que no solo el objeto de nuestra comprensión se encuentra caracterizado por la historicidad, sino también nosotros mismos:

“Un pensamiento verdaderamente histórico tiene que ser capaz de pensar al mismo tiempo su propia historicidad (...). El verdadero objeto histórico no es un objeto, sino que es la unidad de lo uno y de lo otro, una relación en la que la realidad de la historia persiste igual que la realidad del comprender histórico. Una hermenéutica adecuada debe mostrar en la comprensión misma la realidad de la historia. Al contenido de este requisito yo le llamaría «*historia efectual*». Entender es, esencialmente, un proceso de historia efectual.”<sup>585</sup>

Y así como el objeto y el sujeto están dotados de lo histórico, el mismo proceso de comprensión se halla siempre bajo el mismo efecto.

“En cualquier caso el sentido de mi investigación no era proporcionar una teoría general de la interpretación y una doctrina diferencial de sus métodos, como tan atinadamente ha hecho E. Betti,<sup>586</sup> sino rastrear y

---

<sup>583</sup> Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método* I, p. 12.

<sup>584</sup> Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método* I, p. 369.

<sup>585</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 370.

<sup>586</sup> Efectivamente, Emilio Betti propone una Teoría general de la interpretación, puesto que en cada una de las nueve formas de interpretación agrupadas en torno a tres funciones (reconocitiva, reproductiva y normativa), se trata de entender la objetivización de una espiritualidad. El autor italiano parte de que el proceso interpretativo, en general, responde al *problema epistemológico del entender*. Identifica así la interpretación como la acción en la cual el resultado o evento útil es *entender*, que se opera a través del lenguaje. Además, no puede darse la interpretación si no es en presencia de una *forma representativa*, mediante la cual los hombres llegan a entenderse entre sí y a constituir comunicaciones espirituales. El proceso interpretativo es único e idéntico, y se trata de una exigencia que parte de formas representativas, en las cuales un espíritu ya objetivado aparece ante el sujeto. Betti aclara este proceso cognoscitivo de carácter triádico: “A un extremo del proceso se halla el espíritu viviente y pensante del intérprete; al otro, una espiritualidad que se ha objetivado en forma representativa. Estos términos no vienen en contacto inmediato entre ellos, sino que se encuentran a través de la mediación que llevan a cabo las *formas representativas*, en las cuales la espiritualidad, que en ellas se ha objetivado, se halla de frente al sujeto interpretante como algo ajeno e independiente de sí mismo, como una objetividad inamovible. (...) tal conocer es un reconocer o reconstruir el espíritu” (p. 72). Se establece, de ese modo, una inversión del proceso creativo en el proceso interpretativo. La relación triádica originará una antinomia de la cual brota la dialéctica del proceso interpretativo, que posibilitará la teoría general de la interpretación. La observancia de cánones hermenéuticos o criterios metódicos garantiza el control y una relativa objetividad en el entender. Véase, Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. José de los Mozos, Madrid:

mostrar lo que es común a toda manera de comprender: que la comprensión no es nunca un comportamiento subjetivo respecto a un «objeto» dado, sino que pertenece a la historia efectual, esto es, al ser de lo que se comprende.”<sup>587</sup>

Es por ello que “[c]uando intentamos comprender un fenómeno histórico desde la distancia histórica que determina nuestra situación hermenéutica en general, nos hallamos siempre bajo los efectos de esta historia efectual”<sup>588</sup>; entonces, no es posible concebir la comprensión fuera de la historia efectual, pues pertenece a la historia misma, operando incluso sin que se sea consciente de ello. En este último caso requiere hacerse consciente, porque “[l]a consciencia de la historia efectual es en primer lugar consciencia de la *situación* hermenéutica.”<sup>589</sup> De ese modo, el ser que comprende *está* en una *situación* frente a aquello que quiere comprender, la cual a su vez limita las posibilidades de ver. Gadamer añade, “[a]l concepto de situación le pertenece esencialmente el concepto de *horizonte*. Horizonte es el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto.”<sup>590</sup> En el marco de la comprensión histórica es necesario ser consciente del horizonte histórico tanto de quien participa en una situación hermenéutica de una conversación como con los textos. Ese horizonte es tanto del pasado como del presente, se trata de horizontes históricos y que se presentan en el proceso de comprensión; tales horizontes son en realidad *un gran horizonte*.

“El horizonte del presente no se forma pues al margen del pasado. Ni existe un horizonte del presente en sí mismo ni hay horizontes históricos que hubiera que ganar. *Comprender es siempre el proceso de fusión de estos presuntos «horizontes para sí mismos»*”<sup>591</sup>

Ahora bien, la comprensión se encuentra revestida de un elemento esencial: lo prejuicioso. Aquí el *prejuicio* –apunta Gadamer– no significa un juicio falso,<sup>592</sup> sino aquello que puede ser objeto de valoración: “los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser.”<sup>593</sup> El prejuicio constituye una condición de la comprensión. Y esto se debe a la influencia de la *tradición*.

“Lo que satisface a nuestra conciencia histórica es siempre una pluralidad de voces en las cuales resuena el pasado. Este solo aparece en la multiplicidad de dichas voces: tal es la esencia de la tradición de la que participamos y queremos participar.”<sup>594</sup>

Cuando comprendemos aquello que nos interpela lo hacemos con una precomprensión –la primera condición hermenéutica– que está constituida por

---

Revista de Derecho privado, 1975, pp. 23-68 (Las categorías civilísticas de la interpretación) y pp. 69-90 (De una Teoría general de la interpretación).

<sup>587</sup> Gadamer, Hans-Georg, pp. 13 y s.

<sup>588</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 371.

<sup>589</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 372.

<sup>590</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 372.

<sup>591</sup> Gadamer, Hans-Georg, pp. 376 y s.

<sup>592</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 337.

<sup>593</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 344.

<sup>594</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 353.

los prejuicios de la tradición de la que somos parte. Se sigue, entonces, que la razón solo existe como real e histórica.<sup>595</sup>

Desde el enfoque hermenéutico gadameriano no estamos libres de prejuicios en la comprensión. Ésta tiene que ver “*con desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición*”. Lo contrario significaría negar el natural condicionamiento histórico. Asimismo, la tradición como condición hermenéutica afecta la comprensión haciéndose visible en la configuración del *círculo hermenéutico* del todo y las partes, del cual Gadamer toma de Heidegger. La descripción de la comprensión se efectúa a través del círculo, en el que el movimiento anticipatorio de la precomprensión guía la comprensión del texto. El círculo describe “un momento estructural ontológico de la comprensión.”<sup>596</sup>

¿Y qué con la interpretación? Para Gadamer comprender es siempre interpretar.

“La interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión.”<sup>597</sup>

Gadamer explica que la vieja tradición de la hermenéutica dividía el problema hermenéutico en tres momentos: comprensión, interpretación y aplicación. El filósofo no solo muestra la fusión de la comprensión y la interpretación, sino que a ella se le suma la *aplicación*. Ésta es un momento del proceso hermenéutico tan esencial e integral como los otros dos, puesto que “en la comprensión siempre tiene lugar algo así como una aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del intérprete.”<sup>598</sup> Entonces, “[c]omprender es siempre también aplicar.”<sup>599</sup>

Por último, el *lenguaje* cobra un papel notable. El problema hermenéutico tiene que ver con el correcto acuerdo sobre un asunto, donde el lenguaje es el medio en el que se realiza el acuerdo. Y este acuerdo no solo se da en la conversación real entre personas, sino también cuando se comprende *textos* (“manifestaciones vitales fijadas duraderamente”). Estas manifestaciones deben ser entendidas, “lo que significa que una parte de la conversación hermenéutica, el texto, sólo puede llegar a hablar a través de la otra parte, del intérprete. Solo por él se reconvierten los signos escritos de nuevo en sentido.”<sup>600</sup> De esta manera, se accede al asunto mismo del que habla el texto, se elabora un lenguaje común hasta llegar al acuerdo; se trata, pues, de que los dos toman parte fusionando sus horizontes haciendo manifiesto la *forma de realización de la conversación*. La lingüisticidad de la conversación es la que posibilita la comprensión, el medio de la experiencia hermenéutica. Esto se resume así:

---

<sup>595</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 343.

<sup>596</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 363.

<sup>597</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 378.

<sup>598</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 379.

<sup>599</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 380.

<sup>600</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 466.

“[E]l lenguaje es el medio universal en el que se realiza la comprensión misma. La forma de realización de la comprensión es la interpretación.”<sup>601</sup>

Y así, ahora es entendible la máxima de Gadamer: “El ser que puede ser comprendido es lenguaje.”<sup>602</sup>

### 7.2.1. Utilidad

La hermenéutica filosófica de Gadamer nos da a conocer que la comprensión-interpretación de *algo* no se encuentra separada del condicionamiento histórico en que el sujeto se encuentra, la tradición. Y que el enfrentarnos hacia un objeto histórico lo enfrentamos con prejuicios que configuran una precomprensión.

La comprensión posibilita un diálogo entre el sujeto y el texto. En ella, pues, se pone de manifiesto la *estructura circular del comprender*

### 7.3. El sentido de la palabra “interpretación” y su aspecto limitado

Añadiremos un aporte de la corriente de la filosofía analítica del derecho y nos preguntaremos: ¿Qué se entiende por la palabra “interpretación”?

Giovanni Tarello distingue dos acepciones de la palabra “interpretación”.<sup>603</sup> La primera que funge como *actividad*, precisamente, el atribuir un significado a un documento; la segunda como *producto* de dicha actividad, el significado alcanzado. Sobre la base de esta distinción,<sup>604</sup> afirma como impropio decir que el intérprete “descubre” el significado de las “normas”. Para dicho autor el vocablo “descubrir” impide ver diversas actividades propias de la *actividad* de interpretación, tales como actos volitivos (decidir y proponer) y de conocimiento (detectar y prever).

Hasta aquí estamos de acuerdo con la distinción hecha de la palabra “interpretación”.

Tarello –en la línea de Tullio Ascarelli<sup>605</sup> y Vezio Crisafulli<sup>606</sup>– considera que el significado detectado, decidido o propuesto no está preconstituido a la actividad

---

<sup>601</sup> Gadamer, Hans-Georg, p. 467.

<sup>602</sup> Gadamer expresa: “Nuestra reflexión ha estado guiada por la idea de que el lenguaje es un centro en el que se reúnen el yo y el mundo, o mejor, en el que ambos aparecen en su unidad originaria”, Gadamer, Hans-Georg, p. 567.

<sup>603</sup> Tarello, Giovanni, *La interpretación de la Ley*, trad. Diego Dei Vecchi, 1ª ed., Lima: Palestra editores, 2013, pp. 61 y ss. En esa línea, también Guastini, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. J. Ferrer i Beltrán, Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, pp. 201 y ss.

<sup>604</sup> Tarello, Giovanni, *La interpretación de la Ley*, p. 80 y ss.

<sup>605</sup> Ascarelli, Tullio, “Jurisprudencia constitucional y Teoría de la interpretación”, trad. Alberto Puppo, en *Disposición vs. norma*, S. Pozzollo y R. Escudero (editores), 1ª ed., Lima: Palestra editores, 2011, pp. 19-38. El autor señaló en 1957: “La norma no está ‘encerrada’ en el texto de tal forma que se pueda descubrir y la interpretación no es el ‘reflejo’ de lo que está encerrado en el texto. El texto es (...) una semilla para una formulación –constantemente renovada y transitoria de la norma, efectuada por el interprete para cada aplicación”, p. 27.

<sup>606</sup> Crisafulli, Vezio, “Disposición (y norma)”, trad. Mar Fernández, en *Disposición vs. norma*, S. Pozzollo y R. Escudero (editores), 1ª ed., Lima: Palestra editores, 2011, pp. 67-109. El autor refirió en 1964: “por disposición no se entiende la norma (en cualquier caso y por cualquiera) formulada sino, más precisamente, la fórmula institucionalmente dirigida a establecer y revelar la norma”, pp. 70 y s.

del intérprete –seguimos de acuerdo–, sino que es el resultado de dicha actividad. Y ese resultado –el significado atribuido a un enunciado normativo– es la *norma*. En 1966 afirmaba que “[I] a norma (...) no ‘tiene’ un significado, por la sencilla razón de que ‘es’ un significado. (...) el proceso interpretativo se ejercita sobre un enunciado, procede a partir de un enunciado y llega a la norma; la norma no es un dato previo, sino el producto del proceso interpretativo.”<sup>607</sup>

Esta perspectiva la afinará Riccardo Guastini:

“Podemos llamar ‘enunciados interpretativos’ a los enunciados que adscriben significado a un texto normativo. La forma estándar de tales enunciados es la siguiente: ‘T’ significa S. En esta fórmula la variable T es un texto del discurso de las fuentes; la variable S es el sentido o significado adscrito a este texto por el intérprete. (...)”

Podemos llamar ‘disposición’ a todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho y reservar el nombre de ‘norma’ para designar el contenido de sentido de la disposición, su significado, que es una variable dependiente de la interpretación.”<sup>608</sup>

Así el autor alcanza la distinción no biunívoca entre disposición y norma:<sup>609</sup>

(i) A una disposición le pueden corresponder una multiplicidad de normas separadamente.

$$D \rightarrow N1? N2? N3?$$

(ii) Una disposición puede expresar una multiplicidad de normas conjuntas.

$$D \rightarrow N1 + N2 + N3$$

(iii) Dos disposiciones pueden ser sinónimas, es decir, pueden expresar una sola norma o ser parcialmente sinónimas.

$$D1 \rightarrow N \leftarrow D2$$

ó

$$D \rightarrow N1 + N2 + N3$$

$$D \rightarrow N3 + N4 + N5$$

Sin duda la distinción de la corriente analítica es teóricamente esclarecedora – aunque ya la hemos advertido implícitamente desde el momento en que creímos la necesidad de superar las interpretaciones ilegítimas–. Es acertado distinguir texto o disposición (enunciado normativo) y lo que resulta de él (como atribución). Solamente discrepamos respecto de la identificación de ese resultado o algo atribuido con “la” norma –*Infra* 8.1–.

<sup>607</sup> Tarello, Giovanni, “El ‘problema’ de la interpretación: una formulación ambigua”, trad. Mar Fernández, en *Disposición vs. norma*, S. Pozzollo y R. Escudero (editores), 1ª ed., Lima: Palestra editores, 2011, pp. 118 y s.

<sup>608</sup> Guastini, Riccardo, “La interpretación: Objetos, conceptos y teorías”, trad. Miguel Carbonell, en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 1ª ed., México D.F.: Editorial Porrúa-UNAM, 1999, p. 11.

<sup>609</sup> Guastini, Riccardo, “Disposición vs Norma”, trad. Mar Fernández, en *Disposición vs. norma*, S. Pozzollo y R. Escudero (editores), 1ª ed., Lima: Palestra editores, 2011, pp. 144 y ss.



Estas consideraciones se profundizan hasta llegar a la controversia en torno al “estatuto lógico de los enunciados interpretativos”: si la interpretación es un acto de conocimiento o un acto de voluntad. Guastini<sup>610</sup> –igualmente Chiassoni<sup>611</sup>– sostendrá que identificar la interpretación como una actividad de tipo cognoscitivo (“verificar” o “descubrir”) es caer en la falsa creencia de que las palabras incorporan un significado intrínseco o que las autoridades normativas tienen una voluntad unívoca; ya de por sí la interpretación es un terreno de conflictos. Este autor opone una Teoría cognitiva de la interpretación (la interpretación es un acto de conocimiento, los enunciados interpretativos –‘T’ significa S– tienen valores de verdad) a una Teoría escéptica de la interpretación (la interpretación es un acto de voluntad, los enunciados interpretativos –‘T’ significa S– no tienen valores de verdad, las diversas interpretaciones dependen de las valoraciones del intérprete); si bien tercia entre esta oposición una Teoría ecléctica (la interpretación es a veces una actividad de conocimiento y a veces de decisión discrecional: Comanducci<sup>612</sup> sostiene que hay necesidad de interpretar solo cuando existan dudas o contrastes sobre cuál es el significado a un documento normativo y esto ocurre cuando no hay consenso universal del significado correcto del texto), considerará a esta última como “una (tácita, inconfesa) variante de la teoría cognitiva”.<sup>613</sup> Afirma que el escepticismo es fundado y el cognitivismo no.<sup>614</sup>

Así ante todo, por nuestra parte asumiremos lo siguiente:

*Entendemos* por interpretación la *atribución* de significado a un texto. En lo que aquí atañe, a un texto de derecho positivo. Podemos atribuirle varios significados: buenos, regulares o malos.

Por el contrario, reconocer que la interpretación es el *descubrimiento* del significado de un texto normativo nos lleva a la conclusión –errónea– de que

---

<sup>610</sup> Guastini, Riccardo, “La interpretación: Objetos, conceptos y teorías”, pp. 13 y s.; el mismo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid: Trotta, 2008, pp. 39-42; el mismo, “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”, trad. Diego Moreno C. en *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Isabel Lifante V. (editora), 1ª ed. Lima: Palestra editores, 2010, pp. 147 y ss.

<sup>611</sup> Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, trad. Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora, Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 159-165. El autor llama a cada una de las posiciones: “solución cognitivista (formalista)”, “solución no cognitivista (escepticismo, realismo)” y “solución ecléctica” en referencia al problema de si la interpretación está comprometida con valores ético-normativos.

<sup>612</sup> Véase al respecto una defensa de la Teoría ecléctica, Comanducci, Paolo, “La interpretación jurídica”, en *Hacia una teoría analítica del Derecho*. Rafael Escudero (editor), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 93-113.

<sup>613</sup> Guastini, Riccardo, “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”, p. 154.

<sup>614</sup> Las ideas de los autores italianos a aquí citados forman parte de lo que se ha denominado la “Escuela genovesa”. J. Ferrer y G. B. Ratti indican que dicha escuela se caracteriza por defender planteamientos del *legal realism* como el escepticismo interpretativo, el carácter sistemático del derecho como variable dependiente de la labor de la doctrina y el no-cognitivismo ético (separación metodológica del derecho y moral). Cfr. *El realismo jurídico genovés*, J. Ferrer y G. B. Ratti (editores), Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 11-14.

De otro lado, M. Barberis sostiene que hoy en día el objeto de interés de esta escuela es el constitucionalismo llamado por los genoveses como neoconstitucionalismo. Véase Barberis, Mauro, “Un poco de realismo sobre el realismo ‘genovés’”, trad. E. Cuautle R. en *El realismo jurídico genovés*, J. Ferrer y G. B. Ratti (editores), Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 201-215.

existe una y sola una posible interpretación que sería verdadera, justamente, la que se corresponde con el texto normativo.

Pese a este significado oportuno de la palabra “interpretación” como atribución, *no dice mucho del modo y las condiciones en las que ocurre esa atribución del significado*. ¿Es esta atribución de significado arbitraria?, consideramos que no. Esta atribución de significado solo puede ser posible en la *naturaleza del comprender*. Atribución de lo comprendido en la historia del texto particular y donde éste se encuentra contenido junto a la situación histórica del sujeto que comprende. El condicionamiento histórico del comprender provee de contenido y guía a la atribución de significado.

Por último, la distinción que hacen los autores italianos entre *disposición* y *norma* es sumamente útil, porque permite –y ya lo hemos venido sugiriendo– eliminar como inconstitucionales determinados sentidos o significados interpretativos atribuidos a las disposiciones o textos normativos sin eliminar, precisamente, la disposición. Cuando no exista la posibilidad de ofrecer un significado constitucional o el mismo se muestre forzado, la conclusión será la eliminación de la disposición.

Pero como veremos más adelante, a la distinción *disposición - norma*, nosotros plantearemos la distinción:

### **Disposición - supuesto de hecho - norma**

#### **7.4 Naturaleza de la norma jurídico penal**

La norma penal como entidad ideal es el reflejo de una contradicción del mundo real: libertad general de acción e interés individual de protección (ambas de individuos concretos). En tanto entidad abstracta, la norma recoge la generalización de la particularidad. Si bien es un reflejo de lo individual, este reflejo está en un nivel superior, se encuentra en lo general, de eso modo, posibilita la orientación general de conductas. La norma refleja (sintetiza) con mayor exactitud la contradicción entre libertad y seguridad. La síntesis de la contradicción se presenta como una proposición lingüística con función de determinación o directiva de conductas (“*no hurtar*”, “*no lesionar*”, etc.) y con un contenido deontológico de “*deber ser*”.

Asimismo, la norma penal –que debe su *existencia* en el ámbito jurídico a un acto de promulgación<sup>615</sup>– no se halla aislada, sino inmersa en un sistema normativo concreto –el modelo de Estado Constitucional– que busca –al menos ese es su norte (como deber ser)– potenciar la libertad y lograr el desarrollo de la personalidad individual y la igualdad. Teniendo a la vista tal marco normativo constitucional que tiene una finalidad general de optimizar la libertad, la *interpretación jurídica* ha de orientarse a alcanzar la coincidencia entre la preponderancia de la libertad individual concreta con la libertad general abstracta. Tampoco se trata de asegurar pura libertad. Lo ideal es alcanzar un

---

<sup>615</sup> Véase al respecto Alchurrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, 1ª ed., México D.F.: Fontamara, 1997 (1ª reimpresión 2002), pp. 25 y ss.

*equilibrio diferencial*: antes que una igualdad entre libertad y seguridad, se busca estabilidad del equilibrio entre ambos con preponderancia de la libertad.

La falta de esta coincidencia provocará la expulsión de la disposición jurídica particular (y de la norma desprendida de ella) del sistema normativo. Es decir, ante la imposibilidad de optimizar la disposición jurídica, pese a su presentación a primera vista incongruente con el sistema constitucional, sigue la eliminación.

### 7.5. Dialéctica del conocimiento y dialéctica de la interpretación

En esta oportunidad retomaremos postulados que recogimos del marxismo y plasmamos en nuestra tesis: “*El proceso dialéctico del comprender y su potencial en la comprensión del tipo como unidad de sentido.*”

La dialéctica ha ocupado un lugar central en la historia del pensamiento. Sujeto a controversias,<sup>616</sup> su contenido ha sido concebido de manera distinta en las etapas de la historia<sup>617</sup>: antigua,<sup>618</sup> medioeval<sup>619</sup> y moderna. Aquí recurrimos a la dialéctica que tiene sus bases en la inversión o puesta de pie de la dialéctica hegeliana por Marx.<sup>620</sup> Así, el método dialéctico “enfoca las cosas y sus imágenes conceptuales sustancialmente en sus conexiones, en su concatenación, en su dinámica, en su proceso de génesis y caducidad (...).”<sup>621</sup>

El punto del cual partimos es que la realidad objetiva existe independientemente de nuestra conciencia –aunque esta afirmación sea cuestionable<sup>622</sup> o su

---

<sup>616</sup> En el 2011, se publicó en Perú diez ensayos sobre las interpretaciones que se ha hecho sobre la dialéctica, en la *Introducción* a este texto Miguel Giusti señala: “Desde que hizo su aparición en los inicios de la historia de la filosofía, la dialéctica se ha visto envuelta en controversias apasionadas sobre su utilidad o sus peligros. Fue elevada al rango de método privilegiado de la razón por grandes filósofos, como Platón, Aristóteles o Hegel, en distintos momentos de la historia, y fue también denigrada como forma espuria u engañosa de razonar por otros filósofos no menos grandes, como Descartes, Kant o Heidegger. Caso extraño en los conceptos de los filósofos, el prestigio teórico de la dialéctica parece ser casi tan grande como su desprestigio”. Véase *La cuestión de la dialéctica*, Askani/Dilcher/et al, edición de Miguel Giusti, 1ª ed., Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 9.

<sup>617</sup> Véase, el *Diccionario de Filosofía* de Nicola Abbagnano, trad. Alfredo N. Galletti. México, D.F.: Fondo de cultura económica, 3ª ed., español, 1998, (2ª reimpresión 2000). Aquí se distingue a la Dialéctica como método de la división, como lógica de lo probable, como lógica y como síntesis de los opuestos, lo cuales se expresan en distintas etapas de la historia, pp. 315 y ss. Asimismo, el *Diccionario de Filosofía* de José Ferrater Mora. 5ª ed., 1984, (T. A/D). Alianza Editorial, pp. 796 y ss.

<sup>618</sup> Sustancialmente las orientaciones de Platón y Aristóteles.

<sup>619</sup> Tonsmann, Dick, “La dialéctica en la época medieval”. Ponencia presentada al II Coloquio de estudios de metafísica: ¿Qué es la dialéctica?, Univ. Nacional Mayor de San Marcos, 2014. El autor da cuenta de tres momentos de la dialéctica en la época medieval, a saber como método ascendente hacia la divinidad, como lógica y como método de discusiones teológicas. Se destaca la importancia de la contradicción en la práctica universitaria escolástica: “Es de recordar aquí la importancia de la contradicción como algo esencial para las *Quaestio* porque este choque de ideas habrá de resultar en una solución que sea persuasiva para ambos bandos en disputa. Si no hay contradicción, no puede ponerse en marcha la disputa dialéctica y se pierde así el intelecto que quiere la fe (*Fides quaesrens intellectum*)”

<sup>620</sup> Marx, K, *El Capital. Crítica de la economía política*, trad. Wenceslao Roces, T. 1, 2ª ed., española, México D.F.: Fondo de Cultura económica, 1959, (7ª reimpresión 1975), p. XXIII y s

<sup>621</sup> Engels, F. *Del socialismo utópico al socialismo científico*, en Marx y Engels. *Obras escogidas*, Moscú: Editorial Progreso, [s.f.], p. 428.

<sup>622</sup> Hawking, Stephen, *El gran diseño*, trad. D. Jou i Mirabent, Barcelona: Crítica, 2010, pp. 68-47.

demostración sea un “escándalo”<sup>623</sup>-. También reconocemos que la realidad objetiva se encuentra en un estado ininterrumpido de cambio. Al respecto, Engels efectúa una pregunta –que reprodujo ampliamente la manualística marxista ortodoxa y que también hicimos en su momento–: “¿qué relación guardan nuestros pensamientos acerca del mundo que nos rodea con este mismo mundo? ¿Es nuestro pensamiento capaz de conocer el mundo real; podemos nosotros, en nuestras ideas y conceptos acerca del mundo real, formarnos una imagen refleja exacta de la realidad?”<sup>624</sup> Estimamos que es posible conocer el mundo objetivo.

Respecto al conocimiento, señalaremos que cuando conocemos esa realidad objetiva nos formamos conceptos a partir de nuestras percepciones sensibles (el salto de la percepción al concepto), y que en ese continuo conocer, los conceptos reproducen las propiedades del mundo. Justamente, las cosas (de la realidad objetiva) y sus imágenes conceptuales (de la mente) se encuentran en movimiento. El método de conocimiento dialéctico es el que reconoce tal carácter en las cosas y en la mente. Y cuando el hombre conoce al mundo –la mente frente a la realidad objetiva–, se produce un movimiento ascendente desde la realidad objetiva hasta el acercamiento a la verdad (dialéctica del conocimiento). Este acercamiento es el de una constante *adecuación*.<sup>625</sup>

Debemos aclarar que no se trata, pues, de una simple adecuación entre mente y realidad como si se tratase de una reproducción acabada y estática de la realidad en la mente, sino de la adecuación de la mente *a la* realidad, o de su constante y continuo acercamiento, mejor dicho del esfuerzo de la mente para comprender la realidad. Cada acercamiento de la mente a la realidad es un éxito parcial, lo que implica que la adecuación cada vez puede ser mejorada.

---

<sup>623</sup> Heidegger, Martín, *El ser y el tiempo*, trad. J. Gaos, 2ª ed., México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1971, (6ª reimpresión 1993), pp. 222 y ss.

<sup>624</sup> Engels, F., “Ludwing Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana”, p. 625.

<sup>625</sup> Es importante indicar que lo descrito tiene una base aristotélico-tomista con el concepto de verdad. En efecto, resulta provechoso citar al Filósofo: “Falso es, efecto, decir que lo que es, no es, y lo no es, es; verdadero, que lo que es, es, y lo que no es, no es. Por consiguiente, quien diga que (algo) es o no es, dirá algo verdadero o dirá algo falso” (Libro IV, Capítulo 7). Más adelante “...dice verdad el que juzga que lo separado está separado y que lo unido está unido, y dice falsedad aquel cuyo juicio está articulado al contrario de las cosas...” (Libro IX, Capítulo 10). Cfr. Aristóteles, *Metafísica*, p. 198 y p. 390. La formulación de la verdad como adecuación en Tomás de Aquino se da a partir de la pregunta ¿Qué es la verdad? del Artículo 1 de *De Veritate*: “La primera comparación del ser con el entendimiento consiste en que el ser se corresponde con entendimiento. Esta correspondencia se llama adecuación del entendimiento y de la cosa. En esto consiste formalmente la razón de verdadero. Y esto es lo que lo verdadero añade al ser: la conformidad o adecuación de la cosa y del entendimiento, de la que se sigue el conocimiento de la cosa, como se dijo.” Posteriormente, en el Artículo 6, el filósofo medieval va mostrar el cambio de la verdad, es decir, de la adecuación constante del entendimiento a la cosa: “En consecuencia, siendo verdadero el entendimiento, si cambia la cosa, sin que cambie el entendimiento, o lo contrario, o que ambos cambian de desigual manera, llégase la falsedad. Dase entonces una mutación de la verdad a la falsedad, como, por ejemplo, es verdadero el entendimiento, si se entiende que Sócrates es blanco, siendo blanco, pero se dará falsedad en el entendimiento, si posteriormente se entiende que es negro, continuando blanco; o, lo contrario, cambiado Sócrates al negro, se entiende que es todavía blanco; o, cambiado a la palidez, se entiende que es rubio. De este modo, queda patente cómo cambia y cómo no cambia la verdad”. Cfr. Tomás de Aquino, “De la verdad”. Trad. Gabriel Ferrer, en *Opúsculos y cuestiones selectas*, Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 2001, p. 206 y s. y p. 252.

La dialéctica del conocimiento nos muestra que la adecuación incompleta e inexacta se va siendo cada vez más completa y exacta. Ante la impugnación de una posible negación del conocer, señalaremos que la capacidad de conocer del hombre individualmente considerado en esa constante adecuación de la mente a la realidad es limitada, pero ilimitada si vemos a la humanidad en su conjunto, como apuntó Engels en su *Anti-Dühring*.

Con estas ideas introduzcámonos más a la interpretación.

El hegeliano Karl Larenz establece que *la comprensión* de las expresiones lingüísticas (leyes, resoluciones de los tribunales y actos administrativos), se logra mediante el interpretar.<sup>626</sup> Se trata de “un hacer mediador” (= “Interpretar’ un texto quiere decir, por tanto, decidirse por una entre muchas posibles interpretaciones, que hacen aparecer precisamente a ésta como la aquí ‘pertinente’”<sup>627</sup>). Pero *la comprensión* es únicamente posible por *la naturaleza de la interpretación* –comprender mediante el interpretar– ¿cuál es esa? Su naturaleza *circular*.

“La imagen de ‘círculo’ no es precisamente afortunada, en cuanto el movimiento circular del comprender no retorna sencillamente a su punto de partida –entonces se trataría de una tautología–, sino que eleva a un nuevo grado la comprensión del texto. Si el significado de una palabra primeramente aceptado por el intérprete no concuerda con la conexión de sentido del texto, tal como éste se descubre al intérprete a continuación, entonces el intérprete rectifica su primera suposición; si los posibles significados (aquí imaginables) de la palabra ofrecen una conexión de sentido diversa a la primera conjetura por el intérprete, éste rectifica su conjetura. El proceso de mirar hacia delante y hacia atrás puede tener que repetirse múltiples veces, sobre todo cuando primeramente sólo se había contemplado una parte del texto (...). Aun en el caso en que se confirme, en plena medida, su inicial conjetura de sentido, el intérprete ya no está situado en el mismo punto, ya que la nueva sospecha o suposición se ha convertido ahora en certeza; la conjetura de sentido tiene el carácter de una hipótesis, que será confirmada mediante una interpretación exitosa.

El proceso del comprender no transcurre, por tanto, únicamente *en* una dirección, ‘linealmente’ (...), sino en pasos alternos, que tienen por meta un recíproco esclarecimiento de uno mediante el otro (...).”<sup>628</sup>

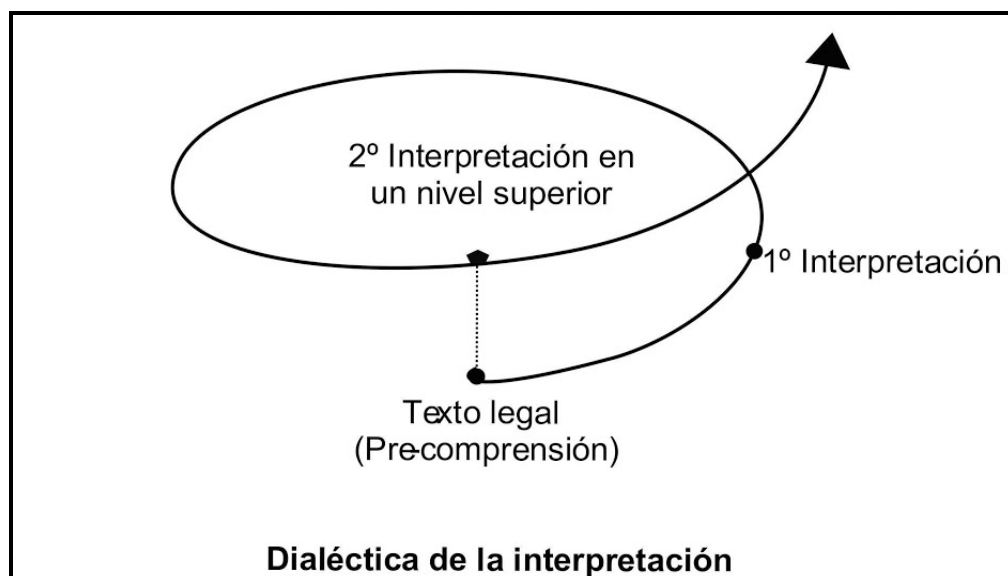
---

<sup>626</sup> Una distinción con Gadamer es que para este autor el comprender es siempre interpretación, en contraste, para Larenz “la comprensión de expresiones lingüísticas se da o bien de modo irreflexivo mediante el acceso inmediato al sentido de la expresión o bien de modo reflexivo mediante el interpretar”. El primer caso ocurre cuando al oyente no le es problemático el sentido del discurso. Distinción que el mismo Larenz hace.

<sup>627</sup> Larenz, Karl, *Metodología del la Ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, 2ª ed., definitiva, Barcelona-Caracas-México: Editorial Ariel, 1980, p. 193

<sup>628</sup> Larenz, Karl, *Metodología del la Ciencia del Derecho*, p. 195.

La descripción gráfica sería de la siguiente manera:



**Gráfico N° 13:** Dialéctica de la interpretación.  
Fuente: Elaborado por el autor (2011)

La descripción (“círculo hermenéutico”) de Larenz es, precisamente, el contenido de la dialéctica en el pensamiento. Esto ilustra el desarrollo progresivo del conocimiento humano que va de lo simple a lo complejo y de lo inferior a lo superior. El movimiento de nuestra mirada que va hacia adelante y hacia atrás o que va y viene (el “ir y venir de la mirada” que Engisch hablaba entre el supuesto de hecho y el caso concreto y que también ocurre en la interpretación como recuerda Larenz<sup>629</sup>) entre la primera impresión que tenemos del texto con el texto mismo, se supera sucesivamente.

El proceso de conocimiento, es decir, la forma cómo conocemos *es* dialéctica. Reiteramos, partimos del reconocimiento que el mundo objetivo existe independientemente de nuestro pensamiento y que él se encuentra en constante cambio y movimiento. Así, cuando nos acercamos a un objeto a través de los sentidos y la experiencia captamos en el pensamiento o la mente una primera impresión de esa parte del mundo objetivo. Esta primera imagen externa en la mente es superada en las sucesivas observaciones al mundo objetivo y de nuevo hacia la mente y viceversa hasta alcanzar la abstracción del mismo y el surgimiento del concepto del objeto particular. El paso de las imágenes simples – que van modificándose y perfeccionándose continuamente– al concepto es un salto cualitativo.

Este proceso muestra que en el conocimiento del mundo (la sociedad y la naturaleza), el hombre se representa una parte del mundo y la reflejan en la mente. Si en la mente se refleja una parte del mundo y éste se encuentra en

<sup>629</sup> Larenz reconoce el “ir y venir de la mirada” que Engisch refiere en relación a la premisa mayor del silogismo jurídico con el hecho de la vida como una manifestación del “círculo hermenéutico”. Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 275.

movimiento, caemos en cuenta que los conceptos que han surgido del proceso de conocimiento también estarán en movimiento.

Pero las formas del pensar (conceptos, teorías, leyes, sistemas) y las deducciones que hacemos a partir de ellas, para demostrar su correspondencia con la verdad requieren ser probadas o contrastadas en la realidad; y aquí el criterio fundamental es la práctica. Marx presentó su importancia en la *tesis 2 sobre Feuerbach*:

“El problema de si al pensamiento humano se le puede atribuir una verdad objetiva, no es un problema teórico, sino un problema *práctico*, es en la práctica donde el hombre tiene que demostrar la verdad, es decir, la realidad y el poderío, la terrenalidad de su pensamiento (...).”<sup>630</sup>

Lenin –estudioso de la *Lógica* hegeliana– expone con claridad el proceso de conocimiento.

“El pensamiento que avanza de lo concreto a lo abstracto (...) no se aleja de la verdad, sino que se acerca a ella. La abstracción de la *materia*, de una *ley* de la naturaleza, *todas* las abstracciones científicas (...) reflejan la naturaleza en la forma más profunda, veraz y COMPLETA. De la percepción viva al pensamiento abstracto y *de éste a la práctica*: tal es el camino dialéctico del conocimiento de la *verdad*, del conocimiento de la realidad objetiva.”<sup>631</sup>

Más adelante señala:

“El conocimiento es la aproximación eterna, infinita, del pensamiento al objeto. El reflejo de la naturaleza en el pensamiento del hombre debe ser entendido, no ‘en forma inerte’, ‘no en forma abstracta’, NO CARENTE DE MOVIMIENTO, NO SIN CONTRADICCIONES, sino en el eterno **PROCESO** del movimiento, en el surgimiento de las contradicciones y su solución.”<sup>632</sup>

Con todo, la *práctica* presta una contribución fundamental a la comprensión de la dialéctica en el conocimiento. De esta manera, se van asentando conocimientos con los que se enfrentarán nuevos problemas y posibilitándose los conocimientos venideros.

En ese sentido, la palabra “circular” no es apropiada como el mismo Larenz indica, sino que es mejor hablar de un desarrollo *helicoidal ascendente* o, como el marxista Lenin refiere, *espiral*: “El conocimiento no es (o no sigue) una línea recta, sino una curva, que se aproxima infinitamente a una serie de círculos, a una espiral.”<sup>633</sup> El punto final coincide con el inicial, pero en un nivel superior; de esta manera, se mantiene y conserva todo lo positivo de las fases anteriores que reproduce en un nivel superior algunos aspectos de las fases iniciales.

---

<sup>630</sup> Marx, K., “*Tesis sobre Feuerbach*”, en Marx y Engels, *Obras escogidas*. Moscú: Editorial Progreso, [s.a.], (Segunda Tesis), p. 24.

<sup>631</sup> Lenin, V. I., *Cuadernos filosóficos*, 2ª ed., Buenos Aires: Ediciones Estudio, 1974, p. 163.

<sup>632</sup> Lenin, V. I., *Cuadernos filosóficos*, p. 185.

<sup>633</sup> Lenin, V. I., “Sobre el problema de la dialéctica”, en *Cuadernos filosóficos*, 2ª ed., Buenos Aires: Ediciones Estudio, 1974, p. 333.

Cuando se emprende la comprensión mediante la interpretación, el sujeto cognoscente aprehende una primera impresión ante la cual formula una primera conjetura posibilitada por los conocimientos históricos, esto es, la precomprensión (podríamos decir en el sentido de Heidegger<sup>634</sup> que el *movimiento anticipatorio* de la precomprensión se hace presente). Este enfrentamiento se le va a presentar una y otra vez, tal desarrollo va a producir luego un “salto o cambio” en el proceso de la comprensión, que es parte del proceso de conocimiento hasta llegar a la certeza o verdad objetiva. Y como se indicó el proceso no acaba aquí, sino continua.

Larenz indica que al inicio del proceso del comprender existe una *conjetura de sentido* que es consecuencia de la *precomprensión* que posee el intérprete con la que se penetra al texto. Tal precomprensión es producto de un largo proceso de aprendizaje del intérprete. En efecto, el largo proceso de aprendizaje no puede ser otro que el que los juristas y los operadores del derecho han reunido en el proceso histórico de su participación en el campo jurídico. Y esto es así, puesto que los conocimientos de una persona provienen de dos sectores: uno proviene de la experiencia directa y el otro, de la experiencia indirecta. En el Derecho casi la totalidad de los conocimientos son indirectos, son el resultado de investigaciones precedentes; y es lo que hace que los intérpretes tengan una precomprensión. No hay ningún operador del Derecho que al interpretar un texto jurídico no tenga una idea de lo que va a interpretar, siempre se tiene un “parecer” mínimamente fundado, una conjetura.

¿Qué abarca la precomprensión?

“La precomprensión de la que el jurista precisa, no solo se refiere a la ‘cosa Derecho’, así como al lenguaje en el que se habla de ésta y a la conexión traditiva en que se hallan siempre los textos jurídicos, las resoluciones de los tribunales y los argumentos usuales, sino también a los contextos sociales, a las situaciones de intereses y las estructuras de las relaciones de vida a que se refieren las normas jurídicas.”<sup>635</sup>

Por otro lado, en cuanto a la interpretación y aplicación de la norma, en general, Larenz exige tomar atención a la distancia existente entre la necesaria generalidad de la norma y la singularidad de cada “caso” concreto. Por tal motivo, es preciso concretizar la norma en el proceso de su aplicación, y al lograrse se sienta una medida, la cual sirve para el enjuiciamiento de otros casos. Asimismo, siguiendo una línea dialéctica, la concretización de la norma –a través de la interpretación– para su invariable aplicación seguirá siendo objeto de interpretación con la finalidad de concretizar, precisar y modificar su contenido. Como se observa, la interpretación de la norma dada por los tribunales que al lograrse posee, en un inicio, una invariabilidad expresada en la aplicación (y así debe ser, a efectos de asegurar justicia a los casos concretos) lleva dentro de sí el germen de su modificación, en consecuencia, la aplicación de tal o cual norma a

---

<sup>634</sup> El círculo hermenéutico descrito por Gadamer es como sigue: “Heidegger (...) describe este círculo en forma tal que la comprensión del texto se encuentre determinada continuamente por el movimiento anticipatorio de la precomprensión. El círculo del todo y las partes no se anula en la comprensión total, sino que alcanza en ella su realización mas autentica”, Gadamer, Hans-Georg, p. 363.

<sup>635</sup> Larenz, Karl, *Metodología del la Ciencia del Derecho*, pp. 195 y s.



un nuevo caso exige su reevaluación, lo que evidentemente expresa su contenido dialéctico.

Tal como podemos observar, el *nuevo caso* genera un *nuevo proceso de interpretación de la norma*, el cual culmina (culminación relativa) en el estadio de la aplicación invariable. No es el retorno al mismo punto, sino a una *nueva* interpretación que genera una nueva aplicación invariable, o mejor dicho, retorna al mismo punto, pero a un nivel superior.

Larenz precisa que el comprender –mediante el interpretar– una norma requiere del descubrimiento de la valoración en ella decretada y su alcance, pues en aquella subyacen intereses donde uno prepondera sobre otro (bienes que se protegen y otros no, conductas sancionadas y otras permitidas, y restricción y negación de derechos).

### **7.6. La interpretación dialéctica conforme al texto en su contexto general**

Mediante la interpretación se busca el sentido de una disposición jurídica. La búsqueda de este sentido se da a través de la asignación, adscripción o atribución de un sentido interpretativo que creemos conveniente. De aquí que es posible obtener múltiples interpretaciones; una de ellas –fuera de la intención del autor, esto es, de la búsqueda de la voluntad del redactor–, por su supuesto, es la que ofrece inmediatamente el propio texto *aisladamente*, que de acuerdo a un *esquema externo de interpretación* (construcción teórico-dogmático, cualquiera sea ésta, mejor dicho una *precomprensión*) cobra aún una mayor plenitud significativa permitiendo a dicho esquema ser vigente y real (*intentio lectoris*). En este caso el intérprete interpreta el texto y descubre su sentido –se lo atribuye– en virtud de una perspectiva propia.

Por nuestra parte, *la interpretación que buscamos es una conforme al texto*. Esto obliga al intérprete a atribuir un sentido normativo de acuerdo a la significación en la que el texto se encuentra inmerso. Rescatar la *intensión de texto* (*intentio operis*) e interpretarlo conforme a su significado propio es interpretarlo en armonía con todo el sistema de derecho de un Estado que asegura la libertad; precisamente, este el sentido de la significación subyacente original.

Al respecto, el profesor latinoamericano Miguel Reale nos provee de pautas de interpretación que fortalecen la dialéctica de la interpretación.

- a) Toda interpretación jurídica es de naturaleza teleológica (finalística) fundada en la *consistencia axiológica* (valorativa) del Derecho.
- b) Toda interpretación jurídica ha de darse en el seno de una *estructura de significaciones*, y no de forma aislada.
- c) Cada precepto comporta la significación de algo que está situado en la totalidad del ordenamiento jurídico.<sup>636</sup>

Sobre la base de dichos parámetros, una disposición jurídica se interpreta de acuerdo a la finalidad de la totalidad del sistema normativo, y ésta no es otra que potenciar la libertad, por ello, *interpretar un artículo de los textos jurídico-penales como uno que pertenece al discurso del Derecho penal del enemigo*

---

<sup>636</sup> Reale, Miguel, *Introducción al Derecho*, 10ª ed., corregida y aumentada según la 21ª ed., brasileña. Madrid. Edición Pirámide. S.A, 1993, p. 237.

*tendría que negar todo el sistema de derecho.* Un enunciado jurídico-penal no puede interpretarse aisladamente como lo hacen los intérpretes del Derecho penal del enemigo, su interpretación es válida de acuerdo a su sistema, sin embargo, es mala.

Muchas más explícito Reale: “Nada más erróneo que, una vez promulgada la ley, tomar uno de sus artículos y aplicarlo aisladamente sin tener en cuenta *su papel y función en el contexto del cuerpo legal al que pertenece.*”<sup>637</sup> (Recordemos la imagen del pato-conejo y la utilidad del *contexto* para poder saber de qué se trata, o de un pato o de un conejo).

K. Engisch destaca como complicada la tarea que tiene el jurista para establecer la premisa mayor del silogismo jurídico. Esto exige reunir todos sus elementos constitutivos hasta donde sea necesario: “implica que las premisas jurídicas mayores han de ser construidas a partir de la totalidad de la ley y más allá de ella, incluso gracias a la ayuda de otras leyes. De esta manera se presupone que las proposiciones de un orden jurídico contiene un complejo de ideas jurídicas vinculantes entre sí homogénea y armónicamente.”<sup>638</sup> Este autor hace una cita a Stammler: «En el momento que alguien aplica un artículo de un Código, está aplicando todo un Código», la cual nos parece significativa, puesto que lo que queremos hacer notar con la *intentio operis* es el significado que el ordenamiento jurídico impregna a las interpretaciones sectoriales del mismo (sirviendo de parámetro de una buena o mala interpretación); nosotros diremos que *en el momento que se comprende-interpreta-aplica un artículo del Código penal se está comprendiendo-interpretando-aplicando todo el ordenamiento jurídico.*

Debemos anotar que el proceso de comprensión de los textos jurídicos (interpretación) y la construcción de los conceptos jurídicos (dogmática jurídica) no debe limitarse al discurso jurídico, puesto que dicho discurso se halla en conexión con el discurso político, el cual le provee de sentido en cierta medida. La falencia más grave de la teoría jurídica es que parte su análisis deductivo de un marco normativo que se le aparece sin más, un simplismo.<sup>639</sup> Es por ello, y esto lo enfatizamos, *no solo se trata de hacer coincidir el sentido de una disposición normativa con el texto general del ordenamiento, sino también el discurso político que hay detrás de ella con el discurso político del ordenamiento en su conjunto.*

Ahora bien, partir de la disposición jurídica, formular una primera conjetura y alcanzar el sentido del sistema normativo en conjunto solamente se logra a través de la *dialéctica de la interpretación.*

Como antes indicamos, el sujeto cognoscente aprehende una primera impresión, la misma que se le va a presentar una y otra vez, tal desarrollo va a producir luego un “salto o cambio” en el proceso de la comprensión, que es parte del proceso de conocimiento hasta llegar a la certeza o verdad objetiva.

---

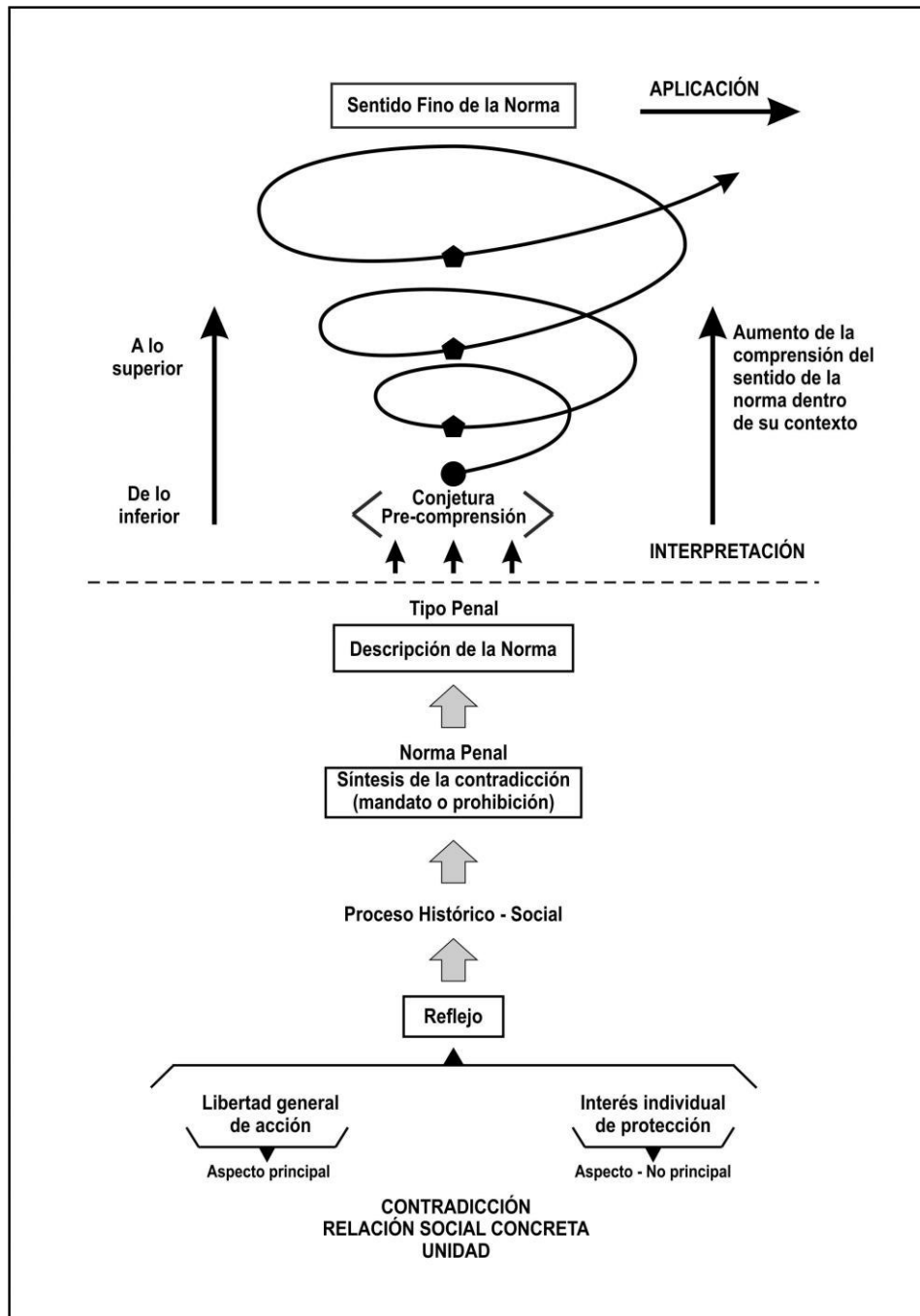
<sup>637</sup> Reale, Miguel, *Introducción al Derecho*, p. 237.

<sup>638</sup> Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. E. Garzón Valdez, Madrid: Ediciones Guadarrama, 1967, p. 90.

<sup>639</sup> Zaffaroni, Raúl, “Política y Dogmática jurídico-penal”, pp. 71 y ss. Denuncia el peligro en el que se encuentra la dogmática penal por la desvinculación entre el discurso jurídico-penal y la política.

En aplicación a la interpretación jurídica, el proceso es más o menos complejo. El interprete se representa primero una conjetura (a partir de una precomprensión) del texto, luego, una primera interpretación, ésta –la superficial– se supera mediante su negación, sin embargo, esta negación implica recoger lo positivo de ella, esto es, la base textual –de lo contrario no habría condición para la superación–; así, en sucesivos giros helicoidales se le orienta hasta alcanzar la conformidad con el sistema de derecho –coincidencia (si se logra) con sus principios y valores–. Finalmente, retorna al mismo punto, pero a un nivel superior para su aplicación (negación de la negación).

Aquí presentamos el modelo:



**Gráfico N° 14:** Desarrollo de la Dialéctica de la interpretación. Fuente: Elaborado por el autor.

Ante todo, el sentido que importa al derecho no depende del autor del texto ni de su lector, sino de su contexto. Pero ¿cuál es el contexto de la disposición jurídica? El contexto viene constituido, en primer lugar, por el sistema jurídico al que pertenece (los principios y valores subyacentes a él, esto es, la preponderancia de la libertad sobre la seguridad) y, en segundo lugar, la *realidad*

*social* a la que será aplicada. Estos referentes no son momentos o partes del contexto, por el contrario, están unidos. La interpretación del derecho positivo presta atención ineludiblemente al sistema normativo y a la vida social; así, se reafirma que la interpretación que sirve para la aplicación del derecho es la interpretación conforme a la intención del propio texto (*intentio operis*) y no la interpretación conforme a la intención del intérprete o lector (*intentio lectoris*). Éste último interpreta el texto de acuerdo a su sistema, de ese modo, pierde de vista el verdadero contexto de la disposición jurídica. Por ello y ante todo, el proceso interpretativo debe orientarse a valorar si el significado de un enunciado normativo singular coincide con el esquema normativo general.

En contraste, el planteamiento de la unidad interpretativa de las disposiciones jurídicas no resulta ser congruente con el funcionalismo jurídico-penal, ya que al sostener una dicotomía entre un Derecho penal de ciudadanos y un Derecho penal de enemigos, necesariamente, culminará en una división del proceso interpretativo: habrá un sistema de interpretación conforme a la finalidad de la prevención general positiva (mantenimiento de la identidad social) y otro que busque el aseguramiento (heteroadministración con la subsiguiente restricción intensa de libertad). Por otra parte, parece que Polaino-Orts sugiere también un solo proceso interpretativo: [la interpretación es una actividad necesaria] “dotada de un sentido e insertada en un coherente y armónico sistema de principios jurídicos”<sup>640</sup> –de esto estoy de acuerdo–. No obstante, la sugerencia decae cuando aparece en el sistema penal el Derecho penal del enemigo. En efecto, para Jakobs es deshonesto tratar a una persona como enemigo y a un enemigo como persona,<sup>641</sup> por lo tanto, –como todo texto legal se interpreta– no es posible que el proceso interpretativo de una disposición jurídica que se aplicará a un enemigo sea congruente con el sistema normativo que entraña principios de un Estado Constitucional, el cual solo se aplica a un ciudadano.

También en alguna medida se acierta cuando señala que “el significado lo imputa la situación, es decir, el contexto.”<sup>642</sup> En efecto, cuando se trata de disposiciones jurídicas, el contexto importa. El sistema normativo al que pertenecen y la realidad social a la que se dirigen contribuyen a proveerles de significado (lo que ocurre con los actos del habla, sin duda). Pero hay que añadir algo más, en primer lugar, el significado del contexto tuvo que surgir de algún lugar, y esto último no es sino los otros *elementos* propios del contexto, dicho de diferente modo, el significado del contexto no es una nube que apareció de la nada, su origen está en los otros datos reales, que son de la misma forma parte del contexto. En segundo lugar, afirmar que el significado no preexiste a las cosas y, por ello, que el contexto imputa el significado no es del todo acertado en su amplitud. La cualidad moral de los actos de las personas, por ejemplo, son

---

<sup>640</sup> Polaino-Orts, Miguel, “¿*Odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda?* Sobre los límites de la interpretación de derechos procesales: Acotaciones al art. VII.3 del Código Procesal del Perú”, en *Interpretación y aplicación de la Ley penal. Anuario de Derecho penal 2005*, Lima-Friburgo: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2006, p. 269.

<sup>641</sup> Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, p. 70.

<sup>642</sup> Polaino-Orts, Miguel, “La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos del habla”, en *Derecho penal y criminología*. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Colombia, Vol. 26, N° 79, 2005, p. 134.

independientes del contexto, las acciones individuales tienen un sentido concluido (lo tiene adherido); una acción *per se* mala no se vuelve buena por ningún contexto o circunstancia. Cientos de acciones buenas no eliminan el significado malo de una acción. Esto tiene alta influencia, por supuesto, en la construcción del delito, el respeto a determinadas estructuras de la acción, y esta estructura *es* la relación dialéctica de lo individual y lo social: lo social surge de lo individual, pero lo social (que lleva dentro de sí lo individual) contribuye al significado de lo individual, no hay forma de separar ambos aspectos.

### **7.6.1 Configuración del diálogo**

Conforme hemos visto en los acápites precedentes la legislación terrorista peruana en general –antes y después del Decreto Legislativo N° 046 de 1981– ostenta una historia caracterizada medularmente por ser autoritaria. Pertenece a una tradición represiva, de emergencia y preventivista. Esto muestra que tal legislación es el reflejo del pensamiento autoritario de los detentadores del poder. Es por ello que difícilmente podemos identificar a las leyes antiterroristas como un producto natural de las relaciones sociales concretas.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico peruano busca enmarcarse dentro de una corriente constitucional, iniciada al menos con mayor vehemencia con la Constitución de 1979. El norte del linaje constitucional es el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales que permite precisamente el libre desenvolvimiento de los actores sociales sobre la cual se configura las instituciones jurídicas.

En este panorama de ubicación tanto del objeto y del contexto donde se sitúa el objeto, debemos hacer fluir el diálogo entre el objeto y el intérprete, entre los horizontes históricos de cada uno y, posibilitar alternativas de interpretación en el marco constitucional (horizonte del contexto y de la comprensión) que hagan arrancar al objeto de la corriente autoritaria en la medida de lo posible.

- Separar al objeto de su tradición.
- Ubicar al objeto en la corriente constitucional.
- Llevar a cabo la interpretación.

### **7.7. La interpretación de la teoría del Derecho penal del enemigo como primera conjetura de sentido**

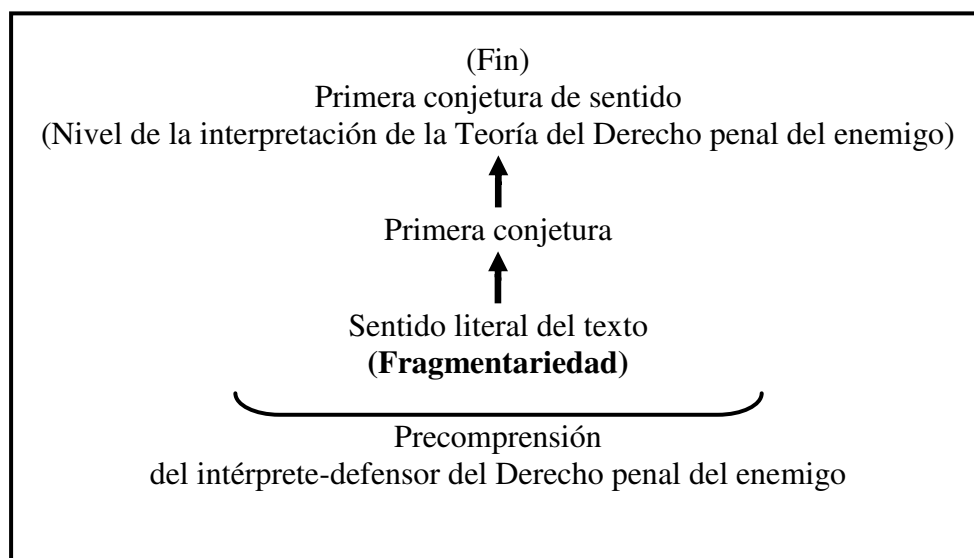
La interpretación (aislada) que efectúa el discurso del Derecho penal del enemigo es la interpretación en el nivel más inferior del proceso de captación y atribución del significado: es una *primera conjetura de sentido* (interpretación a *prima facie*). A pesar de ello, debemos destacar que esta primera conjetura es útil, porque es la materia que contrasta y requiere superación. Es más, la teoría del Derecho penal del enemigo por su significación teórica ordenada y coherente (aunque irreal) plantea un reto alto, pues no es una simple precomprensión, lleva además en sí un sistema doctrinal pleno (una visión ordenada de la sociedad y el derecho).

Ahora bien, asumir que de un texto se pueden desprender múltiples interpretaciones –entre ellas la mejor, que es la que buscamos–, exige, en primer

lugar, una defensa del sentido literal del texto,<sup>643</sup> es *necesario reconocer esto* para efectuar contrastes interpretativos. Aplicando esta idea al artículo 5 del Decreto Ley (disposición normativa) en análisis, *el sentido literal* del mismo no dice otra cosa sino que *una persona debe ser sancionada por el solo hecho de formar parte de una organización terrorista*. Este comienzo está bien y debemos reconocerlo.

Este sentido literal invita al intérprete a formular frente a ella una *primera conjetura* (“La intensión del texto no aparece en la superficie textual”<sup>644</sup>). En nuestro examen podría resultar del siguiente modo: *La conducta que se busca sancionar es, efectivamente, el formar parte de una organización terrorista debido a la desestabilización que provoca al Estado de derecho*.

En el caso del intérprete-defensor del Derecho penal del enemigo que posee una precomprensión compleja (un sistema doctrinal), el sentido literal del texto cobra en la primera conjetura su confirmación (*primera conjetura de sentido superior al sentido literal del texto*): La pertenencia a la organización criminal pierde neutralidad y pasa a tener un significado objetivo de organización delictiva (incriminación anticipada como injusto sistémico). El proceso de comprender para este discurso acaba aquí.



**Gráfico N° 15:** Interpretación conforme a la *intentio lectoris*. Fuente: Elaborado por el autor.

La interpretación que hace la teoría de Derecho penal del enemigo es errada por dos flancos: Primero, la precomprensión (el sistema doctrinal que el intérprete-defensor de este discurso tiene) carece –como ya hemos hecho ver– de realidad. Segundo, la interpretación *stricto sensu* es limitada. Veamos esto último.

<sup>643</sup> Eco, Umberto, *Los límites de la interpretación*, p. 33.

<sup>644</sup> Eco, Umberto, “La sobreinterpretación de textos”, p. 76.

La primera conjetura obliga al intérprete a cuestionarse si este primer sentido es adecuado o no, es decir, si lo ubicase en su contexto general normativo.

Retornemos a Eco (y a la vez recordemos a Reale).

“La iniciativa del lector consiste en formular una conjetura sobre la *intentio operis*. Esta conjetura debe ser aprobada por el conjunto del texto como un todo orgánico. Esto no significa que sobre un texto se pueda formular una y sólo una conjetura interpretativa. En principio se pueden formular infinitas. Pero, al final, las conjeturas deberán ser probadas sobre la coherencia del texto, y la coherencia textual no podrá sino desaprobado algunas conjeturas aventuradas.”<sup>645</sup>

Evidentemente, la conjetura de sentido de la teoría del Derecho penal del enemigo es posible, pero sale desaprobada por su fragmentariedad respecto del sistema normativo general. Dentro del contexto normativo su interpretación se encuentra en el nivel más inferior del proceso de comprensión del significado. Dicho en otras palabras, la interpretación de este discurso de un fragmento del texto (artículo 5 del Decreto Ley) es rechazada y, por tanto, refutada por el resto de fragmentos del sistema normativo.

Aquí tiene plena actualización el criterio de Eco, donde la coherencia textual interna *controla* los de otro modo incontrolables impulsos del lector (entre estos, el lector-intérprete-defensor de la doctrina del Derecho penal del enemigo).

Resulta, pues, necesario superar la primera conjetura de sentido para cual recurriremos a la dialéctica de la interpretación que nos permitirá alcanzar la coherencia textual.

Otro aspecto limitado de la interpretación que efectúa el discurso del Derecho penal funcional (Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo) es que parten de una concepción ahistórica de la sociedad. Por consiguiente, la precomprensión que se dispone se reduce al esquema de cómo describen la realidad (un sistema de comunicación), eliminando, de ese modo, la tradición en la que el sujeto real se encuentra, el modo de ser.

No se trata, entonces, de desmerecer la construcción del Derecho penal del enemigo, ni las normas positivas de este tipo. Un posicionamiento dialéctico implica reconocerle el rol que juega en la construcción teórica. En cambio una posición contraria<sup>646</sup> lo rechazaría de plano sin analizar la fundamentación que viene detrás. No obstante, pese a su extendida presencia amenazadora de la libertad en el mundo, aquel debe superarse –y toda superación implica desarrollo–, esto es una necesidad que compete tanto al Derecho penal como a la Teoría del Derecho y a la Filosofía del Derecho.

Nosotros avanzaremos a través de los giros helicoidales ascendentes incorporando nuevos elementos de contexto (tanto normativo como social) a partir del sentido literal del texto –pasando y superando la conjetura de sentido inconstitucional– hasta alcanzar una interpretación que respete el sistema normativo que resguarda la libertad.

---

<sup>645</sup> Eco, Umberto, *Los límites de la interpretación*, p. 41.

<sup>646</sup> El que concibe al mundo de un modo inmutable y falto de movimiento.



Además como en el sistema funcionalista de Jakobs se presenta una intensa filosofía de corte hegeliana<sup>647</sup> y en Hegel la alienación es una necesidad del proceso dialéctico para el progreso, entonces, *el Derecho penal del enemigo como una negación (el contrario) del Derecho penal liberal* –aquel surge de las mismas entrañas del sistema normativo liberal, pues es el legislador quien mina las bases del Estado Constitucional por dentro– *es el que se constituye en una necesidad teórico-temporal para el desarrollo de un derecho posterior que logre reafirmar los principios de un Estado que garantice el desarrollo de la personalidad y la igualdad, pero ya este derecho en un nivel superior; algo, por supuesto, distinto.*

Los sucesos mundiales que presenciamos son los dolores del parto de un Derecho superior al Derecho penal liberal. El Derecho penal del enemigo es un estadio temporal despojado de necesidad que es la negación del Derecho penal liberal, y el nuevo Derecho la negación de la negación del Derecho penal del enemigo. Ese Derecho superior es el que intentamos construir.

### **7.8. Advertencia**

Cabe advertir que una interpretación dogmática que resulta al menos plausible – y, por ello, distinta al reconocimiento del artículo 5 del Decreto Ley N° 25475 como una norma de Derecho penal del enemigo– no elimina necesariamente el posible contenido inconstitucional-normativo dado por el legislador, el cual ya no es posible salvarlo de su ilegitimad, puesto que caeríamos en una interpretación *contra legem*. En otras palabras, no toda interpretación muy bien intencionada impide que una disposición legal sea compatible con la Constitución, ya que desnaturalizaría dicho contenido (inconstitucional) normativo, lesionándose el Principio de legalidad y el Principio democrático representativo (las leyes solamente las crean el órgano legislativo). Pese a que toda disposición jurídica es interpretable no toda interpretación es ilimitada.

Ante la imposibilidad de interpretar un enunciado jurídico de acuerdo a los principios del Estado de derecho, siguiendo la línea de Zaffaroni<sup>648</sup>, Cancio<sup>649</sup> y Gómez-Jara<sup>650</sup> –autores desde perspectivas dogmático-conceptuales distintas–, esto es, que el Derecho Penal del Enemigo expresión del Estado de policía que se encuentra al interior del Estado de Derecho nunca cesará de pulsionar para perforar y estallar las vallas que le coloca este último, o que es ilusorio el confinamiento del “Derecho” penal del enemigo a un sector del Estado de Derecho mediante su juridificación, o que el Estado de Derecho se “aniquila” a sí mismo en la medida en que “se traiciona” al introducir una legislación que contradice los fundamentos de su propia existencia, entonces, como *táctica de contención*, es preciso que el programa del Derecho penal del enemigo *deba ser*

---

<sup>647</sup> Al parecer debido a la filosofía hegeliana y su avance inherente –producto exclusivo de la dialéctica– es que haya alguna razón cuando se afirma que el pensamiento de Jakobs haya adelantado el debate jurídico-penal, sin embargo, lo que cuesta creer es que no se reconozca a la dialéctica en toda su comprensión y se quiera mantener *un* momento del devenir y no aceptar el cambio y progreso, para otro algo mejor. Más bien deberían trabajar en superarlo, eso es ser dialéctico.

<sup>648</sup> Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 166.

<sup>649</sup> Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo ¿«Derecho penal» del enemigo?”, p. 145.

<sup>650</sup> Gómez-Jara Diez, Carlos, “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo...”, p. 1002.

eliminado. No comparto la propuesta de Jakobs que consiste en delimitar en un sector del ordenamiento jurídico al Derecho penal del enemigo a fin de que no llegue a contaminar todo el Derecho penal del ciudadano, ya que este trazo divisorio terminará por ser fragmentado fácilmente por el pulsionar del poder arbitrario que desde siglos se ha intentado contener. *El Derecho Penal del Enemigo no es una garantía de la no destrucción de los cimientos del Estado Constitucional*.

Por último, quizás una modificación en los marcos punitivos permita racionalizar las normas con características del Derecho penal del enemigo, pero esto último no incide en fondo de la cuestión, es decir, del injusto.

### **8. Un coherente significado del injusto de la afiliación terrorista**

La organización criminal<sup>651</sup> es un sistema de injusto y tienen un significado real (*ente con carácter de institución*<sup>652</sup>) —expresa un sentido altamente desestabilizador—. Entre ellas, con una especial peligrosidad que amenaza la sociedad, las organizaciones terroristas, igualmente, y en mayor medida por su connotación política, constituyen sistemas de injusto, caracterizada por su total oposición al ordenamiento jurídico y por la búsqueda de su destrucción, entre otros fines. Negar esto es caer en la ingenuidad de una constitución simple de la sociedad cuando en realidad ésta es un sistema social complejo que se integra además de las personas y sus relaciones, de funciones y de estructuras —no obstante, la sociedad no se reduce a esas funciones y estructuras—. Entre éstas últimas las hay que son consustanciales al Estado y la sociedad y otras que se le oponen (criminalmente).

Ahora bien, a diferencia de asumir el injusto sistémico como un delito autónomo mediante la cual la adhesión del miembro fundamenta su punición como autor (propuesta de la Teoría del Derecho penal del enemigo), consideramos que éste último para responder jurídico-penalmente debe encontrarse *vinculado materialmente con los delitos-fin* y, de ese modo, respetar el Principio del hecho. Es por ello que el significado desestabilizador de la organización debe entenderse como un clima favorecedor de la comisión de delitos concretos en la que *el miembro es responsable desde que el sentido (anti)social de la organización asimila el sentido individual del aporte como una contribución a su finalidad concreta en la ejecución de actos terroristas*. Esta hipótesis desestima no solamente la unilateral predisposición del sujeto, sino también la interpretación que hace de ella la organización para sus fines criminales.

---

<sup>651</sup> Conviene anotar que la estructura de las organizaciones criminales no es uniforme, las habrán altamente jerarquizadas, complejas y centralizadas y otras con estructuras flexibles y roles de dirección colectiva o descentralizada, véase al respecto sobre las tipologías Prado Saldarriaga, Víctor, *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal*, pp. 476 y ss.

<sup>652</sup> Gálvez Villegas, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sintéticos y procesales*, 1ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 284. Asimismo, añade que la organización criminal posee notas de permanencia y regularidad. Respecto del “asociado”, “miembro” o “integrante” resalta su sometimiento y aceptación a la voluntad de los acuerdos colectivos (disciplina corporativa), p. 285.

En la línea descrita, viene a bien la contribución de Silva Sánchez<sup>653</sup> cuya posición es la responsabilidad del miembro por su “intervención a través de la organización”. En esta idea, el injusto se completa por dos lados; primero, por la actividad favorecedora del integrante que se proyecta de modo mediato a la comisión de delitos concretos y, segundo, porque dicho favorecimiento doloso es actualizado y concretado por la organización por parte de otro u otros miembros<sup>654</sup> (producción de efectos en hechos concretos). Y partiendo de que no todo miembro ha de responder por los hechos delictivos que se lleven a cabo en el seno de la organización, Silva Sánchez propone que “la sanción de este comportamiento requerirá que en la conducta del miembro de la organización se advierta una dimensión favorecedora de delitos que, canalizada por la propia organización, puede proyectarse sobre hechos concretos. Esta idea deberá constituir, pues, el *criterio interpretativo fundamental* de los delitos de participación en organización criminal (...).”<sup>655</sup>

Toca ahora ahondar respecto de la *asimilación del sentido del aporte por la organización terrorista*.

Los actos, métodos y prácticas violentas de la organización terrorista constituyen en todas sus formas amenazas a los derechos humanos, el orden democrático y la seguridad estatal e individual. Es así que, por su significado político inherente, sus actos criminales constituyen una provocación del poder,<sup>656</sup> cuyo efecto se constata en la desestabilización de las relaciones sociales concretas. En ese sentido, la organización debe tener, pues, la suficiente fuerza para generar tal provocación, por lo tanto, resulta necesario que posea los medios técnico-instrumentales<sup>657</sup> para alcanzar el objetivo, no basta así solo el potencial humano –la predisposición– ni los pensamientos (fines criminales y la unidad ideológica), sino, necesariamente, el elemento que provee de peligrosidad a la organización, esto es, el aparato instrumental (espacio, armas, preparación, medios técnicos y logísticos) generador del potencial de violencia real. De ese modo y no de otro, la organización adquiere especial relevancia que hace surgir, por fin, *la prohibición de integrarla*.

El surgimiento de la prohibición en relación a ellas, va de la mano de una identidad propia del derecho, las normas tienen una función de determinación y un contenido deontológico, en consecuencia, solo se dirige a las personas y no a las organizaciones o estructuras criminales. Si la organización criminal es un injusto al que no se le dirige directiva de conducta, entonces, la respuesta jurídico-penal solo puede dirigirse a los individuos, básicamente en el siguiente sentido: la prohibición de formar parte de la organización criminal.

---

<sup>653</sup> Silva Sánchez, Jesús María, “La ‘intervención a través de organización’, ¿Una forma moderna de participación en el delito?” en Cancio/Silva, *Delitos de organización*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2008, pp. 108 y ss.

<sup>654</sup> Silva Sánchez, Jesús María, “La ‘intervención a través de organización’, ¿Una forma moderna de participación en el delito?”, pp. 108 y ss.

<sup>655</sup> Silva Sánchez, Jesús María, “La ‘intervención a través de organización’, ¿Una forma moderna de participación en el delito?”, p. 113.

<sup>656</sup> Cancio Meliá, Manuel, “Internacionalización del Derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la *lucha* jurídico-penal *contra el terrorismo*”, pp. 218 y s.

<sup>657</sup> Lampe, Ernst-Joachim, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, pp. 114 y s.

Precisamente, la transgresión de dicho imperativo constituye una parte del injusto (antijuridicidad formal).

Si bien la lectura de la norma positiva presenta al injusto del delito como una simple adhesión, incorporación o inscripción a la organización terrorista (afiliación como “formar parte”), esto, únicamente, puede dar lugar a un entendimiento puramente formal del injusto. Aquí nos encontramos justamente en el nivel de la primera conjetura de sentido. Por ejemplo, alguna persona se encontrará “afiliado” aún cuando no contribuye en nada a la organización criminal (puede estar sentado en su casa mirando televisión “sintiéndose parte del grupo criminal y haber decidido integrarla”); esto sin duda no puede ser el sentido del tipo. El estatus formal queda descartado.

Así las cosas, un sentido que permite dar inicio a la comprensión del injusto debería darse con el término “*pertenencia*”<sup>658</sup> a la organización terrorista (“por el solo hecho de pertenecer a ella”), puesto que su significado denota ya un *hecho o circunstancia* –elementos materiales u objetivos– de formar parte del grupo, dicho en otras palabras, un comportamiento de integración al grupo terrorista *que muestra una oposición real a la norma*. En ese sentido, la pertenencia a la organización precisa del despliegue de una *actividad* que no se reduce a la simple actividad propia del acto de reunirse o de coincidir ideológicamente. En este nivel superamos la primera conjetura (y precomprensión del intérprete de la teoría del Derecho penal del enemigo). De acuerdo con Cancio Meliá, la conducta material de pertenencia “debe pasar por la idea de que el miembro se pone activamente a completa disposición de la organización”<sup>659</sup>, lo que implica, pues, una *consideración funcional*, esto es, que el autor lleve a cabo las *tareas* de la organización terrorista.

Asimismo, si la pertenencia precisa de un estar a disposición de la organización para lo que ella requiera –lo que implica que habrá miembros que en determinadas periodos de tiempo (largos o cortos) no aporten ningún acto a favor de la organización, ya que estarán desarrollando su vida “normal”–, entonces, es claro que el elemento que se destaca de ello es su permanencia o rol estable dentro de la organización terrorista.<sup>660</sup> Los actos materiales que significan una

---

<sup>658</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: Pertenencia.

<sup>659</sup> Cancio Meliá, Manuel, “El delito de pertenencia a una organización terrorista en el código penal español”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Chile, N° 12, 2010, p. 165. Ya anteriormente, lo había expresado afirmando que, “el comportamiento del miembro con la organización lo convierte en un elemento funcional intercambiable de la misma: puede ser trasladado de función y de ubicación, el integrante *es* carne de la organización y participa de modo especialmente intenso, como autor, del injusto colectivo que expresa la organización típica”, Cancio Meliá, Manuel, “Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código Penal Español”, p. 84.

<sup>660</sup> Véase al respecto, Llobet Anglís quien señala que, “el miembro de una asociación terrorista se caracteriza porque realiza permanentemente una o más tareas para la organización, por lo que ostenta una posición **estable** en el organigrama del grupo. En cambio, el colaborar lleva a cabo actos ocasionales, no extendidos en el tiempo, sin que pueda contarse con su cooperación *a priori*. En otras palabras: quien pertenece a una banda armada desempeña un **rol** dentro del esquema organizativo, esto es, la aportación que realiza se encuentra institucionalizada, mientras que el colaborar no forma parte de la distribución de tareas o funciones predeterminadas que el grupo realiza para gestionarse”, Llobet Anglís, Mariona, *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, 1ª ed., Madrid: La Ley, 2010, pp. 357 y s.

pertenencia al grupo criminal tienen que interpretarse de acuerdo a su estructura organizativa. Evidentemente, por ejemplo, la persona encargada de recopilar información para la planificación de un acto terrorista no lo está haciendo siempre, sin embargo, estará ocupando un puesto clave en una oficina estatal – por ello, autor– expresando con dicha actividad su rol estable y esperando el momento de filtrar la información que culminará con una agresión.<sup>661</sup>

El miembro de la organización terrorista se ubica en el siguiente esquema:

**Organización + pensamiento terrorista (objetivo político) + puesta en peligro o lesión a bienes jurídicos = delito terrorista**

Organización:

**Logística + firme organización + estabilidad + sentimiento de unidad + capacidad efectiva del ataque terrorista**

Además, la lesión a la prohibición de integrar, que exige un acto material, debe estar en conexión con una prohibición posterior, *la de no dañar*, que se hará expresivo con el ejercicio de un rol en la estructura criminal que desemboca en un delito concreto por parte de otro u otros.

El miembro debe tomar parte de la organización terrorista llevando a cabo una actividad o tarea propia de la organización –siguiendo sus órdenes e instrucciones– para la realización del delito terrorista y lograr la comunicación simbólica de desestabilización.

De aquí que podemos dar los elementos característicos de la pertenencia o afiliación:

- (i) Requiere la existencia de una organización terrorista.
- (ii) Asumir las tareas, directrices, funciones, consignas y programa de la organización terrorista.
- (iii) Permanencia estable en la organización.
- (iv) Llevar a cabo, ejecutar o materializar las tareas de la organización.
- (v) Vinculación de la materialización de las tareas de la organización con el delito terrorista.

---

Sobre la diferenciación entre la pertenencia y colaboración terroristas, en la jurisprudencia nacional puede verse la Consulta N° 126-2004-Lima de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 20 de diciembre del 2004.

<sup>661</sup> Por otro lado, un miembro terrorista puede realizar el mismo aporte que un colaborador, siendo éste último uno que no pertenece a la organización, sin embargo, sus reiterados aportes son capaces de demostrar su disposición al grupo que lo conviertan en miembro, los repetidos actos de colaboración se encuentran en el umbral a la pertenencia.

De este modo, podremos distinguir conductas que no serían punibles como pertenencia. Por ejemplo, Capita Remezal,<sup>662</sup> apoyando las resoluciones del Tribunal Supremo Español, pone de manifiesto que la permanencia de una persona en el ideario terrorista, el deseo de ser parte, la simpatía ideológica manifestada incluso en artículos en defensa de una organización terrorista y de sus planes y finalidades –por detestable que sea– es distinguible del hecho objetivo de la pertenencia a un ente terrorista.

Sobre base de dichas consideraciones, la interpretación desde el punto de vista de la teoría del Derecho penal del enemigo, de quienes deciden agruparse (derecho de asociación) espontáneamente para cometer un atentado terrorista dentro de unos años si determinada situación que no es acorde con su ideología ocurre (pensamientos), no reviste el significado de un acto terrorista futuro ni de ser parte de una organización criminal. La erosión a la seguridad cognitiva de la vigencia de la norma no es real/actual, es, por el contrario, un riesgo escenificado. Llevar a cabo una imputación penal desde ya a este *plan* que no lesiona y no pone en peligro un bien personal y colectivo, no es acorde con los principios de un Estado Constitucional y con una interpretación situada conforme a la totalidad del ordenamiento jurídico (libertad sobre seguridad), dado que se estaría puniendo un comportamiento de puesta en peligro de un peligro, con la consecuencia simplificación de la cuestión probatoria<sup>663</sup> (flexibilización de principios procesales). Precisamente, la interpretación de esta ley penal debe llevarse a cabo en *su* contexto propio que no es otro que el Derecho penal de un Estado que optimiza la libertad.

Así, un supuesto real de pertenencia a una organización terrorista –y que reclama la intervención penal–, sería la declaración, vía medios de comunicación (o cualquier otro), de personas con los rostros cubiertos y/o portando armas, haciendo pública su constitución o dando amenazas a la población de la ejecución de algún acto terrorista bajo el reconocimiento de la autoría de una agresión real previa. Los distintos indicios puestos en evidencia (el rostro cubierto, las armas, los alias, los símbolos y las amenazas) son señales claras de un *hecho o circunstancia* que releva, necesariamente, la pertenencia, con una clara conexión a dañar y la actualización del daño realizado. Es aquí cuando el sentido del aporte como ejecución de las tareas de la organización es asimilada cuando tal aporte se conecta con un delito terrorista que le da justamente el sentido de acto terrorista punible (pertenencia).

En consecuencia, la lesión al bien jurídico tranquilidad pública precisa del despliegue de una acción o acciones (hechos o circunstancias) que objetivamente se hallen encaminadas al logro de los objetivos de la organización terrorista (delitos concretos), constituyendo transgresiones a la *prohibición de integrar y dañar* (antijuridicidad material).

---

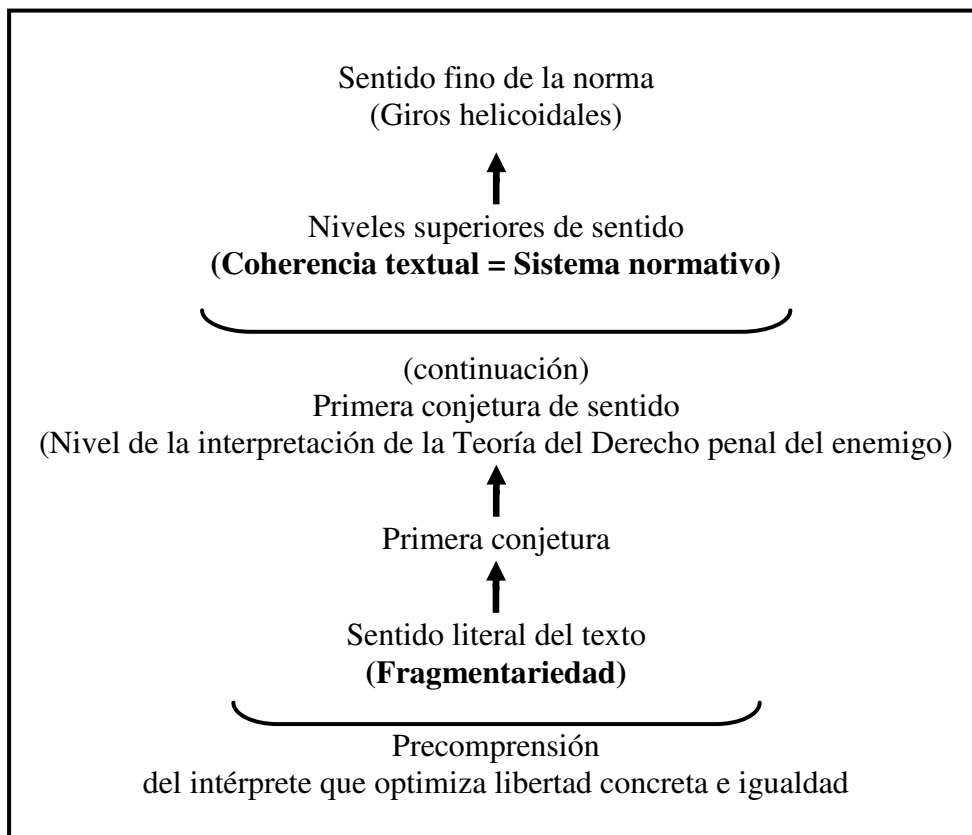
<sup>662</sup> Capita Remezal, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Madrid: Codex, 2008, pp. 137 y s.

<sup>663</sup> Véase al respecto, Muñoz Conde, Francisco, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, Buenos Aires: Hamurabi, 2008. Donde da a conocer como las *prohibiciones probatorias*, núcleo del Derecho procesal penal de un Estado de Derecho, se van debilitando.

La interpretación dialéctica del artículo en análisis es restrictiva,<sup>664</sup> pues cada vez más –en cada ir y venir del giro helicoidal– se va ajustando la interpretación, desde la más *amplia* hasta las más *finas*. De esta manera, incorporando elementos de mayor consistencia en la determinación del injusto, este esquema de interpretación ante todo resulta mucho más dogmáticamente coherente y político-criminalmente legítimo al ofrecer una conexión del favorecimiento del miembro con la comisión de un delito concreto por cualquier otro integrante. La interpretación del tipo penal alcanza la coherencia textual.

---

<sup>664</sup> Por ejemplo, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Consulta N° 126-2004-Lima, 20 de diciembre del 2004, puntualizaba que la interpretación de los supuestos de colaboración terrorista (autónomo del delito de afiliación terrorista) contenidos en el artículo 4 del Decreto Ley 25475 debe ser *restrictiva*. Así, señalaba “corresponde asumir la vigencia de la cláusula implícita de equivalencia en cuya virtud las conductas de colaboración típicamente relevantes sólo serán aquellas que importen una evidente gravedad e intrínseca idoneidad del acto realizado por el agente en función a la entidad de las actividades terroristas y a las finalidades de los grupos terroristas”. De aquí que, puede identificarse conductas que a primera vista pueden ser catalogadas como colaboración, pero que no lo son en el sentido del tipo. En Sentencia posterior, la Sala Penal Permanente en el Recurso de Nulidad N° 1062-2004, 22 de diciembre del 2004, agrego que “los actos de colaboración típicamente relevantes, en primer lugar, deben estar relacionados con las actividades y finalidades de la organización terrorista, y, en segundo lugar, deben favorecer materialmente las actividades propiamente terroristas –no es punible el mero apoyo o respaldo moral, pues se requiere una actuación de colaboración en las actividades delictivas de la organización-; que la conducta típica debe, pues, contribuir por su propia idoneidad a la consecución o ejecución de un determinado fin: favorecer la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista”. La misma Sala en el Recurso de Nulidad N° 1450-2005, 31 de agosto del 2005, señaló que “el tipo penal previsto en el artículo cuatro del Decreto Ley [25475], castiga supuestos de colaboración genéricas (...) que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de una organización terrorista –como Sendero Luminoso-, en cuya virtud los agentes delictivos voluntariamente y a sabiendas de su finalidad ponen a disposición de la organización y de sus miembros determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura, servicios o depósitos de cualquier tipo, que la organización obtendrá mas difícilmente –o, en determinados casos, les sería imposible obtener- sin dicha ayuda externa –el tipo subjetivo, el dolo en este delito, implica tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo-; que en estos aportes externos, al margen de la adhesión ideológica a la organización terrorista no exigidos por el tipo penal, radica la esencia de este delito”. Igualmente, la conducta del miembro terrorista debe estar revestida de relevancia, esto es, debe tener la suficiente capacidad expresiva de una contribución a la organización terrorista y reducirse a un simple acto formal.



**Gráfico N° 16:** Interpretación conforme a la *intentio operis*.  
Fuente: Elaborado por el autor.

A diferencia de Silva Sánchez que relativiza su postura en los casos en el que la organización criminal tiene objetivos (delitos-fin) de gran gravedad, justificando la sanción de la conducta de intervención a través de organización cuando no se ha iniciado todavía la ejecución directa del hecho por el autor (autonomía de la contribución), cabe indicar, por el contrario, que la organización criminal y, especialmente, las organizaciones terroristas tienen como eje central su manifestación simbólica, la cual la pone en marcha o mejor dicho la hace *expresiva con el acto terrorista* (grave o no) que es difícilmente evitable debido a su carácter ubicuo y atemporal. Entonces, basta una acción para realizar un juicio de valor sobre tal acto terrorista, así como de la organización, y dar inicio a la persecución penal de los miembros terroristas. Es errado pensar y analizar los actos terroristas (graves o no) como actos aislados (tomarlos como injustos uno por uno), sino que todos forman parte de una unidad simbólica que da vida a la organización. Si con el Derecho penal pretendemos detener y eliminar esa simbolicidad, entonces, se tiene que esperar que ella se *manifieste* (el resto de actos posteriores vienen unidos a ella), con esto se exige, por tanto, *con posterioridad* al acto terrorista primigenio una vinculación material de las contribuciones que viene puesta por el acto pasado. El Derecho penal sigue



fijando la mirada en el pasado. En otras palabras, se previene un acto futuro con su fundamentación en el pasado y no solo en el futuro.

En suma, la descripción “los que forman parte de una organización terrorista, por el solo hecho de pertenecer a ella” debe interpretarse en el sentido de que el acto del autor es asimilada –superando la voluntad de éste del ser parte ideológicamente– como una contribución a los fines de la organización criminal, esto es, los actos terroristas, que son las manifestaciones simbólicas de su existencia.

El acto terrorista que simboliza la fuerza y vigencia de la organización terrorista es, precisamente, su debilidad y la fortaleza del Derecho penal liberal.

### **8.1. Disposición jurídica, sentido interpretativo, supuesto de hecho y norma**

Coincidimos con Tarello en que es factible diferenciar *disposición o enunciado normativo* (el texto legal o los artículos de los códigos) y el *sentido interpretativo* (norma) que se le atribuye a ella. O simplemente diferenciar *disposición y norma*. Sin embargo, no creemos que *la norma* se identifique con dicho sentido interpretativo como él y Guastini sostiene muy enfáticamente y que el Tribunal Constitucional peruano también recoge.<sup>665</sup>

Veamos; este es el esquema que tales autores nos presentan:

‘T’ significa S = Enunciado interpretativo.

‘T’ = Enunciado normativo o fuente del derecho = disposición.

S = Sentido interpretativo = norma.

Consideramos, por el contrario, que el sentido interpretativo S es más que nada un *supuesto de hecho* (SH), del cual se deriva, finalmente, *la norma* (en nuestro caso una norma penal que se manifiesta como una *prohibición*).

‘T’ significa S = Enunciado interpretativo.

‘T’ = Enunciado normativo o fuente del derecho = disposición.

S = Sentido interpretativo = supuesto de hecho (SH).

N = Prohibición = norma.

Desde nuestra perspectiva, *el supuesto de hecho o sentido interpretativo* (que podemos llamar también *representación del hecho eventual*) es un enunciado descriptivo-normativo que recoge las características que hemos decidido asignar al texto legal o enunciado normativo mediante la dialéctica de la interpretación – proceso en el que sin duda se incluyen valoraciones–. Este enunciado está listo para ser usado en el proceso de subsunción. La subsunción requiere de otro enunciado descriptivo (la *representación del hecho acaecido*) que proviene de la obtención de las notas distintivas del hecho acaecido. Si existe coincidencia entre el supuesto de hecho o sentido interpretativo (*representación del hecho eventual*) y el enunciado descriptivo del hecho acaecido (*representación del hecho acaecido*), entonces, se producirán los efectos jurídicos. Es por ello que, la subsunción es una relación lógica.

---

<sup>665</sup> Sentencia Tribunal Constitucional N° 0010-2002-PI/TC, del 03 de enero del 2003.

El supuesto de hecho o sentido interpretativo obtenido nos dirá la pauta (la norma) que debemos seguir como ciudadanos. Tal SH o S es el esquema que se construye en la actividad judicial o quehacer doctrinal.

En consecuencia, a la distinción disposición – norma creemos más apropiado distinguir:

### **disposición – supuesto de hecho – norma**

Apliquemos estas diferenciaciones a nuestra investigación.

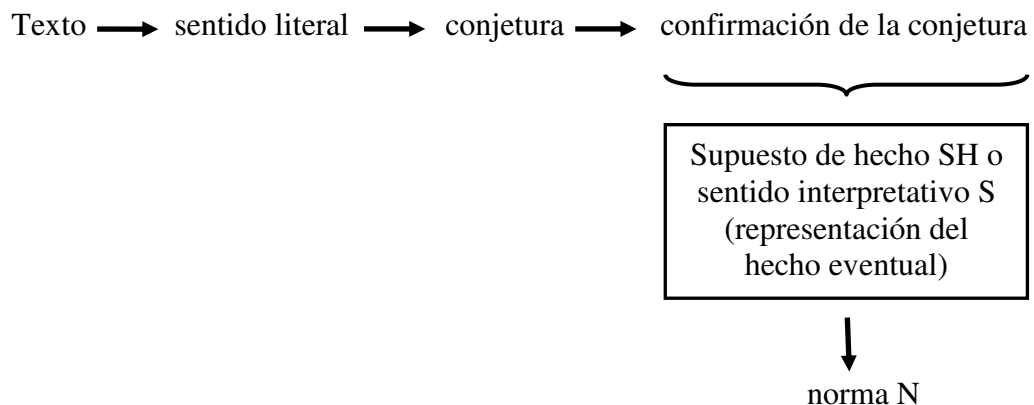
En primer lugar, tenemos una disposición jurídica o enunciado normativo (artículo 5 del Decreto Ley N° 25475 = T). El *sentido literal* del artículo 5 nos dice que si una persona forma parte de una organización terrorista será sancionada con pena de prisión. Si confirmamos ese sentido literal con una mayor carga argumentativa, por ejemplo, una *conjetura* sobre la base discurso del Derecho penal del enemigo, entonces, recién tenemos un sentido interpretativo S o supuesto de hecho SH: una definición débil de organización + erosión cognitiva.

Construcción del enunciado interpretativo ‘T’ significa S:

El enunciado normativo ‘T’ (artículo 5 del Decreto Ley N° 25475) significa S “asociarse con malos pensamientos erosiona la configuración de la sociedad”.

Por último, del supuesto de hecho SH obtenemos la norma N: *la prohibición de asociación teniendo malos pensamientos* (cometer delitos de terrorismo).<sup>666</sup>

Este es el esquema que queremos dar cuenta:



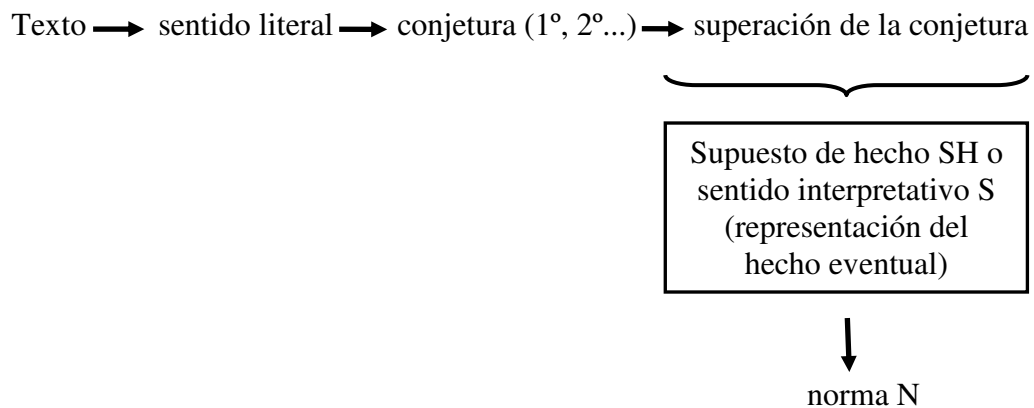
La norma obtenida es insoportable. Su inconstitucionalidad reside en la restricción intensa e innecesaria de libertad.

<sup>666</sup> La norma que damos a conocer la desprendemos desde nuestra perspectiva, es decir, de entender la norma como una directiva de conducta. Desde la perspectiva del Derecho penal del enemigo del prof. G. Jakobs se trata de una norma (disposición jurídica) de flaqueo que se dirige a un enemigo ante la falta de aseguramiento cognitivo.

La dialéctica de la interpretación nos obliga a reconocer esta conjetura de sentido, confrontarla y superarla.

En cambio, la *norma* que ofrecemos es otra.

Partimos del texto, reconocemos su *sentido literal*, establecemos una *conjetura*, superamos la interpretación del discurso ilegítimo, obtenemos un sentido interpretativo o supuesto de hecho mucho más rico en elementos para cumplir la exigencias de los Principios del Derecho penal. Por último, alcanzamos nuestra norma.



Construcción de nuestro enunciado interpretativo ‘T’ significa S:

El enunciado normativo ‘T’ (artículo 5 del Decreto Ley N° 25475) significa S “organización terrorista suficientemente constituida, a la que el autor pertenece ejerciendo funciones y tareas propias de la organización y de manera estable, y donde el delito terrorista –de uno u otros– se vincula a él sobre la base del ejercicio de dichas funciones y tareas.”

Nuestra norma N es: *Prohibición de integrar y dañar*.

La distinción *disposición-supuesto de hecho-norma* efectuada por nosotros es significativamente más productiva y real. Es productiva, porque esclarece las distintas etapas del proceso interpretativo que se inicia con el conocimiento de la disposición por el intérprete hasta alcanzar los supuestos de hechos que, finalmente, serán aplicados a los casos judiciales. Es real, porque, la norma –la directiva de conducta– que se desprende del supuesto de hecho se corresponde con la manera como los ciudadanos entienden “las normas” (penales) que rigen en su vida diaria (“no se debe robar”, “no se debe defraudar”, “yo no debo recibir coimas”, “como funcionario no me debo coludir con los particulares”, “el empresario no debe contaminar el medio ambiente”, “no integrar un organización terrorista y dañar a la sociedad”, etc.).

## 9. Precisiones sobre la interpretación

### 9.1. Indeterminación en el Derecho e *intentio operis*

Guastini<sup>667</sup> destaca la doble indeterminación del Derecho que atañe al sistema jurídico en cuanto tal y también a cada norma (sentido interpretativo) en particular. En relación a lo primero, los textos o disposiciones normativas son *equivocos* y *ambiguos*, puesto que un texto legal puede expresar una u otra norma o ambas. Nosotros, desde nuestro punto de vista, diremos que una disposición normativa puede expresar varios supuestos de hecho. En relación a lo segundo, las normas obtenidas son *vagas*, ya que no se sabe a qué casos se van a aplicar. En nuestro caso no podríamos decir que no sabemos a qué casos los supuestos de hecho se van a aplicar (esto lo detallaremos en breve).

No reconocer la indeterminación de los enunciados normativos o textos legales como manifestación propia del lenguaje es un despropósito. Esta propiedad del lenguaje es harto desarrollada cuando se aborda una de las expresiones del Principio de Legalidad, esto es, en el mandato de determinación o *lex certa*.

Por nuestra parte, consideramos que todo enunciado normativo no se interpreta unilateralmente, sino siempre como parte de un sistema de derecho. No existe sentido interpretativo de una disposición jurídica que no comprenda todas las disposiciones jurídicas del ordenamiento jurídico que le atañen o se encuentren vinculadas a ella. El derecho, en efecto, es indeterminado, pero *la solución a esa indeterminación está, en alguna medida, en el mismo texto o disposición normativa*, junto y *sobre todo* a la corroboración del mismo en otra parte del texto del ordenamiento jurídico. Es justamente lo que Eco reconoce como *intentio operis*, hay algo en el texto que limita la interpretación. En términos sencillos, la indeterminación del derecho es *relativa*. O más precisamente, la indeterminación termina cuando un sentido interpretativo es contrario al sentido del Estado Constitucional reflejado en su ordenamiento jurídico.

Ahora bien, Pierluigi Chiassoni<sup>668</sup> sugiere que dentro de la solución cognitivista –al problema de si la interpretación textual de documentos normativos es o no una actividad comprometida con valores– se ubica tanto la *intentio auctoris* como la *intentio operis*. Dicho de otro modo, esta solución (Teoría cognitiva de la interpretación a la que ya hicimos alusión) considera que la tarea de la interpretación es “descubrir” el verdadero significado de una disposición jurídica o de la voluntad del legislador; y esto lo entiende Chiassoni como la voluntad subjetiva de quienes elaboraron las disposiciones (*intentio auctoris*) o voluntad objetiva de la ley independiente de la voluntad del legislador (*intentio operis*) o voluntad del legislador histórico.

Creemos que esta sugerencia no es acertada. Eco desde su perspectiva semiótica no reconoce que los textos tengan una única interpretación posible y “verdadera” –“no hay *Ding an Sich*”–, cree lo contrario y lo promueve con sus límites, por su puesto. La *intentio operis* –al menos en la perspectiva aquí expuesta– no puede

---

<sup>667</sup> Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid: Trotta, 2008, pp. 30 y ss.; el mismo, “Introducción a la Teoría de la interpretación”, trad. Alberto Puppo, en *Disposición vs. norma*, S. Pozzollo y R. Escudero (editores), 1ª ed., Lima: Palestra editores, 2011, pp. 165 y ss.

<sup>668</sup> Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica*, p. 161.

ubicarse dentro de una Teoría cognitivista de la interpretación. Es más, consideramos que los textos normativos aunque puedan dar lugar a ver en él un significado claro, este significado puede ser superado por la propia naturaleza del conocer que va de lo inferior a lo superior y que es propia de la dialéctica de la interpretación.

Nuevamente, reconocer que la interpretación fluye no significa que la interpretación no tiene límites.

Guastini –reconociendo la perspectiva de Eco– también reconoce límites a la interpretación:

“Por ‘interpretación’ debe entenderse no cualquier atribución de significado al texto interpretado, sino una atribución de significado que caiga dentro del marco –que incluso pueda ser amplio– de significados admisibles: admisibles a la luz de las reglas del idioma, de las técnicas interpretativas en uso, y de las tesis dogmáticas generalmente aceptadas. (...) Cada atribución de significado que caiga fuera del marco de los significados admisibles constituye no propiamente ‘interpretación’, sino más bien creación de una norma nueva.”<sup>669</sup>

Estos límites solamente sirven para distinguir la genuina interpretación y la creación de normas sin establecer si las interpretaciones, dentro del marco que propone Guastini, son buenas o malas; ésta última atribución él las ubica dentro de la *política del Derecho* y no dentro de la ciencia del Derecho. Este es un marco puramente formal.

Nosotros hemos establecido que estamos frente a una mala interpretación cuando el significado de un segmento del texto no se corresponde con el sentido que el texto ofrece en su conjunto. El marco de interpretaciones posibles dentro de un ordenamiento jurídico (el texto completo) de un Estado Constitucional no puede contradecir la optimización de la libertad y la igualdad y no solo se reduce a los múltiples factores que intervienen en la interpretación que son aceptados por la comunidad jurídica.

Propondremos algunos ejemplos.

Primera situación eventual:

Disposición T:	SH 1 y N1 (constitucional)
	SH 2 y N2 (constitucional)
	SH 3 y N3 (constitucional)
	SH 4 y N4 (inconstitucional)

El SH 4 y N4 no se corresponde con el sentido del ordenamiento jurídico de un Estado Constitucional. En este caso estamos ante una mala interpretación.

<sup>669</sup> Guastini, Riccardo, “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”, pp. 167 y s.

Segunda situación eventual:

Disposición T:	SH 1 y N1 (inconstitucional) SH 2 y N2 (inconstitucional) SH 3 y N3 (inconstitucional) SH 4 y N4 (inconstitucional)
----------------	--

Si todos los SH y sus respectivas N no son susceptibles de tener un sentido interpretativo constitucional, entonces, también será inconstitucional la *disposición* T. Una mala interpretación, en este caso, será cuando una disposición T inconstitucional sea forzada a tener un sentido constitucional.

El texto en su conjunto –es preciso recordar– es el ordenamiento jurídico de un Estado Constitucional. Si bien la expresión “Estado Constitucional” es una expresión imprecisa al menos designa un tipo de organización político-jurídica: un Estado que optimiza la libertad y la igualdad. Es al menos unívoca<sup>670</sup> y su sentido positivo es fuerte.

## 9.2. Factores que condicionan la interpretación

Que entendamos que la interpretación de textos jurídicos constituye sobre todo una atribución de significado implica reconocer que los diversos sentidos interpretativos que los intérpretes asignan a las disposiciones jurídicas dependen de determinados factores que influyen a cada intérprete. Los factores que a nosotros nos condicionan –para hacerlos más o menos explícitos– son los siguientes.

1. La ubicación del hombre como un ser histórico y condicionado; una de sus condiciones viene dado por la pertenencia a una comunidad genealógica.
2. Una perspectiva desde un margen; desde el margen latino: los factores, políticos, económicos y culturales que a este margen caracterizan y que a nosotros influye.
3. Una separación entre derecho y moral.
4. Una perspectiva no legitimante del castigo. El castigo como expresión del poder estatal es selectivo, discriminador y violento. La teoría del Derecho penal debe orientarse –y, por ello, la interpretación también– a limitar y contener el poder penal.
5. Un sistema dogmático no legitimante. Tuvimos la oportunidad de esbozar un sistema del Derecho penal (Derecho penal, Derecho procesal penal y Derecho de Ejecución penal) y sus respectivas categorías dogmáticas (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) partiendo de la relación

---

<sup>670</sup> Por ejemplo, Atienza reconoce que a diferencia de las expresiones “interpretación” “argumentación”, el concepto de “estado de derecho” tiene un sentido unívoco, aunque impreciso. Atienza, Manuel, “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, en *Interpretación constitucional*, Bogotá D.C.: Universidad Libre, 2010, pp. 17 y s.

contradictoria entre libertad general de acción e interés individual de protección (fenómeno penal).

6. Las interpretaciones previas o mejor dicho la *tradición*; lo que precisamente da lugar a la formación –en parte– de la precomprensión en la mente del intérprete cuando está frente a un texto jurídico para elaborar una conjetura. La precomprensión se nutre con la cosmovisión de vida del intérprete.

### 9.3. La interpretación y el caso concreto

La dialéctica del conocimiento aplicada al derecho se presenta como dialéctica de la interpretación que se desenvuelve tanto en la *interpretación del texto* para alcanzar una *representación del hecho eventual* (sentido interpretativo o supuesto de hecho) como en la *interpretación del hecho acaecido* para obtener una *representación del hecho acaecido*. Estos dos procesos son simúlatenos y reflejan la complejidad de la dialéctica del conocimiento. La dialéctica de la interpretación no pierde de vista el hecho y el texto.

Nuestra mirada va y viene no solo entre la conjetura que efectuamos con el texto mismo (Larenz), hasta alcanzar la coherencia textual o sentido fino. Ese ir y venir va también entre el supuesto de hecho de la norma y el hecho acaecido o hecho de la vida (Engisch<sup>671</sup>) para alcanzar un acercamiento entre ambos. Este proceso presentado así dividido parece poco complejo. Lo que sucede realmente es que en el círculo hermenéutico *no* se lleva a cabo ambos procesos helicoidales de forma separada: primero la interpretación del texto y luego la aplicación.<sup>672</sup> La dialéctica de la interpretación establece que desde la formación de la primera conjetura del texto, el interprete efectúa en simultaneo una mirada a hecho acaecido, cada superación de la conjetura va acompañada de la mirada al hecho. Sucede, entonces, que el proceso helicoidal es altamente complejo, son *giros helicoidales cruzados*.

La interpretación *per se* no se desliga del caso, esto es, de la aplicación. La diferenciación entre interpretación en abstracto (orientada a los textos: identificar un sentido de la disposición) e interpretación en concreto (orientada a los hechos:

---

<sup>671</sup> Engisch escribe: “Suele decirse que mediante esta interpretación se «acerca» la premisa mayor, que hay que obtener inmediatamente de la ley con sus características conceptuales abstractas, al caso concreto que hay que decidir. Esto es en verdad correcto, pero es sólo una metáfora. Si se quiere dar una expresión lógica más exacta a la misma hay que agregar que mediante la interpretación, entre la premisa mayor que hay que obtener inmediatamente de la ley y la decisión del caso, no sólo se intercala una premisa menor, sino varias más, y son éstas las que facilitan la subsunción.” Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, 1967, p. 95.

<sup>672</sup> Dentro de su hermenéutica, Betti reconoce una importancia a la aplicación, sin embargo, ésta se nuestra como un momento. La interpretación *jurídica*, en su perspectiva, cumple una función normativa, esto es, “interpretar no es solamente volver a conocer una manifestación del pensamiento, sino volver a conocerla para integrarla y realizarla en la vida de relación” p. 96. La interpretación tiene, pues, la función de realizar normas directivas para la acción práctica. Añade, “pero es de afirmar que no se requiere que la destinación normativa haya de entenderse en sentido práctico con respecto a una inmediata aplicación, sino en el sentido de suministrar una orientación a los conciudadanos a la luz de aquellas directrices, lo que constituye la más noble tarea de la jurisprudencia teórica y práctica”, p. 102. Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, pp. 95-104.

subsumir un caso en la norma hallada), de influencia analítica, solo puede ser una distinción didáctica.

La interpretación por excelencia es la que realiza el juez a la hora de construir el supuesto de hecho para la aplicación, tal supuesto de hecho ha sido obtenido *mirando* el hecho real en el *juicio*.<sup>673</sup>

¿Qué constituyen las interpretaciones de textos, independientemente del caso, que construyen los teóricos/doctrinarios/juristas/académicos? Son sin duda interpretaciones, pero que están por así decirlo petrificadas; cobrarán vida cuando el juez desenvuelva la actividad interpretativa y haga actualizable la interpretación realizada por los teóricos.

La dialéctica de la interpretación es una actividad propia del conocer que se le muestra al juez como un derrotero para actualizar la interpretación ofrecida por el teórico y con la capacidad de superar ésta última interpretación.

Afirmar que los sentidos interpretativos o supuestos de hecho que elaboramos son interpretaciones acabadas y terminadas, significaría relegar al juez a un papel puramente mecánico, limitándolo a efectuar solamente una interpretación del hecho.

La dialéctica de la interpretación es un instrumento dirigido esencialmente al juez.

#### **9.4. La dialéctica de la interpretación como interpretación constitucional por excelencia**

La dialéctica de la interpretación ofrece la interpretación constitucional más óptima que se puede alcanzar. Es el instrumento que permite discernir un sentido interpretativo constitucional del que no lo es. Esto se debe al carácter dinámico del método. En efecto, la dialéctica de la interpretación en otro contexto social y normativo puede ofrecer una interpretación diferente a la obtenida en un contexto social pasado, pero el óptimo para el nuevo.

No nos irrogamos el monopolio de establecer “el” sentido interpretativo constitucional de los textos legales, sino que el método es el que ofrece dicho sentido; y él es el correcto.

No buscamos que nuestra interpretación sea la única posible, sino que es la más óptima que el resto (pueden haber muy malas, malas, regulares, buenas, muy buenas). Debemos recordar que el texto posibilita múltiples interpretaciones, pero habrán algunas que sean malas y que no son lo que el texto dice.

Asimismo, este método se adapta a las necesidades de cada ámbito del derecho. Por ejemplo, la dialéctica de la interpretación aplicada al ámbito del Derecho penal es de tipo restrictiva.

---

<sup>673</sup> Gadamer en *Verdad y método* pone de relieve el estrecho parentesco entre la hermenéutica filológica, jurídica y teológica por el reconocimiento de la *aplicación*. En estas dos últimas ello se manifestaba en el juicio y en la predicación, p. 380. La tarea de la interpretación consiste en *concretar la ley* en cada caso, esto es, en su *aplicación*. La complementación productiva del derecho que tiene lugar en ella está desde luego reservada al juez, pero este está a su vez sujeto a la ley exactamente igual que cualquier otro miembro de la comunidad jurídica, pp. 401 y s.



Por último, la dialéctica de la interpretación no deja de lado los aspectos que tienen lugar con los proyectos de ley o trabajos preparatorios de las leyes y que tiene que ver con la voluntad del legislador (*intentio auctoris*), en otras palabras, los factores ideológicos que hay detrás de ellas, pero esto forma parte de la política jurídica, sociología jurídica, etc. Justamente, ese el aspecto que hace que la dialéctica de la interpretación se dé cuenta que hay elementos ideológicos propios de un Derecho autoritario y, por eso, se propone superarlos.

Hemos visto con Zaffaroni que *todo* discurso jurídico-penal es un programa político con su respectivo programa técnico-jurídico. Es por ello que iniciar el estudio de la interpretación únicamente teniendo frente a nosotros la disposición jurídica es bastante limitado. La dialéctica de la interpretación no recorta ni mutila la dimensión política que es propia del trasplante de modelos foráneos.

No cabe eliminar el sustrato político-ideológico que subyace detrás de las disposiciones jurídicas. Ante todo, si no se hubiese reconocido tal elemento, una interpretación superior no hubiese tenido lugar.

## **10. Pertenencia a organización terrorista y pertenencia a grupo dirigencial terrorista**

El Decreto Ley N° 25475 en su artículo 3° inciso a) regula además otro supuesto de pertenencia a organización criminal.

«La pena será: a. Cadena Perpetua: Si el agente pertenece al grupo dirigencial de una organización terrorista sea en calidad de líder, cabecilla, jefe, secretario general u otro equivalente, a nivel nacional, sin distinción de la función que desempeñe en la organización».

A diferencia de la pertenencia a organización terrorista (artículo 5 del Decreto Ley N° 25475) que requiere para la punibilidad de la conducta la materialización de las tareas de la organización terrorista y su conexión con el delito terrorista, la pertenencia a grupo dirigencial terrorista –donde el miembro toma parte de la organización como líder, cabecilla, jefe, secretario general u otro equivalente– fundamenta su injusto en la autoría mediata a través de aparatos de poder, ya que en esta instancia de la organización criminal se diseñan los planes, estrategias, operaciones, funciones, consignas que revelan un posicionamiento de dominio sobre la estructura terrorista. En este supuesto es suficiente la sola pertenencia o integración, cuyo significado es de control de la organización criminal y, por ello, de los actos criminales directos. La fundamentación de la autoría mediata a través de aparatos de poder comprende tanto el dominio de una estructura de poder estatal como no estatal, en este último caso se encuentran la criminalidad organizada que posee una estructura jerárquica con ejecutores intercambiables que someten su actuar a la voluntad de la dirigencia, así el hombre u hombres de atrás ejercen un dominio del hecho, siendo la responsabilidad jurídico-penal a título de autor mediato. Se trata, pues, de un tipo penal autónomo que sanciona la condición de posición de dominio, y por su autonomía no precisa de una conexión con un acto terrorista concreto.<sup>674</sup> Aquí la acción típica es más compleja y de mayor desvalor de la acción. La anticipación de la punibilidad se

<sup>674</sup> Así fue la correcta fundamentación en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Penal Transitoria en el Recurso de Nulidad N° 5385-2006 Lima y Sentencia de la Sala Penal Nacional recaída en el Expediente acumulado N° 560-2003 (ambas del caso Abimael Guzmán y otros).

justifica, básicamente, porque una organización criminal terrorista no se organiza para no cometer delitos.

### **11. ¿Una sensata cantidad de castigo en los delitos de organización?**

Christie pone mucho énfasis, en primer lugar, en que el castigo –el causar dolor y sufrimiento– es una actividad en desarmonía con los valores básicos que como personas hemos internalizado y, en segundo lugar, que el encarcelamiento implica excluir la mayor parte de que usualmente incluye la vida. Así, propone un uso limitado del castigo –un sistema penal pequeño– para hacer la desarmonía menos pronunciada, pues el fortalecimiento de las instituciones penales amenaza la cohesión social y la integración. El castigo debe ser la última alternativa.

“En una situación global donde hay continuas presiones dirigidas a la expansión de derecho penal y a la expansión de la población carcelaria, es claro que el mensaje general debe ser de oposición a este desarrollo. Combatamos las condiciones que facilitan la creación de comportamientos inaceptables, limitemos el tamaño de la maquinaria penal y, particularmente, hagamos nuestro mejor esfuerzo para reducir el volumen de reparto de dolor. En la situación actual, una sensata cantidad de solo puede ser lograda si nos movemos en la dirección opuesta.”<sup>675</sup>

Una actitud reflexiva sobre el castigo no desconoce situaciones donde la sociedad se enfrenta a amenazas de personas que persisten en atacar a la sociedad. En estos casos, el Derecho penal debe estar presente. El castigo va a servir para cohesionar a la sociedad en las amenazas a su constitución, sin que esto signifique su legitimación. La necesidad de castigo y la necesidad de limitarlo posibilitan volver a la idea de proporcionalidad.

La pena con la que se castiga a los miembros o afiliados de una organización terrorista es no menor de veinte años de pena privativa de la libertad. Lo que constituye excluir gran parte de la vida. En este supuesto delictivo, tratándose de un delito de organización la sanción penal debe corresponderse con el aporte que se realiza a la comisión de actos terroristas.

---

<sup>675</sup> Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, p. 158.

## CAPÍTULO VI

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 1. Conclusiones

1. En el derecho positivo peruano se localizan segmentos (el delito de afiliación a organización terrorista) de un Derecho penal de enemigos – hay una coincidencia entre esta *particular interpretación* teórica y el derecho positivo–. Es una coincidencia *formal*: la primera interpretación posible del tipo penal (una primera conjetura de sentido del texto legal de acuerdo a una precomprensión).
2. El reconocimiento del delito de afiliación terrorista como una disposición jurídica propia del Derecho penal del enemigo es solo una de las posibles interpretaciones *desde el punto de vista del intérprete (intentio lectoris)* defensor del Derecho penal del enemigo.
3. La dialéctica de la interpretación dispone que se parta desde una primera conjetura del texto legal a partir de una precomprensión legítima del intérprete hasta alcanzar a través de interpretaciones continuas una interpretación fina en armonía con el ordenamiento jurídico cuyo fin es asegurar el desarrollo de la personalidad y la igualdad (*intentio operis*).
4. Las disposiciones jurídicas que no sean capaces de ser interpretadas conforme a los principios de un Estado Constitucional serán, por ello, normas exclusivas de un Derecho penal del enemigo. En estos casos compete su expulsión (eliminación) del ordenamiento jurídico.
5. El injusto del delito de afiliación a organización terrorista debe interpretarse en el sentido que no puede haber afiliación sin actividad, se trata de *pertenecer* a ella a través de un hecho o circunstancia.

6. La *prohibición de integrar y prohibición de dañar* constituyen el núcleo del injusto de afiliación terrorista. Así, el ser parte de la organización debe interpretarse en el sentido de que el comportamiento del autor-miembro es asimilado –superando la voluntad de éste del ser parte ideológicamente– como una materialización –actividad– de las tareas de la organización criminal –siguiendo sus órdenes e instrucciones– para la realización del delito terrorista y lograr la comunicación simbólica de desestabilización (manifestaciones de su existencia).
7. Elementos característicos de la pertenencia o afiliación: (i) Requiere la existencia de una organización terrorista; (ii) asumir las tareas, directrices, funciones, consignas y programa de la organización terrorista; (iii) permanencia estable en la organización; (iv) llevar a cabo, ejecutar o materializar las tareas de la organización; y, (v) vinculación de la materialización de las tareas de la organización con el delito terrorista.
8. El recurso al delito de afiliación a organización terrorista (pertenencia a organización terrorista) democráticamente y constitucionalmente interpretado evitará que sus autores argumenten que se les trata como enemigos, sino, por el contrario, se les reconoce como persona; y fundamentalmente, interpretará el acto terrorista como una acción antinormativa y no como acción política legítima.
9. Los causas que configuran el punitivismo mundial y la política pública del control del crimen dentro del cual se halla el Derecho penal del enemigo son el *discurso político mundial* (horizonte externo) que alienta el control de la sociedad y la libertad de los actores económicos y el *punitivismo norteamericano* (horizonte interno).
10. El Derecho penal del enemigo –los retazos dispersos o las reunidas en un cuerpo ordenado– al ser construido sobre la base de una escenificación de un riesgo global terrorista *no es real*, consecuentemente *la expectativa* derivada de una norma de Derecho penal del enemigo que pretendía orientar la conducta de los ciudadanos y contribuir a estabilizar a la sociedad *tampoco lo es*.
11. La erosión de la personalidad no la produce el terrorista, sino *la escenificación del riesgo terrorista* fabricado por los gobiernos con el propósito de adelantar y prevenir el riesgo de un ataque terrorista. Es decir, la despersonalización es producto de la deliberada fabricación de la posibilidad real un peligro terrorista. Por el contrario, es el mismo Estado el que amenaza la libertad y las bases institucionales y, en consecuencia, no es el individuo quien socava su personalidad, sino el propio Estado.

## 2. Recomendaciones

1. Propongo que se convoque a un Pleno Jurisdiccional de los Vocales en lo Penal integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial a efectos de que se debatan y establezcan criterios interpretativos de los delitos de organización y alejar su configuración de la interpretación limitada que ofrece el discurso del Derecho penal del enemigo.
2. Planteo la modificación legislativa de la conminación penal del delito de afiliación a organización terrorista. De una sanción que tiene como mínimo legal 20 años de pena privativa de la libertad, se establezca como nuevo mínimo legal 6 años de pena privativa de la libertad – correspondiente al mínimo legal del delito de homicidio simple tipificado en el artículo 106 del Código Penal– y el máximo de 25 años de pena privativa de la libertad correspondiente al máximo legal actual (artículo 2 del Decreto Legislativo N° 921). Este mayor margen abstracto permitirá al juez ponderar la dosificación penal en los múltiples casos de la situación económico-socio-cultural del autor. En igual medida al delito de colaboración terrorista que es “algo menos” que el delito de afiliación. Esta disminución tiene su razón de ser, en primer lugar, por lo desproporcional de las penas para este delito; en segundo lugar, que para causar desestabilización en las relaciones sociales se requiere la afectación de bienes jurídicos individuales, entre ellos el más importante es la vida (el referente para el extremo mínimo).
3. Expreso la conveniencia de regular todas las formas de los delitos de organización –(i) organizaciones criminales comunes y económicas y (ii) organizaciones terroristas– en un solo cuerpo normativo. Esto permitirá identificar los elementos distintivos de la organización criminal, su operatividad y finalidades.
4. Recurrir a procedimientos legislativos agravados –al nivel de las leyes orgánicas– de reforma penal en la creación, modificación o ampliación de tipos penales.
5. Incorporar una excepción al Principio de Legalidad en el nuevo Código Penal. En otras palabras, positivizar una cláusula similar al segundo párrafo del Convenio Europeo de los Derechos Humanos: “El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.” Esto evitará futuras lagunas de impunidad de las agencias policiales, ejecutivas y penitenciarias que ejecutan los abusos y violaciones a los Derechos Humanos que lleva consigo la doctrina del Derecho penal del enemigo.

6. En todo caso, revisar el tipo penal y toda la legislación terrorista. Un nuevo tipo penal que reprima la pertenencia a organización terrorista deberá exigir la vinculación y conexión del miembro con el acto terrorista y descartar plenamente el terrorismo individual.

### 3. Apéndice

#### Reflexión final: ¿se ha puesto el huevo de la serpiente?

Es el verano del 2015. En Francia se llevó a cabo un condenable atentado terrorista al semanario satírico Charlie Hebdo que aviva las medidas internacionales contra el terrorismo y en el Perú los políticos y la prensa pone en la agenda política nuevamente la vigilancia (seguimiento y control) a los terroristas que cumplieran su condena.

De hecho, las medidas asegurativas –más allá de la pena impuesta por el hecho cometido– para los indeseables (delincuentes incorregibles) y los problemas de su conciliación en un sistema de Derecho penal liberal no es nueva. Zaffaroni señala que un Derecho penal con garantías para normales y otro sin ellas para incorregibles provenía de Frank v. Litz en Alemania y Karl Stooss en Suiza –y éste último con repercusión en nuestro país para los proyectos de reforma penal a comienzos del siglo XX como detalla Hurtado Pozo–.<sup>676</sup> En efecto, en el Programa de Marburgo,<sup>677</sup> v. Litz distinguía medidas diferenciadas para delincuentes ocasionales, corregibles e incorregibles. Las medidas de seguridad de este programa fueron recogidas por su discípulo y Ministro de Justicia en ese entonces G. Radbruch en su proyecto de 1922 –no publicado hasta 1952 como señala Roxin– y que, posteriormente, calzaron bien en el nazismo provocando miles de muertes. Así, “la raíz del mal provenía de von Litz.”

También Welzel<sup>678</sup> proponía un derecho penal para la capa *social* y otro para la capa *asocial* (delincuentes de estado o habituales peligrosos); para esta segunda capa no basta la pena, sino además medidas de seguridad como la custodia de seguridad.

La línea claramente liberal de Radbruch y sus propuestas llevan a interrogantes.

“[N]o puede negarse que Radbruch contribuyó a poner el huevo de la serpiente (...) *cómo se explica que los penalistas liberales –o por lo menos éste [Radbruch], de quien no se puede dudar– no hayan reparado en el avance del derecho penal autoritario que encerraban sus medidas de seguridad o sus equivalentes con iguales consecuencias prácticas racionalizadas de cualquier otra manera.*

(...) La voz popular dice que *de buenas intenciones está empedrado el camino al infierno*. Y las piedras de este camino son las concesiones hechas al derecho penal autoritario, en particular cuando se piensa que es posible admitirlo parcialmente para casos de excepción.”<sup>679</sup>

Las medidas autoritarias y policiales que el legislador democrático está introduciendo son el huevo de la serpiente que en el momento que eclosione socavará el sistema de garantías y de control del poder punitivo que desde siglos

<sup>676</sup> Hurtado Pozo, José, *La Ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima: CEDYS, 1979, pp. 55 ss.

<sup>677</sup> Roxin Claus, *Derecho Penal Parte General*, T. I, Madrid: Civitas, 1997, trad. de la 2ª ed. alemana (reimpresión 2006), pp. 85 y s.

<sup>678</sup> Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán. Parte General.*, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11ª ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 17-21.

<sup>679</sup> Zaffaroni, Raúl, Prólogo al texto de Dahm Georg y Schaffstein Friedrich, *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?*, Buenos Aires: EDIAR, 2011, pp. 47 y s.

se ha intentado contener. Como defensores de un Derecho penal liberal al menos plausible para potenciar el desarrollo de nuestra personalidad no debemos equivocarnos –como Radbruch– e incluir medidas de un Derecho penal excepcional. Eficientistamente podemos notar que estas disposiciones jurídicas serían provechosas (la tentación de ceder), puesto que se aplicarían a los más detestables (a ese grupo de infelices y fanáticos ideológicos que cometen delitos brutales); sin embargo, tales disposiciones como parte del poder que es dinámico se expanden, alcanzándonos a todos.

Este derecho autoritario y policial –expresado en las normas del Derecho penal del enemigo que *luego de la interpretación* ya son insalvables– que se quiere dirigir a los delincuentes incorregibles es el que en última instancia se difuminará y terminará alcanzando a todas las personas. Las miles de muertes del pasado que el poder punitivo ha provocado hablan de lo peligroso de ese derecho excepcional. Los muertos hablan<sup>680</sup>; y en el Perú miles de ellos en fosas ya en el campo o ya en los cuarteles –y los que todavía no los encontramos– dan testimonio de los abusos del poder.

El problema del *pensamiento terrorista* que aún persiste en nuestro país debe ser enfrentado en dos frentes. En el ideológico, se debe reafirmar los principios que inspiran el Estado Constitucional y no caer en la provocación que hace este pensamiento criminal, ya que le damos la victoria a los terroristas cuando incluimos normas excepcionales; y en el social, nuestro país como hice notar al comienzo del capítulo V adolece de graves problemas exclusión social, discriminación, marginalidad, postergación y desigual distribución de los bienes –y que ocurre en cualquier parte del mundo, ya sea por las inequidades indirectas que provienen de un centro rico o por la opresión directa de las potencias en la periferia–, estos problemas necesitan con urgencia ser atendidos junto con el develamiento de sus causas principales.

Creemos –como lo creyeron los profesores universitarios en una época muy difícil para nuestro país– que los *actos* de la criminalidad terrorista y mafiosa junto a los actos de la criminalidad económica y la criminalidad de los poderes públicos pueden ser enfrentados con el instrumento óptimo de un Estado Constitucional, el buen Derecho penal liberal.

---

<sup>680</sup> Zaffaroni, Raúl, *La palabra de los muertos*. Conferencias sobre criminología cautelar, 1ª ed., Buenos Aires: EDIAR, 2011 (1ª reimpresión), pp. 6 y s.



#### 4. Referencias bibliográficas

- Abbagnano, N. (1998). *Diccionario de Filosofía* (3ª ed.). (Trad. A. N. Galletti). (2ª reimpresión 2000). México, D.F.: Fondo de cultura económica.
- Alcácer Guirao, R. (2001). Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo Único, Enero-Diciembre, T. LI, Madrid, pp. 365-587.
- Alcocer Povis, E. (2009). *La inclusión del enemigo en el Derecho penal*. Lima: Editorial Reforma.
- Alchurrón, C. y Bulygin, E. (1997). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. (1ª reimpresión 2002). México D.F.: Fontamara.
- Alexandrov, N. G. (1966). *Teoría del Estado y del Derecho* (2ª ed.). (Trad. A. Fierro). México D.F.: Editorial Gribaldo S.A.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y validez del derecho*. (Trad. J. M. Seña). Barcelona: Editorial Gedisa.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.). (Trad. C. Bernal P.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). Una defensa de la fórmula de Radbruch (Trad. J. Seoane). En R. Vigo (Coord.), *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. (1ª ed. corregida). México D.F.: Editorial Fontamara, pp. 355-391. (Igualmente, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. N° 5. 2001, pp. 75-95. Recuperado de <http://hdl.handle.net/2183/2109>).
- Alexy, R. (2008). *El concepto y naturaleza del Derecho*. (Trad. C. Bernal P.). Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Almeyda V. D. (2011). *El proceso dialéctico del comprender y su potencial para la comprensión del tipo como unidad de sentido. Relevancia de los «conocimientos especiales» en la atribución de responsabilidad jurídico-penal*. (Tesis para optar el título de abogado). Univ. Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. (También disponible en <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/1597>).
- Almeyda V. D. (2012). Finalidad del saber penal. La contención del poder punitivo como deber de los jueces penales. *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*. Gaceta jurídica, octubre, Perú, 40, pp. 383-396.
- Alzamora Valdez, M. (1982). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. (8ª ed). Lima: (sin editorial).
- Aponte C., A. (2005). *¿Derecho penal del enemigo o Derecho Penal del ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un Derecho penal de la enemistad*. Bogotá: Editorial Temis.
- Ardanaz M., Corbacho. A. y Ruiz-Vega, M. (2014). *Mind the gap: bridging the perception and reality of crime rates with information*, Inter-American Development Bank. Recuperado de <http://publications.iadb.org/handle/11319/6595?locale-attribute=en>

- Aristóteles. (1994). *Metafísica*. (Trad. Tomás Calvo). (1ª reimpresión 1998). Madrid: Gredos.
- Armin, N. (2007). La diferencia de la comunicación y la comunicación de la diferencia: Sobre los fundamentos de la Teoría de los Comunicación en la Teoría Social de Niklas Luhmann. En Gómez-Jara Diez (Coord.), *Teoría de los Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación* (pp. 43-66). Lima: ARA editores.
- Ascarelli, T. (2011). Jurisprudencia constitucional y Teoría de la interpretación. (Trad. Alberto Puppo). En S. Pozzollo y R. Escudero (Eds.), *Disposición vs. Norma* (pp.19-38). Lima: Palestra editores.
- Atienza, M. (2010). Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho. En *Interpretación constitucional* (pp. 47-64). Bogotá D.C.: Universidad Libre.
- Atienza, M. (2010). Estado de Derecho, argumentación e interpretación. En *Interpretación constitucional* (pp. 17-43). Bogotá D.C.: Universidad Libre.
- Bacigalupo, Enrique. (2014). Dignidad de la Persona y Derecho Penal. En E. Gimbernat, L. Gracia, E. Peñaranda, Mª Rueda, C. Suarez y J. Urquiza (Eds.), *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporánea* (pp. 17-33). T I. Libro Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario. Lima: Gaceta Jurídica.
- Banco Mundial. (1999). *En el umbral del siglo XXI: Informe sobre el desarrollo mundial 1999-2000* (resumen). Washington D.C.
- Banco Mundial. (2004). *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*, Washington D.C.
- Banco Mundial. (2005). *Doing Business in 2005: Removing Obstacles to Growth*, Washington D.C.
- Banco Mundial. (2014). *Doing Business in 2014: Understanding Regulations for Small and Medium-Size Enterprises*, Washington D.C.
- Barata, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*. (8ª reimpresión 2009). México D.F: Siglo xxi editores.
- Barberis, M. (2011). Neoconstitucionalismo, Third theory of law. En S. Pozzollo (Ed.), *Neoconstitucionalismo Derecho y derechos* (pp. 249-269). Lima: Palestra Editores.
- Barberis, M. (2011). Un poco de realismo sobre el realismo genovés. (Trad. E. Cuautle R). En J. Ferrer y G. B. Ratti (Eds.), *El realismo jurídico genovés* (pp. 201-215). Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Beck, U. (1998). *¿Qué es globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. (Trad. B. Moreno y Mª Rosa Borrás). Barcelona: Editorial Paidós.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. (Trad. Alborés Rey). Madrid: Siglo xxi editores.

- Beck, U. (2008) *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. (Trad. R. S. Carbó). Barcelona: Editorial Paidós.
- Becker, G. (2000), "Crimen y castigo: un enfoque económico". En Andrés Roemer (Comp.). *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura* (pp. 383-436). (Trad. E. Lozano y R. Galván). (1ª reimpresión 2002). México: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, ITAM y Fondo de Cultura Económica.
- Béjar, H. (2008). Poder mediático y manipulación ideológica. En *Poder mediático* (pp. 9-36). Lima: Fondo editorial UCH.
- Bentham, J. (2004). *Tratados de legislación civil y penal*. (Trad. Ramón Salas). T. IV y VII. México D. F.: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Bewley-Taylor, D. y Jelsma, M. (2011). Cincuenta años de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes: una relectura crítica. Serie reforma legislativa en materia de drogas, 12, pp. 1-20. Recuperado de <http://www.undrugcontrol.info/images/stories/documents/dlr12s.pdf>
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*, (Trad. R. de Asís y A. Grepí). Madrid: Editorial Debate.
- Bonham, C. (07 de octubre de 2014). VIDEO: Harvard students claim America is a bigger threat to peace than ISIS. *Campus Reform*. Rescatado de <http://www.campusreform.org/?ID=5962>
- Borja Jiménez, E. (2002). *Acerca de lo universal y los particular en el Derecho penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Bramont Arias, L. (1988). El delito de terrorismo. Decreto legislativo N° 046. En *Temas de Derecho penal N° 4* (pp. 135-168). Lima: Alfonso Silva Sernaqué y Editorial San Marcos.
- Buenaventura De Sousa, S. y Rodríguez, C. (2011). Introducción: Para ampliar el canon de producción. En S. Buenaventura De Sousa (Coord.). *Producir para vivir. Los caminos de la producción capitalista* (pp. 15-61). México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Bunge, Mario, (2001). El efecto San Mateo. *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana, Chile, 1(2)*, pp. 1-3 Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/305/30500225.pdf>
- Bustos Ramírez, J. (1992). Perspectivas y desafíos de la política criminal Latinoamericana. *Nuevo Foro Penal*, Colombia, Editorial Temis, abril-mayo-junio, Año X (56), pp. 157-166.
- Bustos Ramírez, J. (1998). Política criminal, principios garantistas materiales y Derecho penal de la culpa. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, J. Urquiza (Dir.). GC ediciones. Perú, junio, Año III (6), pp. 543-555.
- Bustos Ramírez, J. (2004). In-seguridad y lucha contra el terrorismo. En M. Losano y F. Muñoz Conde (Coords.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo «Cedant arma togae»* (pp. 403-410). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

- Bustos Ramírez, J. (2004). *Obras completas*, T. I. Lima: ARA Editores.
- Campderrich, R. (2007, noviembre). Ciudadano persona versus enemigo no-persona: las ideas antigarantistas de Günther Jakobs y John Yoo. Ponencia presentada al IV Jornadas de Filosofía Política, Barcelona, España. Recuperado de <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/PDFs/8-Jakobs&Yoo.pdf>
- Cancho Espinal, C. J. (2006). La clarificación del Derecho penal del enemigo en la obra de Miguel Polaino-Orts: un ejemplo de investigación científica, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. J. Caro, R. Chocano, P. García y J. Mazuelos (Dirs.). Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley, Perú, 7, pp. 631-639.
- Cancio Meliá, M. y Petzsche, A. (2013). Terrorism as a criminal offense. En A. Masferrer y C. Walker (Eds.), *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law* (pp. 87-105). Cheltenham, UK, Northampton, USA: Edward Elgar.
- Cancio Meliá, M. (2003). 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 7/2000. *Revista de Derecho Penal contemporáneo. Revista Internacional*, Colombia, Abril-Junio, 3, pp. 31-52.
- Cancio Meliá, M. (2003). De nuevo: ¿«Derecho Penal» del Enemigo? En Jakobs/Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- Cancio Meliá, M. (2006). De nuevo: ¿«Derecho Penal» del Enemigo? En Jakobs/Cancio (2ª ed.). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- Cancio Meliá, M. (2008). Terrorismo y Derecho penal: Sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho. En M. Cancio Meliá y L. Pozuelo Pérez (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- Cancio Meliá, M. (2008, 20 de septiembre). Terrorismo y derecho penal: la engañosa pesadilla de la prevención. *El Mundo*, p. 2.
- Cancio Meliá, M. (2008) El injusto de los delitos de organización: Peligro y significado. En J. M. Silva Sánchez (Dir.), *Delitos de organización* (pp. 15-84). Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Cancio Meliá, M. (2009) Internacionalización del Derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la *lucha jurídico-penal contra el terrorismo*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra editora, Studia Iuridica, 94, pp. 203-224.
- Cancio Meliá, M. (2009). Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código Penal Español. En A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García (Dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional* (pp. 73-98). Madrid: Editorial Tecnos.

- Cancio Meliá, M. (2010). El delito de pertenencia a una organización terrorista en el código penal español. *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Chile, 12, pp. 149-167.
- Cancio Meliá, M. (2013). El Derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea. *European Inklings (EUi)*. J. Ugartemendia (Dir.). Euskadi, 2. pp. 304-323.
- Cancio Meliá, M. (19 de enero de 2015). Una reforma irresponsable, un ataque a la Constitución. *El Diario*. Recuperado de [http://www.eldiario.es/contrapoder/terrorismo-Constitucion\\_6\\_347225276.html](http://www.eldiario.es/contrapoder/terrorismo-Constitucion_6_347225276.html)
- Cancio Meliá, M. (12 de abril de 2015). La reforma penal: frivolidad, desvarío y populismo punitivo. *El Diario*. Recuperado de [http://www.eldiario.es/contrapoder/reforma\\_penal-populismo\\_punitivo\\_6\\_374872539.html](http://www.eldiario.es/contrapoder/reforma_penal-populismo_punitivo_6_374872539.html)
- Capita Remezal, M. (2008). *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Madrid: Editorial Codex.
- Caro John, J. (2003). *La imputación objetiva en la participación delictiva*. (Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema N° 4166-99-Lima, de 07 de marzo de 2001). Lima: Editorial Grijley.
- Caro John, J. (2006). Derecho penal del enemigo: Garantía estatal de una «libertad real» del ciudadano. Una glosa a Miguel Polaino-Orts. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. J. Caro, R. Chocano, P. García y J. Mazuelos (Dir.). Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley, Perú 7, pp. 641-649.
- Caro John, J. (2011). Prólogo. En Jakobs/Polaino-Orts, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo* (pp. 13-14). Lima: ARA.
- Castañeda Segovia, M. (2009). *El delito de terrorismo y garantías procesales en la lucha antiterrorista*. Lima: Editorial Grijley.
- Chirinos Arrieta, C. (1990). *Terrorismo y delito*. Lima: Editorial Comillo Blanco.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).(2014). *Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Santiago de Chile. Recuperado de <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/37222>
- Comisión investigadora de los casos de corrupción cometidos en la década 1990 - 2000. (2003). *Informe sobre los casos: Detenciones-ejecuciones de los estudiantes de la universidad de Huancayo y Desaparición de pobladores en el Valle del Santa (Ancash)*. Rescatado de <http://www4.congreso.gob.pe/historico/ciccor/infofinal/infddhh.pdf>
- Comisión de la Verdad y Reconciliación. (2003). *Informe Final*. Rescatado de <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/>.

- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. (Trad. P. Luque Sánchez y M. Narváez Mora). Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Chomsky, N. (2002). *El miedo a la democracia*. (Trad. M. Carol). Barcelona: Editorial Grijalbo Mondadori.
- Chomsky, N. (2002). La nueva guerra contra el terrorismo. En *El terror como política exterior de Estados Unidos* (pp. 11-55). (Trad. C. Abousleiman y O. Kulesz). (3ª reimpresión). Buenos Aires: Libros del Zorzal.
- Chomsky, N. (2006). *Lo que realmente quiere el tío Sam* (8ª ed.). (Trad. S. Testa). México D.F.: Siglo xxi editores.
- Chomsky, N. (2010). *Esperanzas y realidades*. (Trad. M. I. Merino). Barcelona: Tendencias editores.
- Christie, N. (1984). *Los límites del dolor*. (Trad. M. Caso). (reimpresión 1988). México D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Christie, N. (1993). *La industria del control del delito*. (Trad. S. Costa). Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- Christie, N. (2004). *Una sensata cantidad de delito*. (Trad. C. Espeleta y J. Iosa). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ciappi, S. (2010). *La nueva penalidad. Política criminal y gobierno de la inseguridad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Comanducci, P. (2010). Modelos e interpretación de la Constitución. (Trad. M. Ferrer M.). En I. Lifante V., (Ed.), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho* (pp. 93-145). Lima: Palestra editores.
- Comanducci, P. (2010). *La interpretación jurídica*. En Escudero R. (Ed.), *Hacia una teoría analítica del Derecho* (pp. 93-113). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Comblin, J. (1976). Doctrina de la seguridad nacional. *Revista Mensaje*. Zañartu, S. (Dir.), Chile, mayo-abril, Vol. XXV(247), pp. 96-104. Recuperado de [http://biblioteca.uahurtado.cl/ujah/msj/docs/1976/n247\\_96.pdf](http://biblioteca.uahurtado.cl/ujah/msj/docs/1976/n247_96.pdf)
- Comisión investigadora encargada de implementar las conclusiones y recomendaciones de las investigaciones sobre los actos de corrupción cometidos entre 1990-2000. (2003). *Informe sobre los casos: Detenciones-ejecuciones de los estudiantes de la universidad de Huancayo y Desaparición de pobladores en e Valle del Santa (Ancash)*. julio, pp. 1-71. Rescatado de <http://www4.congreso.gob.pe/historico/ciccor/infofinal/infddhh.pdf>
- Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú. (2003). *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Rescatado de <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/>
- Coronil, F. (2000). Naturaleza del poscolonialismo: del eurocentrismo al globocentrismo. En Lander E. (Ed.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 87-111). Buenos Aires: Editorial CLACSO.



- Costa, A. M. (2009, marzo). Discurso de apertura al 52 periodo de sesiones de la Commission on Narcotic Drugs. En *Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem* (pp. 1-5). New York.
- Cotler, J. (2005). *Clases, estado y nación en el Perú*. (3ª ed.) (2ª reimpresión 2009). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Crettez, X. (2009). *Las formas de la violencia*. (Trad. S. Kot). Buenos Aires: Waldhuter editores.
- Crisafulli, V. (2011). Disposición (y norma). (Trad. M. Fernández). En S. Pozzollo y R. Escudero (Ed.), *Disposición vs. Norma* (pp. 67-109). Lima: Palestra editores.
- Cubas Villanueva, V. (2006). La política criminal en la transición democrática. *Revista Institucional*. Academia de la Magistratura-AMAG, Perú, junio, 7.
- De Soto, H. (2000). *El Misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo*. (Trad. M. Lauer y J. Mc Lauchlan). Lima: Editora El Comercio.
- De Soto, H. (10 de octubre del 2014). Capitalism cure for terrorism, *The Wall Street Journal*. Rescatado de: <http://online.wsj.com/articles/the-capitalist-cure-for-terrorism-1412973796>
- Del Barco, J. L. (2010). Teoría y práctica de la persona (estudio introductorio). En *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”* (pp. 11-26). (2ª ed.). Pamplona: Editorial EUNSA.
- Demetrio Crespo, E. (2006). El Derecho Penal del enemigo DARF NICHT SEIN! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. En M. Cancio Meliá y Gómez Jara (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión* (pp. 473-509). Vol. 1, Buenos Aires: EDISOFER-Euro editores-BdeF.
- Denegri M. (2014). ¿Qué es el hombre? En *Poliantea* (pp. 27-36). Lima: Fondo editorial de UIGV.
- Diez Ripollés, J. L. (1991). Alternativas a la actual legislación sobre drogas. *Nuevo Foro Penal*. Colombia, Editorial Temis, octubre-noviembre-diciembre, Año X(54), pp. 467-504.
- Diez Ripollés, J. L. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6, pp. 1-34. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. (2ª reimpresión 1995). (Trad. M. Guastavino). Barcelona: Editorial Ariel.
- Eco, U. (1992). *Los límites de la interpretación*, (Trad. H. Lozano). Barcelona: Editorial Lumen.

- Eco, U. (1997). Interpretación e Historia. (Trad. J. G. López Guix). En S. Collini (Comp.), *Interpretación y sobreinterpretación* (pp. 33-55). (2ª ed.). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Eco, U. (1997). La sobreinterpretación de textos. (Trad. J. G. López Guix). En S. Collini (Comp.), *Interpretación y sobreinterpretación* (pp. 56-79). (2ª ed.). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Eco, U. (1997). Réplica. (Trad. J. G. López Guix). En S. Collini (Comp.), *Interpretación y sobreinterpretación* (pp. 159-172). (2ª ed.). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- El Comercio, (15 de mayo de 2011). Keiko quiere convencer a indecisos con su único plan de gobierno. *El Comercio*. Rescatado de <http://elcomercio.pe/politica/gobierno/keiko-quiere-convencer-indecisos-su-unico-plan-gobierno-noticia-757875>
- Engels, F. (s.f.). Ludwing Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana. En Marx y Engels. *Obras escogidas* (pp. 614-653). (Trad. de edición alemana de 1888). Moscú: Editorial Progreso S.A.
- Engels, F. (s.f.). El Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado. En *Obras escogidas* (pp. 471-613). (Trad. de 4ª ed. alemana de 1891). Moscú: Editorial Progreso S.A.
- Engels, F.(s.f.). *Carta a Joseph Bloch* (Londres, 21-22 de septiembre de 1890), *Carta a Konrad Schmidt* (Londres, 27 de octubre de 1890), *Carta a Francisco Mehring* (Londres, 14 de julio de 1893) y *Carta a W. Borgius* (Londres, 25 de enero de 1894), en Marx y Engels. *Obras escogidas* (pp. 717-732). Moscú: Editorial Progreso S.A.
- Engels, F. (s.f.). *Del socialismo utópico al socialismo científico*. En Marx y Engels. *Obras escogidas* (pp. 393-450). Moscú: Editorial Progreso S.A.
- Engels, F. (1968). Anti-Dühring. La subversión de la ciencia por el señor Eugen Dühring (2ª ed.). (Trad. Manuel Sacristán Luzón). México, D.F.: Editorial Grialdo.
- Engisch, K. (1967). *Introducción al pensamiento jurídico* (Trad. E. Garzón Valdez). Madrid: Ediciones Guadarrama.
- Espinoza Espinoza, J. (2012). *Derecho de las personas* (6ª ed.). T. I. Lima: Editorial Iustitia-Grijley.
- Federal Foreign Office of Germany. (31 de julio de 2014). G7/G8. Rescatado de [http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Aussenpolitik/GlobaleFragen/G8/UebersichtG8\\_node.html](http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Aussenpolitik/GlobaleFragen/G8/UebersichtG8_node.html)
- Felip I Saborit, D. (2011). Caso de los tiradores del muro (Mauerschützen). En P. Sánchez-Ostiz (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* (pp. 509-524). (2ª ed.). Madrid: Editorial La Ley.
- Fernández Sessarego, C. (1962). *La noción jurídica de Persona*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



- Fernández Sessarego, C. (1968). *La noción jurídica de Persona* (2ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Fernández Sessarego, C. (1990). *Nuevas tendencias en el derecho de las Personas*. Lima: Universidad de Lima.
- Fernández Sessarego, C. (1995). *Derecho y Persona* (2ª ed.). Trujillo: Editorial Normas Legales S.A.
- Fernández Sessarego, C. (2001). ¿Qué es ser «persona» en Derecho? *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho, Perú, 54, pp. 289-333.
- Fernández Sessarego, C. (2002). *El derecho de las personas* (En el umbral del siglo XXI). Lima: Ediciones Jurídicas.
- Fernández Sessarego, C. (2009). *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano* (11ª ed.). Lima: Grijley.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (Trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz, J. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2005). Criminalidad y globalización. *Iter criminis. Revista de Ciencias Penales*, Tlalpan, México, Tercera época, 1, pp. 71-88.
- Ferrajoli, L. (2006). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. En *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, pp. 15-31. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcr78v8>
- Ferrajoli, L. (2014). Constitucionalismo principialista y garantista. (Trad. N. Guzmán). En Ferrajoli/Ruiz Manero. *Un debate sobre principios constitucionales* (pp. 81-172). Lima: Palestra Editores.
- Ferrajoli, L. (2014). El constitucionalismo entre principios y reglas. (Trad. P. Andrés Ibáñez). En Ferrajoli/Ruiz Manero. *Un debate sobre principios constitucionales* (pp. 173-234). Lima: Palestra Editores.
- Ferrer, J. y Ratti, G. B. (Eds.). (2011). *El realismo jurídico genovés*, Madrid: Marcial Pons.
- Ferrater Mora J. (1984). *Diccionario de Filosofía* de (5ª ed.). Alianza Editorial.
- Figuroa, A., Altamirano, T., y Sulmot, D. (1996). *Exclusión social y desigualdad en el Perú*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.
- Foucault, M. (1999). La verdad y las formas jurídicas (Trad. F. Álvarez y J. Varela). En *Estrategias de poder. Obras esenciales* (pp. 169-281). Vol. II, Barcelona-Buenos Aires: Paidós.
- Fujimori A. (5 de abril de 1992). *Mensaje a la nación*. Rescatado de <http://www4.congreso.gob.pe/museo/mensajes/Mensaje-1992-1.pdf>
- G8. (18 de junio 2013). *G8 Lough Erne Declaration*. Rescatado de <https://www.gov.uk/government/publications/g8-lough-erne-declaration>

- G8. (18 de junio 2013). *2013 Lough Erne G8 Leaders' Communiqué*. Rescatado de <https://www.gov.uk/government/publications/2013-lough-erne-g8-leaders-communicue>
- G7. (7-8 de junio de 2015). *Leaders' Declaration G7 Summit 2015*. Rescatado de [https://www.g7germany.de/Content/EN/Anlagen/G7/2015-06-08-g7-abschluss-eng\\_en.pdf?blob=publicationFile&v=3](https://www.g7germany.de/Content/EN/Anlagen/G7/2015-06-08-g7-abschluss-eng_en.pdf?blob=publicationFile&v=3)
- Gadamer, H. (2003). *Verdad y método I* (10ª ed.). (Trad. Ana Agud y R. de Apapito). Salamanca: Ediciones sígueme.
- Gálvez Villegas, T. y Rojas León, R. (2011.). *Derecho Penal-Parte Especial (Introducción a la Parte General)*, T. I. Lima: D'Jus-Jurista editores.
- Gálvez Villegas, T. (2014). *El delito de lavado de activos. Criterios sintéticos y procesales*. Lima: Instituto Pacífico.
- Garland, D. (1999). *El castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. (Trad. B. Ruiz de la Concha). México D.F.: Siglo xxi editores.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control*. (Trad. M. Sozzo). Barcelona: Editorial Gedisa.
- Garland, D. (2007). La cultura de las sociedades con altas tasas de criminalidad. Algunas precondiciones de las políticas de 'seguridad ciudadana'. (Trad. M. Iturralde). En *Crimen y Castigo en la modernidad tardía* (pp. 205-273). Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- García Amado, J. (2006). El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs. En M. Cancio Meliá y Gómez Jara (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión* (pp. 887-924). Vol. 1, Buenos Aires: EDISOFER-Euro editores-BdeF.
- García Cavero, P. (2006). ¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo? *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. J. Caro, R. Chocano, P. García y J. Mazuelos (Dirs.). Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley, Perú, 7, pp. 253-275.
- García Máynez, E. (1980). *Introducción al estudio del Derecho* (32ª ed. revisada). México D.F.: Editorial Porrúa S.A.
- García-Pablos De Molina, A. (2008). *Criminología*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- García Toma, V. (2006). El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas). *Anuario de Derecho penal 2005, Interpretación y aplicación de la Ley penal*. Lima-Friburgo: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, pp. 173-210.
- Gearan, A. (08 de octubre de 2014). Clinton says Islamic State militants are worse than al-Qaeda, *Washington Post*. Rescatado de [http://www.washingtonpost.com/politics/clinton-says-islamic-state-militants-are-worse-than-al-qaeda/2014/10/08/20244a20-4f53-11e4-877c-335b53ffe736\\_story.html?hpid=z4](http://www.washingtonpost.com/politics/clinton-says-islamic-state-militants-are-worse-than-al-qaeda/2014/10/08/20244a20-4f53-11e4-877c-335b53ffe736_story.html?hpid=z4)

- German G7 Presidency. (19 de noviembre de 2014). *Key topics for the summit announced*. Rescatado de [http://www.g7germany.de/Webs/G7/EN/G7-Gipfel\\_en/Agenda\\_en/agenda\\_node.html;jsessionid=7D2AFEE9E16199EDD8053267761280A6.s2t2](http://www.g7germany.de/Webs/G7/EN/G7-Gipfel_en/Agenda_en/agenda_node.html;jsessionid=7D2AFEE9E16199EDD8053267761280A6.s2t2)
- Giusti, M. (Ed.). (2011). *La cuestión de la dialéctica*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Giusti, M. (2008). ¿Por qué leer a Hegel hoy? En M. Giusti y E. Mejía (Eds.). *¿Por qué leer filosofía hoy?* (pp. 113-139). (2ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Gómez-Jara Diez, C. (2006). Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: Sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal. En M. Cancio Meliá y Gómez Jara (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Buenos Aires: EDISOFER-Euro editores-BdeF, pp. 977-1002.
- Gómez-Jara Diez, C. (2008) Enemy Combatants versus Enemy Criminal Law. En *Buffalo Criminal Law Review*. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1097066>
- González Cussac, J. (2006). El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas. En J. Gómez Colomer y Gonzales Cussac (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- González De Olarte, E. (2005). Crecimiento, desigualdad e ingobernabilidad en el Perú de los 2000. En V. Vich (Ed.), *El Estado está de vuelta: desigualdad, diversidad y democracia*. Lima: Instituto de Estudios Peruano.
- Gracia Martín, L. (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gracia Martín, L. (2004). El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6, pp. 1-22. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>
- Gracia Martín, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, J. Urquizo (Dir.). IDEMSA, Perú, 16, pp. 371-420.
- Gracia Martín, L. (2014). Entrevista por J. Urquizo y D. Rosales. *La Ley*. El ángulo legal de la noticia. Perú. Editorial Gaceta Jurídica, Año I(5), pp. 68-70.
- Guastini, R. (1999). La interpretación: Objetos, conceptos y teorías. (Trad. M. Carbonell). En *Estudios sobre la interpretación jurídica* (pp. 1-24). México D.F.: Editorial Porrúa-UNAM.
- Guastini, R. (1999). Técnicas interpretativas. (Trad. M. Gascón). En *Estudios sobre la interpretación jurídica* (pp. 25-56). México D.F.: Editorial Porrúa-UNAM.

- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. (Trad. J. Ferrer i Beltrán). Barcelona: Editorial Gedisa.
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. (Trad. M. Carbonell y P. Salazar). Madrid: Editorial Trotta.
- Guastini, R. (2010). Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación. (Trad. D. Moreno). En I. Lifante I (Ed.), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho* (pp. 147-172). Lima: Palestra editores.
- Guastini, R. (2011). Introducción a la Teoría de la interpretación. (Trad. A. Puppò). En S. Pozzollo y R. Escudero (Eds.), *Disposición vs. Norma* (pp. 157-179). Lima: Palestra editores.
- Guastini, R. (2011). Disposición vs Norma. (Trad. M. Fernández). En S. Pozzollo y R. Escudero (Eds.), *Disposición vs. Norma* (pp. 133-156). Lima: Palestra editores.
- Habermas, J., Held D., W. Kymlicka, *et al.* (06 de junio del 2005). Declaración de los participantes al XXII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, reunido en Granada entre el 24 y el 29 de mayo de 2005. *El País*. Rescatado de [http://elpais.com/diario/2005/06/06/opinion/1118008808\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/06/06/opinion/1118008808_850215.html)
- Habermas, J. (09 de diciembre de 1984). El fin de una utopía. *El País*. Rescatado de [http://elpais.com/diario/1984/12/09/opinion/471394806\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1984/12/09/opinion/471394806_850215.html)
- Habermas, J. (20 de mayo del 2003). ¿Qué significa el derribo del monumento? *El País*. Rescatado de [http://elpais.com/diario/2003/05/20/internacional/1053381615\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2003/05/20/internacional/1053381615_850215.html)
- Hassemer, W. (1995). *La Responsabilidad por el producto en el Derecho penal*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Hawking, S. (2010). *El gran diseño*. (Trad. D. Jou i Mirabent). Barcelona: Crítica.
- Hegel, G. W. F. (1999). *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*. (2ª reimpresión 2005). (Trad. R. Valls Plana). Madrid: Alianza Editorial.
- Hegel, G. W. F. (1999). *Lecciones sobre filosofía de la Historia universal*. (3ª reimpresión 2008). (Trad. J. Gaos). Madrid: Alianza Editorial.
- Hegel, G. W. F. (2000). *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*. (Trad. E. Vásquez). Madrid: Biblioteca Nueva.
- Heidegger, M. (1971). *El ser y el tiempo* (Trad. J. Gaos). (2ª ed.). (6ª reimpresión 1993). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Horkheimer, M. (1974). Teoría tradicional y teoría crítica. (Trad. E. Albizu y C. Luis). (3ª reimpresión). En *Teoría crítica* (pp. 223-271). Buenos Aires: Amorrortu.
- Hildebrant, C. (2008). Los nuevos retos de la prensa. En *Poder mediático* (pp. 37-54). Lima: Fondo editorial UCH.

- Mallqui Herrera, E. (2006). Persona versus individuo. Sobre la función del Derecho penal del enemigo. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. J. Caro, R. Chocano, P. García y J. Mazuelos (Dir.). Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley, Perú, 7, pp. 661-660.
- Hirst, Paul Q., (2007). Marx y Engels sobre la ley, el delito y la moralidad. En I. Taylor, P. Walton y J. Young (Dir.), *Criminología crítica* (pp. 255-287). (5ª ed.). México D.F.: Siglo xxi editores.
- Hurtado Pozo, J. (1979). *La Ley 'importada'. Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima: Editorial CEDYS.
- Hurtado Pozo, J. (1980) Terrorismo y Derecho penal. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20081103\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20081103_01.pdf)
- Hurtado Pozo, J. (1981). El terrorismo y la ley. En *La Revista* 4, pp. 1-3. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20081106\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20081106_01.pdf)
- Hurtado Pozo, J. (2004). Materiales para una historia de la legislación sobre terrorismo en el Perú, Lima-Fribourg. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20080528\\_86.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_86.pdf)
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I* (3ª ed.). Lima: Editorial Grijley.
- Hurtado Pozo, J. (2009). Constitucionalidad del tipo legal del delito de terrorismo. *Anuario de Derecho penal 2008. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima-Friburgo: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, pp. 263-276.
- Hurtado Pozo, J. y Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de Derecho Penal Parte General* (4ª ed.). T. I. Lima: Editorial Grijley.
- Instituto Hans Kelsen. (1984). *Teoría pura del Derecho y Teoría marxista del Derecho*. (Trad. E. Volkening). Bogotá: Editorial Temis.
- Iturralde, Manuel A. (2007). La sociología del castigo de David Garland: El control del crimen en las sociedades modernas tardías (Estudio preliminar). En *Crimen y Castigo en la modernidad tardía* (pp. 21-122). Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. (Trad. M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez). Madrid: Editorial Civitas, S. A.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal – Parte General fundamentos y Teoría de la imputación* (2ª ed. corregida). (Trad. J. Cuello Contreras y J. Serrano Gonzáles de Murillo). Madrid: Editorial Marcial Pons S.A.
- Jakobs, G. (1998). *La imputación objetiva en derecho pena*. (Trad. M. Cancio Meliá). (1ª reimpresión 2001). Lima: Editorial Grijley.

- Jakobs, G. (2000). Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. (Trad. E. Peñaranda Ramos). En *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal* (pp. 209-248). Lima: Palestra editores.
- Jakobs, G. (2003). *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. En Jakobs/Cancio. *Derecho penal del enemigo*. (Trad. M Cancio Meliá). Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- Jakobs, G. (2004). La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del Presente, (Trad. T. Manso Porto). En J. López Barja de Q. (Comp.), *Dogmática de Derecho penal y configuración normativa de la sociedad* (pp. 27-50). Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- Jakobs, G. (2004). Personalidad y exclusión en derecho Penal. (Trad. T. Manso Porto). En López Barja de Q. (Comp.), *Dogmática de Derecho Penal y configuración normativa de la sociedad* (pp. 51-73). Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- Jakobs, G. (2005). La pena estatal: significado y finalidad. (Trad. M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez). En *El fundamento del sistema jurídico penal* (pp. 13-71). Lima: ARA editores.
- Jakobs, G. (2006). Derecho penal del ciudadano y Derecho penal enemigo. En Jakobs/Cancio. *Derecho penal del Enemigo* (2ª ed.). (Trad. M Cancio Meliá). Madrid: Editorial Thomson Civitas. (Jakobs Günther, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", *HRRS*, März, 2004, (3/2004), pp. 88-95. Recuperado de <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/hrrs-3-04.pdf>)
- Jakobs, G. (2006). El terrorismo internacional se puede combatir con el Derecho penal del enemigo (entrevista en Bogotá el 01 de junio de 2006), (Trad. M. Polaino-Orts. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. J. Caro, R. Chocano, P. García y J. Mazuelos (Dirs.). Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley, Perú, 7, pp. 613-617.
- Jakobs, G. (2006). ¿Terroristas como personas en Derecho? (Trad. M. Cancio Meliá). En Jakobs/Cancio, *Derecho penal del Enemigo* (2ª ed.). Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- Jakobs, G. (2007). La imputación jurídico-penal y las condiciones de la vigencia de la norma. En C. Gómez-Jara Diez (Coord.). *Teoría de los Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación* (pp. 225-248). Lima: ARA editores.
- Jakobs, G. (2007). ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. En Jakobs/Polaino Navarrete, *Las condiciones de juridicidad del Sistema penal. Derecho penal del enemigo y concepto jurídico penal de acción en una perspectiva funcionalista* (pp. 17-44). Lima: Editorial Grijley.
- Jakobs, G. (2009). En los límites de la orientación jurídica: Derecho penal del enemigo. (Trad. M. Polaino-Orts). En *Delitos de organización: un desafío al Estado* (pp. 21-55). Lima: Grijley-Universidad de Huánuco.



- Jakobs, G. (2009). Estado de Derecho y combate de peligros: Un esbozo, (Trad. M. Polaino-Orts). En *Delitos de organización: un desafío al Estado* (pp. 57-62). Lima: Grijley-Universidad de Huanuco.
- Jakobs, G. (2011). Sobre el concepto de persona en Derecho (Trad. M. Polaino). En Jakobs/Polaino-Orts, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo* (pp. 15-29). Lima: ARA, 2011.
- Jakobs, G. (2011). Sobre la Teoría del Derecho penal del enemigo (Trad. M. Polaino). En Jakobs/Polaino-Orts, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo* (pp. 31-55). Lima: ARA, 2011.
- Jakobs, G. (2012). Entrevista, el 05 de septiembre del 2011, (Trad. D. Tarapues Sandino). *Boletín Semestral GLIPGö*. Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen, K. Ambos, (Dir), Alemania, 3, pp. 27-31.
- Jakobs, G. (2013). Intercambio epistolar con el Prof. Dr. Günther Jakobs – Preguntas y respuestas sobre el Derecho Penal del Enemigo (Cartas del 1 y el 7 de febrero de 2005), (Trad. M. Laura Böhm). *Boletín Semestral GLIPGö*. Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen, K. Ambos, (Dir.), Alemania, 5, pp. 66-72.
- Kant, I. (1991). *Antropología en sentido pragmático* (Trad. J. Gaos). Madrid: Alianza Editorial.
- Kant, I (1998). *Sobre la paz perpetua* (6ª ed.). (Trad. J. Abellan). Madrid: Tecnos.
- Kant, I. (2005). *Metafísica de las costumbres* (4ª ed.). (Trad. A. Cortina y J. Conill). (reimpresión 2008). Madrid: Tecnos.
- Kargl, W. (2007). ¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del Derecho como sistema autopoietico. En C. Gómez-Jara Diez (Coord.), *Teoría de los Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación* (pp. 67-98). Lima: ARA editores.
- Kaufmann, A. (1977). *Teorías de la Normas. Fundamentos de la Dogmática penal contemporánea*, (Trad. E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés). Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Kelsen, H. (1945) *General Theory of Law and State*. (3rd. printing 1949). Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1946). *Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*. (Trad. de la 1ª edición alemana de 1934 por Jorge G. Tejerina). Buenos Aires: Editorial Losada.
- Kelsen, H. (1958). *Teoría general del Derecho y del Estado*. (2ª ed.). (4ª reimpresión 1988). (Trad. E. García Máynez). México D.F.: Universidad Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del Derecho*. (2ª reimpresión 1982). (Trad. de la 2ª edición alemana de 1960 por Roberto Vernengo). México D.F.: Universidad Autónoma de México.

- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho* (4ª ed.). (9ª reimpresión). (Trad. de la edición francesa de 1953 por Moisés Nilve). Buenos Aires: Editorial Eudeba.
- Kennedy, D. (2009). La educación legal como preparación para la jerarquía, (Trad. M. Luisa Piqué y C. Courtis). En C. Courtis (Comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho* (pp. 549-577). (2ª ed.). Buenos Aires: Editorial Eudeba.
- Kennedy, D. (2012). *La enseñanza del derecho como forma de acción política*. (Trad. T. Arijón). Buenos Aires: Siglo xxi editores.
- Kessler, G. (2009). *El sentimiento de inseguridad* (1ª reimpresión 2011). Buenos Aires.
- Kihlstrom, J. F. (2005). Joseph Jastrow and his duck -- or is it a rabbit? Recuperado de <http://socrates.berkeley.edu/~kihlstrm/JastrowDuck.htm>
- Konstantinov, F. V. (1965). *Fundamentos de la filosofía marxista*, (Trad. A. Sánchez Vásquez y W. Rocés). Academia de Ciencias de la URSS, Instituto de Filosofía, México, D.F.: Editorial Gribaldo.
- La República. (17 de mayo de 2011). El modelo de represión de Rudolph Giuliani. *La República*. Rescatado de <http://www.larepublica.pe/17-05-2011/el-modelo-de-represion-de-rudolph-giuliani>
- Lampe, E. (2003). Injusto del sistema y sistemas de injusto. (Trad. Carlos Gómez-Jara Diez). En C. Gomez-Jara, G. Orce y M. Polaino-Orts (Eds.), *La Dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo* (pp. 97-179). Lima: Grijley.
- Landa Arroyo, C. (2000). Dignidad de la persona humana. *Ius et veritas*, Perú, Año X(21), pp. 10-25.
- Landa Arroyo, C. (2004). Estado constitucional y terrorismo en el Perú. En M. Losano y F. Muñoz Conde (coords.), *Derecho ante la globalización y el terrorismo «Cedant arma togae»* (pp. 431-459). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Lander, E. (2000). Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos. En E. Lander (Ed.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 11-40). Buenos Aires: Editorial CLACSO.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la Ciencia del Derecho* (2ª ed.). (Trad. Rodríguez Molinero). Barcelona-Caracas-México: Editorial Ariel.
- Lenin, V. I. (1974). *Cuadernos filosóficos* (2ª ed.). Buenos Aires: Ediciones Estudio (1ª ed. Cartago).
- Lenin, V. I. (1974). Sobre el problema de la dialéctica. En *Cuadernos filosóficos* (2ª ed.) (pp. 327-333), Buenos Aires: Ediciones Estudio (1ª ed. Cartago).
- León, L. (2003). La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. *Ius et veritas*, Perú, Año XIII(26), pp. 12-47.



- León, L. (2007). Common Law vs. Civil Law: la competencia entre ordenamientos jurídicos. *Foro Jurídico*, Año IV(7), pp. 259-267. Recuperado de [http://works.bepress.com/leysser\\_leon/9](http://works.bepress.com/leysser_leon/9)
- Lesch, H. H. (2000). *La función de la pena.*, (Trad. J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles). Colección de Estudios N° 17. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Llobet Anglí, M. (2010). *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático.* Madrid: Editorial La Ley.
- López Medina, D. (2009). Por qué hablar de una ‘Teoría Impura del Derecho’ para América Latina. En D. Bonilla (Ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos* (pp. 37-90). Bogotá: Siglo del Hombre editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana.
- López Medina, D. (2012). Repositioning Latin America and the Caribbean in the Contemporary Maps of Comparative Law. En M. Bussani. y U. Mattei (Eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law.* Cambridge: Cambridge University Press, pp. 344-367. Recuperado de <http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/04/Camb-Encycl.-DLM-Latin-American-Law.pdf>
- Luhmann, N. (2007). El derecho como sistema social. En C. Gómez-Jara Diez (Coord), *Teoría de los Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación* (pp. 97-118). Lima: ARA editors.
- Mcmanus, I. C., Freegard, M., Moore, J. y Richard, R. (2010) Science in the Making: Right Hand, Left Hand. II: The duck rabbit figure. *Laterality*, 15 (1/2), 166-185. Recuperado de <http://www.ucl.ac.uk/medical-education/publications/Reprints2010/2010-Laterality-RightHandLeftHand-2.pdf>
- Mariátegui, J. C. (2005). *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana.* (Primera publicación 1928). Lima: Editorial Orbis Ventura SAC.
- Marx, K. y Engels, F. (s.f.). *Manifiesto del Partido Comunista.* En *Marx y Engels, Obras escogidas* (pp. 27-60). (Trad. de la edición alemana de 1890). Moscú: Editorial Progreso. S. A.
- Marx, K. (s.f.). Tesis sobre Feuerbach. En *Marx y Engels, Obras escogidas* (pp. 24-26). (Trad. de la edición alemana de 1888). Moscú: Editorial Progreso S. A.
- Marx, K. (s.f.). Crítica del Programa de Gotha. En *Marx y Engels, Obras escogidas* (pp. 325-346). (Trad. del manuscrito alemán de 1875). Moscú: Editorial Progreso. S. A.
- Marx, K. (s.f.). *Prologo de la contribución a la Crítica de la Economía Política.* En *Marx y Engels. Obras escogidas* (pp. 181-185). (Trad. del libro en alemán de 1859). Moscú: Editorial Progreso S. A.
- Marx, K. (1959). Sobre la cuestión judía. En *La Sagrada Familia y otros escritos filosóficos de la primera época* (pp. 16-44). (2ª ed.). (Trad. Wenceslao Roces). México D. F.: Editorial Gribaldo.

- Marx, K. (1959). *El Capital. Crítica de la economía política* (2ª ed.). (Trad. Wenceslao Roces). (7ª reimpresión, 1975). T. 1. México D.F.: Fondo de Cultura económica.
- Massini Correa, C. (2007). Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, julio-diciembre, Vol. 37(107), pp. 311-347. Rescatado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151413533002>
- Matos Mar, J. (2004). *Desborde popular y crisis del Estado. Veinte años después*. (1ª reimpresión 2005). Lima: Fondo editorial del Congreso del Perú.
- Mattei, U. y Nader, L. (2008). *Plunder. When the rule of law is illegal*. Oxford: Blackwell Publishing.
- Mattei, U. (1994). Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law. *American Journal of Comparative Law*. 195, pp. 195-218.
- Mattei, U. (1997). Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System, *The American Journal of Comparative Law*, 45, pp. 5-44.
- Mattei, U. (2003). A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 10: Iss. 1, Article 14, pp. 383-448.
- Mattei, U. (2005). Transformaciones del mundo globalizado y derecho de propiedad durante la vigencia del Código Civil peruano: veinte años de saqueo imperialista y el potencial de resistencia de los juristas. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, Perú, 58, pp. 273-290.
- Mavila León, R. (1992). Lineamientos críticos sobre el tratamiento penal a los menores comprometidos en actos de terrorismo. En *Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Perú, Vol. 49, Año 1991-1992, pp. 395-424.
- Merino, R. (2008). ¿Recepción o resistencia? Americanización y análisis económico del derecho en el Perú. *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, Vol. 14. (Revista Crítica del Derecho Privado), pp. 69-133. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1697253>
- Mcfarland Sánchez-Moreno, M. (2014). The Human Rights Case for Drug Reform. How Drug Criminalization Destroys Lives, Feeds Abuses, and Subverts the Rule of Law. *World Report 2014*, Human Rights Watch.
- Monateri, G. (2009). Globalización y Derecho Europeo de los contratos (Trad. S. Quequejana). En C. Agurto y S. Quequejana (Coords.), *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado* (pp. 125-143), Lima: Ara Editores.
- Muñoz Conde, F. y Aunión Acosta, B. (1991). Drogas y derecho penal, *Nuevo Foro Penal*, Colombia: Editorial Temis, octubre-noviembre-diciembre, Año X(54), pp. 505-514.
- Muñoz Conde, F. (2002). Entrevista por J. Barquín Sanz y M. Olmedo Cardenete ("Conversaciones"). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y*

- Criminología*, 4. Recuperado de [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-c2.html](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-c2.html)
- Muñoz Conde, F. (2004). El nuevo Derecho penal autoritario. En M. Losano y F. Muñoz Conde (Coords.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo «Cedant arma togae»* (pp. 161-183). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2008). *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, Buenos Aires: Hamurabi.
- Muñoz Conde, F. (2008). *De nuevo “Derecho penal del enemigo”* (2ª ed.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- National Geographic. (*Brain Games*). Rescatado de [http://education.nationalgeographic.com/education/media/rabbit-or-duck/?ar\\_a=1](http://education.nationalgeographic.com/education/media/rabbit-or-duck/?ar_a=1) (También en español [https://www.youtube.com/watch?v=ej\\_EOnI4vFA](https://www.youtube.com/watch?v=ej_EOnI4vFA))
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC). (2009). *Political Declaration and Plan of Action on International Cooperation towards an Integrated and Balanced Strategy to Counter the World Drug Problem*, New York.
- Ortiz Lluca, E. (2008). Los límites de la bioética consecuencialista. Un análisis de la propuesta de Peter Singer. *Cuaderno de Bioética*, Septiembre-diciembre, Vol. XIX(67), pp. 449-458. Recuperado de <http://www.aebioetica.org/rtf/04-BIOETICA-67.pdf>
- Nino, S. (1985). *La validez del derecho*. (2ª reimpresión 2003). Buenos Aires: Astrea.
- Nino, S. (2005). *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Pariona, R. (2006). El Derecho penal «moderno». Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. J. Caro, R. Chocano, P. García y J. Mazuelos (Dirs.). Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley. Perú, 7, pp. 99-121
- Pašukanis, E. (1976). *Teoría general del Derecho y marxismo*. (Trad. V. Zapatero). Barcelona: Editorial Labor.
- Pavarini, M. (2008). *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (9ª ed.). (Trad. I. Muñagorri). México D.F.: Siglo xxi editores.
- Pedraza Sierra, W. (1987). La persecución penal del terrorismo en el Perú. En *Revista Debate Penal*, Dir. Peña C. Perú, mayo-agosto, 1(2), pp. 259-268.
- Peña Cabrera, F. A. (2012). *Los procesos penales especiales y el derecho penal frente al terrorismo* (2ª ed.). Lima: Editorial IDEMSA.
- Peña Cabrera, R. (1992). *Delito de terrorismo. Comentarios a la nueva legislación antiterrorista*. (en colaboración de F. Ángeles Gonzales). Lima: Ediciones Jurídicas.

- Peña Cabrera, R. (1994). *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*. (en colaboración de Bojorquez Padilla). U. Lima: Grijley.
- Pérez Del Valle, C. (2008). La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10, pp. 1-14. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf>
- Posner, R. (2005). El análisis económico del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. *Revista de Economía y Derecho*, Sociedad de Economía y Derecho UPC, Perú, Vol. 2(7), pp. 7-16.
- Polaino-Orts, M. (2005). La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos del habla. *Derecho penal y criminología*. Colombia: Universidad Externado de Colombia. Vol. 26(79), pp. 129-150.
- Polaino-Orts, M. (2006). *Derecho Penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Lima: Editorial Grijley.
- Polaino-Orts, M. (2006). Derecho penal del enemigo: ¿qué es? ¿existe? ¿debe existir? ¿por qué existe? *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. J. Caro, R. Chocano, P. García y J. Mazuelos (Dirs.). Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley, Perú, 7, pp. 383-416.
- Polaino-Orts, M. (2006). A vueltas con el Derecho penal del enemigo: *una Relectio*. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. J. Caro, R. Chocano, P. García y J. Mazuelos (Dirs.). Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley, Perú, 7, pp. 681-712.
- Polaino-Orts, M. (2006). ¿Odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda? Sobre los límites de la interpretación de derechos procesales: Acotaciones al art. VII.3 del Código Procesal del Perú. *Anuario de Derecho penal 2005. Interpretación y aplicación de la Ley penal*, Lima-Friburgo: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, pp. 247-268.
- Polaino-Orts, M. (2008). El Derecho penal del enemigo: Posibilidades y límites (Entrevista). *Ius et veritas*, Perú, Vol. 18(36), pp. 468-483.
- Polaino-Orts, M. (2009). *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*. Lima: Editorial Grijley-Univ. de Huánuco.
- Polaino-Orts, M. (2009). Delitos de organización como Derecho penal del enemigo. En *Delitos de organización: un desafío al Estado* (pp. 63-144). Lima: Editorial Grijley-Universidad de Huánuco.
- Polaino-Orts, M. (2011). Criminalidad organizada: el combate penal de las organizaciones y grupos criminales. En Jakobs/Polaino-Orts, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo* (pp. 57-81). Lima: ARA.
- Polaino-Orts, M. (2011). ¿Cómo combate el Estado de Derecho el terrorismo? En Jakobs/Polaino-Orts, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo* (pp. 83-125). Lima: ARA.

- Polaino-Orts, M. (2012). Persona en Derecho y despersonalización. En *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal* (pp. 39-64). Lima: ARA editores.
- Polaino-Orts, M. (2012). Dogmática penal y libertad. En *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal* (pp. 19-37). Lima: ARA editores.
- Polo Santillán, M. (2004). Bioética y persona en Peter Singer. *Escritura y Pensamiento*, Año VII(14), pp. 61-78.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación, (Trad. J. M. Vilajosana). *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Vol. II(21), pp. 339-353. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/>
- Pozzolo, S. (2011). Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo. (Trad. M. Fernández). En S. Pozzolo (Ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos* (pp. 13-87). Lima: Palestra Editores.
- Prado, C. (2004). Dos concepciones del castigo entorno a Marx. En I. Rivera Beiras (Coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios* (pp. 113-130). Barcelona: Anthropos.
- Prado Saldarriaga, V. (2009). *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal*. Lima: Editorial IDEMSA.
- Prado Saldarriaga, V. (2006). *Criminalidad organizada*. Lima: IDEMSA.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2013). *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014: Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*. Nueva York. Recuperado de <http://www.pnud.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2014). *Informe sobre Desarrollo Humano 2014*. Nueva York. Recuperado de <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-Spanish.pdf>
- Putin V. (18 de junio 2013). *President Vladimir Putin's news conference following the G8 Summit*. Reino Unido. Rescatado de <http://en.g8russia.ru/transcript/20130618/983143340.html>
- Putin V. (1 de enero de 2014). *Address by President Vladimir Putin on Russia assuming the G8 Presidency*. Rescatado de <http://en.g8russia.ru/news/20140101/983174589.html>
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En E. Lander (Ed.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 201-246). Buenos Aires: Editorial CLACSO.
- Quinney, R. (1985). *Clases, estado y delincuencia*. (Trad. M. Pizarro). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

- Quinney, R. (2007). Control del crimen en la sociedad capitalista: una filosofía crítica del orden legal. (Trad. N. Grab). En I. Taylor, P. Walton y J. Young (Dirs.), *Criminología crítica* (pp. 229-254). (5ª ed.). México D.F.: Siglo xxi editores.
- Radbruch, G. (1930). *Introducción a la ciencia del Derecho*. (Trad. L. Recasens Siches). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez-Revista de Derecho Privado.
- Radbruch, G. (1962). Arbitrariedad legal y derecho supralegal. (Trad. M. I. Azareto de Vásquez). Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Radbruch, G. (1999). *Filosofía del Derecho* (4ª ed.). Granada: Editorial Comares.
- Reale, M. (1993). *Introducción al Derecho* (10ª ed. corregida y aumentada según la 21ª ed. brasileña). (Trad. J. Brufau). Madrid. Edición Pirámide. S.A.
- Recasens Siches, L. (1991). Persona. En *Enciclopedia jurídica Omeba*, Tomo XXII, Buenos Aires: Editorial DRISKILL S.A.
- Rivera Beiras, I. (2004). Forma-Estado, mercado del trabajo y sistema penal (“Nuevas” racionalidades punitivas y posibles escenarios penales). En I. Rivera Beiras (Coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios* (pp. 287-326). Barcelona: Editorial Anthropos.
- Rivera Beiras, I. (2005). *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Barcelona: Anthopos.
- Rodríguez Hurtado, M. (2004). *Informe acerca de la naturaleza, desarrollo y modificaciones de la legislación contra el terrorismo, sus efectos y las diversas situaciones que se presentan en los procesos penales por este delito*. Caso De La Cruz Flores Vs. Perú. Rescatado de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/delacruz/marioprh.pdf>
- Rojas Vargas, F. (2013). Alcances y limitaciones en la interpretación y decisiones sobre la legislación antiterrorista: Apropósito de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC. En *Derecho Penal. Estudios fundamentales de Parte general y especial* (pp. 521-535). Lima: Gaceta jurídica.
- Roth, K. (2014). Rights Struggles of 2013. Stopping Mass Atrocities, Majority Bullying and Abusive Counterterrorism. En *World Report 2014*, Human Rights Watch.
- Roy Freyre, L. (1981). Los fundamentos de la Ley Antiterrorista. Conferencia sobre el delito de terrorismo, Decreto Legislativo N 46. En *Revista del Foro*, Perú, enero-junio, Año LXVIII(2), pp. 145-156.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. T. I. (Trad. de la 2ª ed. alemana y notas por D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal). (reimpresión 2006). Madrid: Editorial Civitas.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O. (1984). *Pena y estructura social* (Trad. E. García). Bogotá: Temis.



- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, Winter, Vol. 39(1), pp. 1-34.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. En *The American Journal of Comparative Law*, Spring, Vol. 39(2), pp. 343-401.
- Safferling, C. (2011). Los Procesos de Núremberg. (Trad. J. Montiel). En P. Sánchez-Ostiz (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* (pp. 161-175). (2ª ed.). Madrid: Editorial La Ley.
- Said, E. (2008). *Orientalismo*. (Trad. M. Fuentes) (2ª ed.). Barcelona: Debolsillo.
- Salas Calero, L. (2006). La Ley patriótica USA. En J. Gómez Colomer y J. Gonzales Cussac (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Sánchez Velarde, P. (1988). Ley 24953: un arrepentimiento de la legislación antiterrorista. En *Anuario de Derecho penal*. Rescatado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1988\\_06.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1988_06.pdf)
- Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch.
- Silva Sánchez, J. M. (2002). ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la Teoría de las normas. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. J. Caro, R. Chocano, P. García y J. Mazuelos (Dir.). Instituto peruano de Ciencias penales-Grijley, Perú, 3, pp. 391-410.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed.). (reimpresión 2006). Buenos Aires-Montevideo: Editorial BdeF.
- Silva Sánchez, J. M. (2006). Los indeseables como enemigos: la exclusión de seres humanos del STATUS PERSONAE. En M. Cancio Meliá y Gómez Jara (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Buenos Aires: EDISOFER-Euro editores-BdeF, pp. 985-1010.
- Silva Sánchez, J. M. (2008). La ‘intervención a través de organización’. ¿Una forma moderna de participación en el delito? En J. M. Silva Sánchez (Dir.), *Delitos de organización* (pp. 87-118). Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF.
- Singer, P. (1997). *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*. (Trad. Y. Fontal Rueda). Barcelona: Editorial Paidós.
- Singer, P. (1995). *Ética práctica* (2ª ed.). (Trad. R. Herrera Bonet). Cambridge: Cambridge University Press.
- Schünemann, B. (1998). Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal alemana. (Trad. M. Cancio Meliá). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Schünemann, B. (2006). ¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la Administración de justicia penal y

- de su insoportable desatención teórica. En M. Cancio Meliá y Gómez Jara (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El Discurso penal de la exclusión* (pp. 963-984), Vol. 2, Buenos Aires: EDISOFER-Euro editores-BdeF.
- Schünemann, B. (2014). Entrevista por J. Urquizo y D. Rosales, (Trad. M. Sacher). *La Ley*. El ángulo legal de la noticia. Perú. Editorial Gaceta Jurídica, Año I(4), pp. 74-75.
- Spaemann, R. (1989). *Lo natural y lo racional*. (Trad. D. Innerarity y J. Olmo). Madrid: Rialp.
- Spaeman, R. (2010). *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”* (2ª ed.). (Trad. J. L. del Barco). Pamplona: Editorial EUNSA.
- Spamann, H. (2009). Contemporary legal transplants-legal families and the diffusion of (corporate) law. Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Fellows' Discussion Paper Series 4(28), pp. 1-66. Recuperado de [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/fellows\\_papers/pdf/Spamann\\_28.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Spamann_28.pdf)
- Tapia Valdez, J. (1980). *El terrorismo de Estado: la doctrina de la seguridad nacional en el Cono Sur*. México, D.F.: Edit. Nueva Imagen.
- Tarello, G. (2011). El ‘problema’ de la interpretación: una formulación ambigua. (Trad. M. Fernández). En S. Pozzollo y R. Escudero (Eds.), *Disposición vs. Norma* (pp. 111-127). Lima: Palestra editores.
- Tarello, G. (2013). *La interpretación de la Ley*. (Trad. D. Dei Vecchi). Lima: Palestra editores.
- Taylor, I., Walton, P. y Young, J. (1977). *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. (Trad. A. Crosa). (2ª reimpresión 1997). Buenos Aires: Amorrortu editores.
- Taylor, I., Walton, P. y Young, J. (2007). Criminología crítica en Gran Bretaña: Reseña y perspectivas. (Trad. N. Grab). En I. Taylor, P. Walton y J. Young (Dirs.), *Criminología crítica* (pp. 21-89). (5ª ed.). México: siglo xxi editores.
- Taylor, I. y Walton, P. (2007). La teoría radical de la desviación y el marxismo: Replica a ‘Marx y Engels sobre la ley, el delito y la moralidad’, de Paul Q. Hirst. (Trad. Nicolás Grab). En I. Taylor, P. Walton y J. Young (Dirs.), *Criminología crítica* (pp. 288-293). (5ª ed.). México D.F.: Siglo xxi editores.
- Tilly, C. (1990). *Coercion, Capital, and European States, AD 990-1990*, Cambridge-Oxford: Basil Blackwell Publishers.
- Tomás de Aquino. (2001). De la verdad. (Trad. G. Ferrer). En A. Fernández Largo (Coord.), *Opúsculos y cuestiones selectas* (pp. 199-282). Madrid: Biblioteca de autores cristianos.
- Torres, A. (2011). *Introducción al Derecho* (4ª ed.). Lima: Editorial IDEMSA.



- Tonsmann D. (2014, octubre). La dialéctica en la época medieval. Ponencia presentada al II Coloquio de estudios de metafísica: ¿Qué es la dialéctica?, Univ. Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
- Trazegnies G., F. (1980). La transferencia de filosofías jurídicas: la idea de derecho en el Perú republicano del S. XIX. *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho, Perú, 34, pp. 37-66.
- Welzel, H. (1957). *Derecho natural y justicia material. Preliminares para una filosofía del Derecho*. (Trad. F. González Vicén). Madrid: Editorial Aguilar.
- Welzel, H. (1970). *Derecho Penal alemán. Parte General* (11ª ed.). (Trad. J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Welzel, H. (2006). Derecho natural y positivismo jurídico. En *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF.
- Watson, A. (1993). *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*. (2ª ed). Athens: University of Georgia Press.
- Watson, A. (1995). From Legal Transplants to Legal Formants. *The American Journal of Comparative Law*, 43(5), pp. 469-476.
- Wilson, J. Q. y Kelling, G. L. (1982). Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety. *The Atlantic Monthly*. Recuperado de <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>
- Wittgenstein, L. (2009). *Investigaciones filosóficas*, (Trad. A. García Suárez y C. Ulises Moulines). Madrid: Editorial Gredos.
- Vacas Fernández, F. (2011) *El terrorismo como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Vásquez, E. (1968). *Dialéctica y Derecho en Hegel*. Caracas: Monte Ávila editores.
- Velásquez V., F. (1991). ¡Una nueva política de drogas! *Nuevo Foro Penal*, Colombia: Editorial Temis, octubre-noviembre-diciembre, Año X(54), pp. 413-415.
- Velásquez V., F. (2004). Globalización y Derecho penal. En M. Losano y F. Muñoz Conde (Coords), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo «Cedant arma togae»* (pp. 185-208). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Velásquez V., F. (2005) El funcionalismo jakobsiano: Una perspectiva latinoamericana. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, 2ª época(15), pp. 197-220.
- Velásquez V., F. (2014). ¿Principio de legalidad o principio de ilegalidad? En E. Gimbernat, L. Gracia, E. Peñaranda, Mª Rueda, C. Suarez y J. Urquizo (Eds.), *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política*

- criminal contemporánea*. T I. Libro Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario. Lima: Gaceta Jurídica.
- Vergara, A. (2013). *Ciudadanos sin República ¿Cómo sobrevivir en la jungla política peruana?* (1ª reimpresión 2014). Lima: Planeta.
- Villavicencio Terreros, F. (1983). *Delito contra la seguridad pública. Delito de terrorismo* (2ª ed.). Lima: Editorial SESATOR.
- Villegas Díaz, M. (2008). Informe final: Derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas Mapuche. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/07/doctrina29871.pdf>
- Urquiza Olaechea, J. (2000). *El principio de legalidad*. Lima: Editorial Gráfica Horizonte.
- Urquiza Olaechea, J. (2007). Derecho penal del enemigo. *Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Perú, Vol. 64 (1-2), pp. 229-260.
- Urquiza Olaechea, J. (2010). Necesidad de limitar la intervención penal. *Académica de la Magistratura-AMAG. Revista Institucional*, Perú, T. II, 9, pp. 227-236.
- Urquiza Olaechea, J. (2014). Límites al Derecho Penal. En E. Gimbernat, L. Gracia, E. Peñaranda, Mª Rueda, C. Suarez y J. Urquiza (Eds.), *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporánea* (pp. 133-154). T I. Libro Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario. Lima: Gaceta Jurídica.
- Yrigoyen F., R. (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En M. Berraondo (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 537-567). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Zaffaroni, R., Alagia A. y Slokar A. (2002). *Derecho Penal-Parte General* (2ª ed.). Buenos Aires: Editorial EDIAR.
- Zaffaroni, R. (1991). Política Criminal, en materia de drogas en la República Argentina. *Nuevo Foro Penal*, Colombia: Editorial Temis octubre-noviembre-diciembre, Año X(54), pp. 453-466.
- Zaffaroni, R. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal*. (2ª reimpresión). Buenos Aires: Editorial EDIAR.
- Zaffaroni, R. (2005). Política y Dogmática jurídico-penal. En *En torno a la cuestión penal* (pp. 71-96). Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF.
- Zaffaroni, R. (2005). La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. En *En torno a la cuestión penal* (pp. 179-214). Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF.
- Zaffaroni, R. (2005). El marco constitucional iushumanista del saber penal. En *En torno a la cuestión penal* (pp. 121-130). Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF.

- Zaffaroni, R. (2006). *El enemigo en el Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial EDIAR.
- Zaffaroni, R. (2007). Pensamiento y saberes penales. En *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo* (pp. 15-43). Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Zaffaroni, R. (2007). El renacimiento de la persona y las amenazas de la globalización. En *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo* (pp. 167-192). Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Zaffaroni, R. (2011). Prólogo al texto de Dahm Georg y Schaffstein Friedrich, ¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario? Buenos Aires: Editorial EDIAR, pp. 7-54.
- Zaffaroni, R. (2011). La palabra de los muertos. Conferencias sobre criminología cautelar. (1ª reimpresión). Buenos Aires: Editorial EDIAR.
- Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil* (8ª ed.). (Trad. M. Gascón). Madrid: Trotta.
- Zamora Cordero, M. (2006). La doctrina de la seguridad nacional y su actual impacto en el derecho penal latinoamericano. Revista *CENIPEC*, enero-diciembre, Vol. II(25), pp. 123-139 Recuperado de <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/23571/2/articulo3.pdf>
- Žižek, S. (3 de septiembre del 2013). Edward Snowden, Chelsea Manning y Juliane Assange: Our new heroes. *The Guardian*. Rescatado de <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/sep/03/snowden-manning-assange-new-heroes>
- Zysman Quiros, D. (2004). El castigo penal en EEUU. Teorías, discursos y racionalidades punidas del presente. En I. Rivera Beiras (Coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Editorial Anthropos, pp. 251-285.

### **Instrumentos Internacionales**

1. Protocolo de Nueva York de 1953 sobre el opio.
2. Convención Única de 1961 sobre estupefacientes.
3. Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes.
4. Convención de 1971 sobre sustancias sicotrópicas
5. Convención de la Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

### **Jurisprudencia constitucional peruana**

1. Sentencia N° 01417-2005-PA/TC (Sobre la dignidad del ser humano)
2. Sentencia N° 0004-2005-PI/TC (Sobre la dignidad del ser humano)
3. Sentencia N° 0007-2005-PI/TC (Sobre la dignidad del ser humano)
4. Sentencia N° 02273-2005-PCH/TC (Sobre la dignidad del ser humano)
5. Sentencia N° 003-2005-PI-TC (No se reconoce la existencia del Derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico peruano)
6. Sentencia N° 003-2005-PI-TC (Se declara infundada la demanda contra los D. Leg. N° 922 a N° 927)
7. Sentencia N° 0010-2002-PI/TC (Análisis de la legislación antiterrorista)
8. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2758-2004-HC/TC

### **Sentencias Nacionales y Acuerdos plenarios**

1. Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116 (Pleno de las Salas Supremas sobre el delito de Asociación ilícita para delinquir)
2. Consulta N° 126-2004-Lima, 20 de diciembre del 2004.
3. Recurso de Nulidad N° 3048-2004, 21 de diciembre de 2004.
4. Recurso de Nulidad N° 1062-2004, 22 de diciembre del 2004.
5. Recurso de Nulidad N° 1450-2005, 31 de agosto del 2005.
6. Expediente acumulado N° 560-2003, 13 de octubre de 2006, Sala Penal Nacional (caso Abimael Guzmán y otros).
7. Recurso de Nulidad N° 5385-2006, 26 de noviembre de 2007, (caso Abimael Guzmán y otros).
8. Recurso de Nulidad N° 1296-2007, 12 de diciembre del 2007.
9. Sentencia de la Sala Penal Especial Exp. A.V. 19-2001, del 07 de abril del 2009.
10. Dictamen Fiscal N° 023-2009 Segunda Fiscalía Suprema Penal.

### **Sentencias Internacionales**

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs Chile, del 29 de mayo de 2014.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs Perú, del 25 de noviembre de 2005.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG 95, 96), Guardianes del muro. En *La injusticia extrema no es derecho* (De Radbruch a Alexy), R. Vigo (Coord.). (1ª ed. corregida). México: Fontamara, 2008. pp. 131-171.