

LA DELIMITACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN UN ESTADO DE DERECHO.

Eiser Alexander Jiménez Coronel¹

RESUMEN

A través del presente artículo se exploran en un primer momento los conceptos de persona y enemigo, un tema que merece especial atención puesto que es el punto de partida para fundar la teoría del derecho penal del enemigo que fue difundida por el profesor Günther Jakobs. En un segundo momento, se hace un análisis de la legislación penal y procesal penal nacional y actual, con la finalidad de corroborar si algunas normas muestran rasgos pertenecientes al derecho penal del enemigo y así determinar su legalidad en el derecho positivo. Finalmente, se pretende delimitar lo más claro posible la utilización del derecho penal del enemigo en un estado de derecho.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal del enemigo², es una teoría que fue difundida por el profesor Jakobs en un primer momento en 1985³, cuando advirtió en una ponencia realizada en Frankfurt que en el Código Penal Alemán se sancionaban conductas sin que se haya afectado un bien jurídico alguno, por ejemplo la vida, la salud, el patrimonio, entre otros, esto es, habría advertido un adelantamiento a la barrera de la punibilidad⁴.

Posteriormente, con los hechos acaecidos el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica, Jakobs (1999/2003)⁵ se refirió a estos acontecimientos como un ejemplo para fundamentar la legitimidad del derecho penal del enemigo, haciendo una distinción entre persona y enemigo, señalando que los primeros son aquellos que

¹ Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios. Egresado del doctorado en derecho y de la maestría en ciencias penales por la Universidad Particular San Martín de Porres. En la actualidad viene cursando estudios de maestría en derecho con mención en política jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

² También conocido como derecho penal de la seguridad o derecho penal excepcional.

³ Ponencia realizada en el congreso de derecho penal en Frankfurt, 1985.

⁴ lo que comúnmente se conoce como una sanción a los actos preparatorios para la perpetración de algún ilícito penal.

⁵ Jakobs, Günther, "El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en Derecho penal del enemigo, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003, p. 47. Hay segunda edición ampliada y actualizada en 2006. Además, fue publicado en Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2005; y también en Buenos Aires, Hammurabi, 2005. Afirma Jakobs: "quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo 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".

ofrecen una garantía cognitiva suficiente de ser fiel al derecho, mientras que califica al enemigo, como aquel que no despliega una seguridad cognitiva, por lo que el Estado debería apartarlo de la sociedad pues vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.

La teoría del derecho penal del enemigo se ha venido desarrollando desde entonces, bien para cuestionarla y rechazarla por ser según algunos dogmáticos, contraria a un estado democrático y social de derecho, así como por mostrar un rechazo a los derechos humanos y derechos fundamentales. Sin embargo, existe una posición de la doctrina que la considera filosóficamente bien fundamentada, específicamente cuando se trata de analizar la realidad de un determinado espacio geográfico donde las normas ordinarias resultan blandas e ineficaces para combatir a una determinada clase de delincuencia, es por ello que, en países donde existe un alto índice de criminalidad, ejemplo México, Colombia, Brasil, entre otros, no han tenido una mejor opción que promulgar paquetes normativos, ello con la finalidad de combatir a determinado grupo de personas que actúan en contra del derecho, por ende en contra del Estado de Derecho.

El Perú no ha sido ajeno al cambio normativo del sistema penal y procesal penal⁶ que se ha venido dando en distintos países como los antes mencionados, pues en estos últimos dos años, el Estado ha creado y modificado leyes penales con la finalidad de combatir el crimen organizado que viene azotando al colectivo, específicamente en las principales ciudades del país como Lima, Trujillo, Chiclayo, entre otros, se observa a diario el incremento del sicariato, extorsión, secuestro, entre otras conductas delictivas, la mismas que provienen de organizaciones criminales, que cometen a su vez otras conductas delictivas como corrupción, lavado de activos, etc., por la sencilla razón de querer aparentar cierta legalidad dentro de la sociedad.

Entonces, lo que se pretende establecer en un primer momento en este artículo es acreditar científica y constitucionalmente la legitimidad del catálogo normativo del derecho penal del enemigo, como norma de combate frente a la criminalidad organizada, y un segundo momento establecer las delimitaciones de su uso.

La tesis central radica en que 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, por ello en la medida que la delincuencia organizada es un foco de peligro para la propia estructura del Estado de Derecho, el

⁶ Observamos que con las Leyes contra el Crimen Organizado – Ley 30077; Ley 30076 y Reglamentos como el de la Fiscalía de la Nación- Reglamento de las Fiscalías Especializadas en delitos de Corrupción de Funcionarios, Fiscalías Especializadas contra la Criminalidad Organizada y Fiscalías Especializadas en delitos de Lavado de Activos, publicadas entre el 2013- 2015, el estado viene equipándose con un arsenal normativo distintos a las normas comunes.

estado se obliga a reaccionar contra la misma con un arsenal normativo distinto, de corte excepcional⁷.

Ahora bien, puede que esta clase de normas, enclaustran una aspereza poco amigable desde una óptica del viejo y buen derecho penal liberal; sin embargo, en la realidad no estamos ante una situación de defensa idílica del Estado de Derecho, sino ante una defensa real del mismo. En ese sentido, cabe señalar que el derecho penal del enemigo se erige así en la herramienta excepcional de protección y mantenimiento del Estado de Derecho.

Las normas del derecho penal del enemigo gozan de plena legalidad, de lo contrario no se habrían promulgado los tipos penales de asociación ilícita para delinquir, marcaje o reglaje, entre otros, por tanto, la discusión en torno a ella no debe colocarnos en los extremos usuales vistos en la doctrina de pronunciamiento por un lado a favor y por otra en contra del derecho penal del enemigo.

La cuestión radica más bien en tener delimitado lo más claramente posible la extensión del derecho penal del enemigo o cuánto del mismo necesita el Estado de Derecho para la defensa de su estructura. Eso parte de reconocer que el uso del derecho penal del enemigo siempre deben tener un límite, pues debe ser aplicado solo a la defensa frente a peligros que pongan en jaque al Estado de Derecho.

II. SOBRE LA DISTINCIÓN DE PERSONA Y ENEMIGO

Dentro de un Estado de Derecho, el fin último que debe primar sobre los demás es su mantenimiento. De ahí que existan mecanismos o herramientas necesarias para garantizar la perpetuidad de este. Una de esas herramientas es el Derecho, ya que rige la vida en sociedad conforme a los parámetros establecidos y goza de coacción frente a los individuos, en ese sentido *“todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho penal. En consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo.”*⁸ Y es precisamente el Derecho penal el que tiene más marcada esta característica pues debe proteger a la sociedad frente a la vulneración de los bienes jurídicos más importantes.

El Derecho Penal del enemigo se funda en que este derecho, debe utilizar medidas más fuertes frente a individuos que ocasionan daños a la sociedad de forma reiterada manifestándose con esto su no concordancia con las normas de convivencia social, su oposición innegable al Estado de Derecho, recibiendo, así, la denominación de

⁷Jakobs, G. & Polaino, M. *“Persona y Enemigo”*. Lima: Ara editores. 2011, p. 13. En ese sentido, el profesor Caro John parte de la idea que un estado a fin de enfrentar la ola de criminalidad, deberá enfrentarse a una normativa distinta a la convencional.

⁸ Gunter Jackobs, Cancio Meliá Manuel. *“Derecho penal del enemigo”*. Civitas ediciones. Madrid. 2003. p.26

enemigos. *“El Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos”*⁹.

Son dos caras de una misma moneda pues están inmensos dentro de un mismo contexto jurídico, pero con fines distintos *“En ese sentido Jackobs advierte que el derecho penal del enemigo constituye el polo opuesto del ciudadano; se trata de dos polos dentro de un mismo contexto jurídico y rara vez aparecen en estado puro, de manera que en cada uno existe el otro: la distinción radica, en que el derecho penal del ciudadano, está destinado a mantener la vigencia de la norma, a través de la imposición de una pena, frente a hechos delictivos cotidianos cometidos por ciudadanos; en tanto el derecho penal del enemigo está destinando a combatir peligros; cuyo fin principal es la seguridad cognitiva, optimizando bins jurídicos”*¹⁰.

El nacimiento del Estado como un contrato social entre los individuos que otorgan el ejercicio de la fuerza al Estado, nos hace pensar que el enemigo de Jackobs es el sujeto que infringe ese contrato y que corrompe al Estado, utilizando la fuerza que no le corresponde, es el delincuente que al infringir este, se convierte en una no persona, un enemigo *“Son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica.”*¹¹ Y al no tener una relación jurídica de convivencia con los demás, es dable la aplicación sobre ellos del aparato penal orientado a proteger la seguridad de las demás personas que viven en sociedad *“ a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad”*¹²

Tenemos entonces la existencia de dos derechos penales, el del ciudadano y del enemigo *“Por lo tanto, el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad”*¹³. Pero esto no implica la eliminación del enemigo, más bien *“En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el*

⁹ Ibídem p. 32

¹⁰ Aguilar Cabrera Denis. *“Derecho penal en la sociedad del riesgo: sobre la discusión en torno al derecho penal del enemigo y derecho penal funciona”*.l. ECB Ediciones. Lima.2014. pp. 205-206.

¹¹ Gunter Jackobs, Cancio Meliá Manuel. *“Derecho penal del enemigo”*. Ob. Cit. p. 26

¹² Ibídem p.32

¹³ Ibídem p.43

deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho”¹⁴.

Existen diversas formas de comportamiento que contraviene al Derecho y por ende a la sociedad que el “enemigo” puede realizar. En estos últimos años, en nuestro país el aumento masivo de hechos delictivos a gran escala como el sicariato, el lavado de activos o el tráfico ilícito de drogas son claros ejemplos de ello “*mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona*”¹⁵. Por lo que se han incorporado paquetes normativos, no solo en nuestro país, sino en diversos países de Latinoamérica que van directamente al ataque de estas organizaciones criminales, pero siempre es deber del Estado establecer límites a la potestad punitiva que tiene el Derecho Penal “*Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo*”¹⁶.

Lo que pretendemos es justificar porque el Derecho penal del enemigo puede ser aplicado para el trato hacia las organizaciones criminales. Pero guardando siempre el límite y estableciendo que si bien existen diferencias de acción entre la persona y el enemigo de Jackobs, el trato hacia estos debe estar orientado a su resocialización, mediante una pena que lo condene a actuar conforme al orden social. A modo de ejemplo, en la Jurisprudencia el caso Alberto Kouri Bumachar, a quien se le condenó por haber recibido dinero en efectivo de parte de Vladimiro Montesinos. Ante dicha infracción, la pena funcionó restableciendo la norma que fue infringida por el autor. En la actualidad dicha persona se encuentra resocializada como un ciudadano fiel al derecho.

Por tanto la persona es aquel individuo que actúa conforme al orden social y a las leyes establecidas de convivencia dentro del Estado, a diferencia del enemigo, que supone a un sujeto que actúa en forma discordante al Derecho y por ende al Estado, teniendo alta peligrosidad, no brindado seguridad cognitiva necesaria. De ahí que para protegerse el Estado de posibles conductas que podrían atacar contra su propia estructura, sanciona con penas a gran escala, fuertes; orientadas a proteger la seguridad de las demás personas que viven en sociedad.

III. SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

¹⁴ Ibídem p.28

¹⁵ Ibídem p. 40

¹⁶ Ibídem p.56

Luego de establecer las diferencias entre la persona y el enemigo, sintetizaremos la aplicación del Derecho penal a este último. Se parte de la idea de la existencia de dos diferentes derechos, uno ordinario aplicado a la persona, orientado a la consecución de los principios que rigen el Estado de Derecho y el otro, especial de neutralización hacia los enemigos que causan un peligro latente hacia la convivencia social, que no supone el respeto total a los principios que rigen el ordenamiento jurídico y social; en ese sentido “el derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, a diferencia del Derecho penal del ciudadano que optimiza las esferas de libertad”¹⁷. Es por esto que son diferentes los mecanismos que utiliza el Estado para poder asegurar cada bien jurídico.

Es así que el Derecho penal del enemigo constituye una suerte de reacción frente a la posible inestabilidad que pueda causar las acciones de estos sujetos contra el Estado. *“La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental de determinadas tientes de peligro especialmente significativas...con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos”*¹⁸. Es un derecho no de protección, sino de represión contra esas conductas.

Manuel Cancio Meliá, establece ciertos criterios distintivos del Derecho Penal del enemigo de Jackobs:

*“Según JAKOBS, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimida de modo materialmente equivalente”*¹⁹

Podemos sintetizar la aplicación de este derecho en *“tres características centrales del Derecho penal del enemigo: incremento del ingreso del Derecho penal a lo que podría llamarse una fase previa al hecho, incremento del nivel punitivo de las penas y disminución o supresión de las garantías procesales reguladoras de la intervención penal”*²⁰.

¹⁷ Mazuelos Coello Julio F. “El derecho penal del enemigo: un modelo a desarmar”. En Revista Derecho y Sociedad. Año XVII, N°27. Lima 2006. p. 275.

¹⁸ Ibidem p. 86

¹⁹ Gunter Jackobs, Cancio Meliá Manuel. “Derecho penal del enemigo” Ob. Cit. p. 82.

²⁰ Mazuelos Coello Julio F. “El derecho penal del enemigo: un modelo a desarmar”. Ob. Cit. p.275.

Pero la aplicación de este derecho en un Estado, no responde a la arbitrariedad de este para crear normas, obedece a una necesidad político criminal de aplacar fenómenos sociales ocurridos en vulneración al convivencia pacífica *“En los casos de intervención del Derecho penal del enemigo, se demuestra que no opera una actitud contrafáctica de la pena, sino una adecuación del sistema propio del fenómeno social; en efecto, la intervención penal se convierte en una adecuación fenomenológica a lo ocurrido... trata por todos los medios, principalmente a través del ejercicio de poder que ostenta el Estado, de instaurar un modelo de Derecho Penal excluyente y anti garantista”*.²¹

Por tanto, podemos decir que el derecho penal del enemigo constituye una reacción frente a la posible inestabilidad que pueda causar las acciones de los “enemigos” contra el Estado. De ahí que para protegerse el Estado de posibles conductas que podrían atacar contra su propia estructura, sanciona con penas a gran escala, fuertes; orientadas a proteger la seguridad de las demás personas que viven en sociedad.

IV. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL PERÚ

Teniendo en cuenta lo que es y significa el derecho penal del enemigo, se ha podido advertir previo análisis de la legislación penal peruana que en determinados ámbitos de regulación de las conductas punibles, se ha asumido de manera clara las características constitutivas que postula la teoría del derecho penal del enemigo, de ahí que se diga que las normas del derecho penal del enemigo gozan de plena juridicidad. Dentro de este paquete normativo, podemos encontrar normas y tipos penales que muestran rasgos de un derecho penal del enemigo.

Esta vez analizaremos algunos aspectos de los delitos de Terrorismo y la Criminalidad organizada.

a. El terrorismo

Las normas que regulan este delito, con el pasar de los años se fueron derogando por su clara afectación a los derechos fundamentales del individuo. Estas, tuvieron claros rasgos inconstitucionales, fruto del miedo y de la inseguridad que se vivía por ese entonces en nuestro país. A pesar de todo, nada justifica la violencia en el trato, tanto para el grupo subversivo como para la sociedad civil. La aplicación del Derecho penal del enemigo en este contexto se hizo evidente, por estar regulando conductas que iban en oposición al Estado.

²¹ Ibídem pp. 281-282.

En la **Sentencia del EXP. N. ° 010-2002-AI/TC** declara inconstitucionales las normas de apología al terrorismo en su modalidad genérica y la disposición que los procesados estén sujetos al dictamen de los magistrados “sin rostro”. Veamos:

“el artículo 7 del Decreto Ley N°. 25475 y, por extensión, el artículo 1 del Decreto Ley N°. 25880, son inconstitucionales en cuanto tipifican el delito de apología del terrorismo, en su versión genérica y agravada. En efecto, dichos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, en este supuesto, no es preciso delimitar interpretativamente el supuesto prohibido en ambas disposiciones legales, toda vez que ella es expresión de una innecesaria sobrecriminalización, al encontrarse contemplado dicho ilícito en el artículo 316 del Código Penal, que obviamente queda subsistente.

Finalmente, no es ajeno al Tribunal Constitucional que, detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello, el Tribunal considera que, en el resguardo de esta libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.

En consecuencia, la aplicación de este artículo 316 del Código Penal ha de realizarse tomando en consideración los criterios de merecimiento de pena en función de la gravedad del hecho. De ahí que no cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituya delito; sino que deben respetarse ciertos límites. Estos son:

- a) Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;*
- b) Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;*
- c) Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,*
- d) Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso.*

Tribunales “sin rostro”

Los demandantes también solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15° Decreto Ley N.° 25475 que disponía que la identidad de los magistrados y los miembros del Ministerio Público, así como la de los auxiliares de justicia que intervinieran en el juzgamiento de los delitos de terrorismo será secreta. Este artículo, en efecto, fue el que permitió la institucionalización de los denominados jueces “sin rostro”.

Respecto de este punto, la Ley N.° 26671 ha derogado, tácitamente, tanto el artículo 15° como todas aquellas disposiciones que, conexamente, impedían al justiciable la posibilidad de conocer la identidad de aquellos que intervenían en su procesamiento. En efecto, el artículo único de la Ley N.° 26671 previó que, a partir del 15 de octubre de 1997, los magistrados encargados del juzgamiento de los acusados por los delitos de terrorismo serán aquellos que correspondan “conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes”; y, del mismo modo, se indica que “los magistrados serán debidamente designados e identificados”.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que carece de objeto pronunciarse por haberse producido la sustracción de la materia.

Aún existen normas que regulan el Terrorismo y todas sus modalidades con claras convicciones de ataque al “enemigo”. Esto no hace más que avalar la aplicación de esta teoría dentro de las regulaciones normativas de América Latina con el objetivo de defensa a la seguridad de Estado.

b. La criminalidad organizada

Hoy en día, este es uno de los delitos con mayor cabida causante de gran miedo a la población. Tanto que en algunos sectores suena la aplicación de la pena de muerte para estos delitos. Vivimos en Estado caótico, sumido en la desesperación y la inseguridad. Por este motivo es que han incluido dentro de la legislación sobre estos delitos, ciertos tipos penales con el objetivo de neutralizarlos. Veamos algunas normas que rebasen el ámbito de la punibilidad.

LEY N° 30077: LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

Artículo 2. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal

2.- La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1106: DECRETO LEGISLATIVO DE LUCHA EFICAZ CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS

Artículo 3º.- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito

El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; a hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Al primer tipo de criminalidad no solamente se le castiga penalmente por los hechos delictivos que puedan realizar organizadamente, sino que se les castiga, por un lado, al momento de su perpetuación y, por el otro, cuando intentan introducir al mercado sus ganancias como legales en el delito contra el lavado de activos. También, hay que incluir dentro de este grupo al tipo penal de marcaje y reglaje, los cuales no hacen más que demostrar la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo.

V. SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN UN ESTADO DE DERECHO

Este capítulo quizás sea el más importante del artículo, pues una vez demostrado que las normas del derecho penal del enemigo gozan de plena juridicidad y legalidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, corresponde señalar si constitucionalmente gozan o no de legitimidad, y la necesidad de una limitación en su ejercicio.

Tales tipos penales analizados, no hacen más que aseverar la aplicación del Derecho penal del enemigo, dentro de nuestra normativa. En la sentencia STC 0003-2005-PI del Tribunal Constitucional se destaca el carácter inconstitucional de las normas en mención a esta teoría, pero también inciden en los límites que deberán tener las normas penales que se apliquen en razón a la protección de bienes jurídicos constitucionalmente establecidos.

(STC 0003-2005-PI/TC, fundamentos 16-17):

“(...) la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación”.
(...)

“Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco, en modo alguno, que el derecho penal constitucional se convierta en un derecho penal “simbólico”, sino que debe responder severa y eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger, de conformidad con el artículo 44° de la Constitución– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”

A decir verdad existen algunas opiniones que conciben al Derecho penal del enemigo, como un derecho protector de la norma y del ciudadano, una garantía al Estado de Derecho. Pues existen sociedades que requieren un mayor grado de aseguramiento, ya que las expectativas de orden están expuestas a un nivel más elevado de vulnerabilidad por parte de la peligrosidad de ciertos sujetos.²² También inciden en la idea de que todos los países democráticos que quieran tener expectativas de protección requieran de esta teoría en sus tipos penales *“todos los países democráticos, para proteger esa expectativa de protección, requieren una norma de derecho penal del enemigo... para lo cual se tipifica de manera anticipada una conducta, que en otro orden de la vida, sería ejercicio de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado”*²³.

Corresponde ante esto diferenciar cuando se está frente a la aplicación del derecho penal del enemigo o frente al derecho del ciudadano, lo cual se mide en el recorte de los ámbitos de libertad que da el Estado sin que sea legítimo este accionar, en este sentido *“depende de si el Estado recorta los ámbitos de libertad de la persona sin que sea una limitación legítima. Que significa aquí legítimo... hace alusión al respeto de los derechos y garantías de la persona que solo pueden verse limitadas en un Estado que se digne a cumplir con su misión de posibilitar y asegurar la libertad de las personas, cuando se supere el examen de idoneidad, necesidad y razonabilidad”*²⁴. Entendemos la legitimidad como el respeto a los derechos y garantías constitucionales, lo que se diferencia de legalidad. Todas las normas ratificadas por el Ejecutivo, gozan de esta última característica, de ahí que exista una multiplicidad de tipos penales que violentan al ser humano, sin la existencia de mecanismos eficaces para su control. Corresponde a los Magistrados la realización de un correcto test constitucional, e ir más allá, a fin de delimitar lo más claro posible la utilización de las

²² Bellido Clavijo Nicolás. “El derecho penal del enemigo: Posibilidades y límites?”. En Revista Ius et veritas. Lima. Julio del 2008. p. 469.

²³ Ibídem p. 483.

²⁴ Macedo Francisco. “Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos”. Instituto de democracia y derechos humanos PUCP. Perú. 2007. p. 157

normas del derecho penal del enemigo, para que estas gocen de legitimidad, y puedan operar dentro de un debido proceso.

A su vez, la aplicación de esta teoría, necesita que el Estado realice un análisis de cada sujeto, para determinar su peligrosidad y no abocarse solo a los hechos que se le imputa *“articular medidas propias del derecho penal del enemigo implica que el Estado realice un análisis prospectivo del sujeto en orden a su peligrosidad y no tanto un examen retrospectivo de los hechos por él cometidos. Hoy sin embargo se conoce algunos casos en los que el derecho penal interviene a razón de la peligrosidad, como es el caso de la reincidencia, donde se valoran actos que pueda cometer a futuro el delincuente”*²⁵.

También debe existir un límite a la violencia física que se puede ejercer contra los “enemigos” para evitar que el Estado se desvirtué en su fines colectivos de protección así, *“el derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario, y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores”*²⁶

Quien debe limitar al derecho penal del enemigo, no es al Derecho Penal, sino al Derecho Constitucional de cada Estado *“cuando los límites trasgreden los derechos de las personas, estas dejarán de ser tratadas como ciudadanos y serán, ante el Estado, enemigos. Pero, como se puede intuir, la determinación de tal circunstancia no incumbe a la teoría del delito, sino más al Derecho Constitucional y a los principios que dentro de un Estado Democrático y Social de Derecho, limitan al ejercicio del ius puniendi”*²⁷

VI. CONCLUSIONES

- La diferenciación entre persona y enemigo para Jakobs versa en que la primera es aquel individuo que actúa conforme al orden social y a las leyes establecidas de convivencia dentro del Estado, a diferencia del enemigo, que supone a un sujeto que actúa en forma discordante al Derecho y por ende al Estado, teniendo alta peligrosidad, no brindado seguridad cognitiva necesaria.
- Derecho penal del enemigo se constituye como una reacción frente a la posible inestabilidad que pueda causar las acciones de los “enemigos” contra el Estado. De ahí que para protegerse el Estado de posibles conductas que podrían atentar contra

²⁵ Ibídem, p. 158.

²⁶ Gunter Jakobs. Polaino Navarrete Miguel. *“Las condiciones de juridicidad del sistema penal: Derecho penal del enemigo y concepto jurídico-penal de acción en una perspectiva funcionalista”*. Editorial jurídica Grijley. Lima 2007, p. 43.

²⁷ Ibídem, p. 159.

su propia estructura, sanciona con penas a gran escala, fuertes; orientadas a proteger la seguridad de las demás personas que viven en sociedad.

- Al analizar los tipos penales de Terrorismo y criminalidad organizada, si bien presentan muchas normas derogadas por la clara vulneración a principios constitucionales, aún siguen en aplicación otras que rebasan el ámbito de punibilidad que tiene el Estado.
- Ante la aplicación inminente del Derecho penal del enemigo en nuestro país correspondería establecer límites en su ejercicio. Diferenciar cuando se está frente a la aplicación del derecho penal del enemigo o frente al derecho del ciudadano, que se mide con el recorte de los ámbitos de libertad que da el Estado sin respeto a los derechos constitucionales garantizados. También se requiere un análisis de cada sujeto, para determinar su peligrosidad y no abocarse solo a los hechos que se le imputa. Todo esto es cargo de los entes que administran justicia en nuestro país, ya sea creando normas o aplicándolas; debiendo procurar un correcto test constitucional a fin de delimitar lo más claro posible la utilización de las normas del derecho penal del enemigo, a fin de que estas tengan legitimidad, y puedan operar dentro de un debido proceso e ir más allá.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Cabrera Denis. “Derecho penal en la sociedad del riesgo: sobre la discusión en torno al derecho penal del enemigo y derecho penal funcional”. ECB Ediciones. Lima. 2014.
- Bellido Clavijo Nicolás. “El derecho penal del enemigo: Posibilidades y límites”. En Revista Ius et veritas. Lima. 2008.
- Gunter Jackobs, Cancio Meliá Manuel. “Derecho penal del enemigo”. Civitas ediciones. Madrid. 2003.
- Gunter Jakobs, G. & Polaino, M. (2011). “Persona y Enemigo”. Ara editores. Lima. 2011.
- Gunter Jakobs. Polaino Navarrete Miguel.” Las condiciones de juridicidad del sistema penal: Derecho penal del enemigo y concepto jurídico-penal de acción en una perspectiva funcionalista”. Editorial jurídica Grijley. Lima 2007.
- Günther, Jakobs, “El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Derecho penal del enemigo, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003.
- Macedo Francisco. “Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos. Instituto de democracia y derechos humanos”. PUCP. Perú. 2007.
- Mazuelos Coello Julio F. “El derecho penal del enemigo: un modelo a desarmar”. En Revista Derecho y Sociedad. Año XVII, N°27. Lima 2006.



Alerta
Informativa
LOZA AVALOS ABOGADOS