

EL REINCIDENTE COMO “ENEMIGO” APROXIMACIÓN AL TEMA

I. Consideración inicial

Jakobs llama “enemigo”, entre otros, al delincuente habitual, a quien hace del crimen su “modo de vida”¹. Es cierto que la descripción² (para muchos “justificación”) que él hace del concepto “Derecho penal del enemigo” ha sido objeto de crítica por un amplio sector de la doctrina³ y por el propio TC peruano⁴. Lo cierto es que explica una realidad normativa innegable⁵: aquella que se caracteriza por excluir (mediante la imposición de medidas duras de corte penal material, procesal y penitenciario) a quien –entre otros- por su historia criminal se aleja del sistema, convirtiéndolo en “enemigo”, esto es, en una mera fuente de peligro que amenaza la normal convivencia social. Precisamente, el tratamiento legislativo del reincidente [del peligroso] en el Perú (en lo penal, procesal penal y en el campo penitenciario) constituye una expresión de esta forma de derecho penal y será materia de este trabajo de tesis.

¹ JAKOBS, 2004: 59.

² JAKOBS, 2006: 279. Sostiene que “no es mi propósito convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino el de describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quién atribuirá en el futuro ese papel. No se trata de crear normas, mucho menos de postulados políticos, sino de llevar a cabo constataciones, y de sus prolongaciones hacia el futuro”.

³ Al respecto, ver: ALCÓCER POVIS, 2009: 62-69.

⁴ Ver: STC, Exp. N° 0003-2005-PI/TC (de 9 de agosto de 2006) y la STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC (de 19 de enero de 2007).

⁵ Como bien menciona POLAINO-ORTS: “(...) supuestos reales de Derecho penal del enemigo, en el sentido en que Jakobs emplea el término (...) no sólo existen en la actualidad, sino que han existido siempre, aunque no se les llamara de ese modo”. Ver: POLAINO-ORTS, 2006: 188-190.

En esa línea y dejando de lado ciertos prejuicios académicos (que muchas veces llevan a sostener emotivamente que la legislación contra “enemigos” es *per se* ajena a un Estado Social y Democrático de Derecho)⁶, pretendo exponer de modo general el contenido del concepto de enemigo y su repercusión en la doctrina, así como los alcances de la “reincidencia”, su justificación y crítica, teniendo como baremo lo expresado por el TC peruano y el contenido del Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116⁷. Asimismo, se analizará la repercusión legislativa y jurisprudencial del instituto de la “reincidencia” en España.

II. Análisis

I. GÜNTHER JAKOBS Y EL CONCEPTO DE PERSONA COMO ESTRUCTURA SOCIAL

2.1. ANOTACIÓN PREVIA

⁶ Es cierto que el grueso de decisiones legislativas dirigidas a asegurar al “*enemigo*” resultan ajenas al modelo de Estado establecido en la Constitución peruana; sin embargo, y adelantando en parte mi opinión sobre el tema, considero que, en algunas situaciones podría justificarse la adopción de medidas “*duras*” en contra de “*enemigos*” (no en el uso peyorativo, sino descriptivo del término). Por ejemplo, cuando se utiliza correctamente la llamada “*colaboración eficaz*” a fin de desbaratar organizaciones criminales o cuando se penaliza proporcionalmente el acto de pertenecer a una organización criminal (art. 317 del CP).

⁷ El art. 301-A del CdePP establece, entre otras cosas, que las resoluciones judiciales emitidas por la Sala penal de la Corte Suprema y los Acuerdos Plenarios constituyen precedente vinculante cuando así se indique en las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Según dicha disposición procesal, se requiere para su obediencia o efecto vinculante, de su publicación en el Diario Oficial o por Internet en el Portal del Poder Judicial.

11. La introducción al estudio penal del concepto de “*enemigo*” es obra, como detallaré *infra*, del profesor JAKOBS. En esa medida, antes de abordar el contenido que el mencionado jurista alemán le otorga a dicho concepto considero necesario resaltar (en todo caso, resumir) las principales características de su modelo funcional-normativo⁸ de la teoría del delito a fin de un mejor estudio del tema que es objeto de este trabajo.

2.2. BREVE REFERENCIA AL PENSAMIENTO “JAKOBSIANO”

12. En esta parte del trabajo básicamente me centraré en responder una cuestión general: ¿por qué decir que el discurso de JAKOBS es funcionalista? De la respuesta a esta pregunta emergerán los propios contenidos de los (conocidos) conceptos de: “*delito*” y de lo

⁸ La importancia de la obra del profesor Günther JAKOBS es indiscutible. Aunque el impacto de su discurso no ha sido suficiente para catalogarlo de tendencia dominante en Alemania y en otros países. Confróntese: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Estudios de Derecho penal*, p.273. Quien sostiene que “*las tesis normativistas*” no pueden ser catalogadas de dominantes debido al “*eclecticismo imperante*”. Sin embargo, ello no es óbice para descartar de plano su discusión (como de hecho se viene realizando hace más de veinte años). Al respecto, el profesor Claus ROXIN considera la obra de JAKOBS como “*el más audaz y más consecuente esbozo hasta entonces de un sistema puramente teleológico*”: Citado por CARO CORIA, Dino Carlos, Presentación de: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, p.11. nota pie 1. Por otro lado, en el Perú la teoría funcional sistémica de JAKOBS ha tenido importante presencia no sólo a nivel doctrinal, sino también en el marco del desarrollo jurisprudencial. Respecto a lo último, ver: GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia del Perú”. En: Los Desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Jakobs, pp. 294-315.

que afecta: *“la vigencia de la norma”*; así como el de *“pena”* y su finalidad manifiesta: *“prevención general positiva”*. Finalizaré este apartado describiendo brevemente la réplica a las críticas dirigidas a la obra del mencionado jurista alemán (en especial, las respuestas que muestra en su obra: *“Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional”*⁹).

13. El funcionalismo jurídico penal¹⁰ es, a decir de JAKOBS: *“aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad”*¹¹ y la afirmación de que con el derecho se resuelve siempre *“un*

⁹ Esta obra fue expuesta en una conferencia de profesores de Derecho penal, en Rostock, Alemania, el 28 de mayo de 1995 con el título: *Das strafrecht zwischen Funktionalismus und ´alteuroäischem´ Prinzipiendenkn. Order: Verabschiendung des ´alteuroäischem´ strafrechts?* De la traducción al castellano realizada por Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ se tienen varias publicaciones, la de mayor divulgación es aquella editada en Madrid: Civitas, 1996. A propósito de este trabajo, utilizaré en las citas la versión incluida en el libro recopilatorio: *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*. Lima, 2000.

¹⁰ Conforme a la teoría de los sistemas, de honda raíz sociológica, y que fue defendida por Niklas LUHMANN, se entiende por función a toda *“prestación para el mantenimiento de un sistema”* y con ello *“a la solución de problemas sistémicos y al fomento de la integración o adaptación al sistema”*. Así, a diferencia de DURKHEIM, que emparentaba el concepto de función con criterios teleológicos, LUHMANN se decanta por determinar el concepto de función no basándose en los fines, sino en la función de los fines. Ver más en: POLAINO ORTS, Miguel, *“Vigencia de la norma: el potencial sentido de un concepto”*. POLAINO-ORTS, Miguel, *“Vigencia de la norma: el potencial sentido de un concepto”*. En: MONTEALEGRE, Eduardo (Coord.). Libro homenaje al profesor Günther JAKOBS. *El Funcionalismo en Derecho penal*, p.83.

*problema del sistema social*¹². De esta forma se entiende al sistema del Derecho penal como sistema normativo parcial, como subsistema del sistema social; y cuya función se refiere, por tanto, primariamente al mantenimiento de la identidad de la sociedad¹³.

Dentro de la explicación funcional del derecho, se trata de ubicar el cometido preciso del Derecho penal. Para comprenderlo se ha de partir de la idea de que la sociedad se constituye precisamente a través de normas¹⁴ y, en consecuencia, a partir de esas normas alcanzan su identidad también los propios sujetos individuales. Al Derecho penal le correspondería la función de velar por la parte más esencial y básica de tales normas y, por tanto, solventar el problema social básico: la subsistencia de las normas que estructuran la base de lo social¹⁵.

¹¹ JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del Derecho penal". En: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, p.19.

¹² *Íbidem.* p.21

¹³ De acuerdo con la teoría sistémica, que el derecho sea un sistema social impone que se dote de elementos sistemáticos propios capaces por sí mismo de configurar (crear, modificar, reproducir, entre otros) su propia estructura social creando sus propios elementos integrantes y manteniendo sólo aquellos que resulten funcionales para la conformación de la estructura social (carácter autopoietico de la sociedad y sus sub-sistemas).

¹⁴ JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del Derecho penal". En: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, p.24.

¹⁵ Véase: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Dogmática penal sistémica? La influencia de Luhmann en la teoría penal. En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N° 23., 2000, pp. 233 y ss.

14. El conflicto al que la norma penal responde, según la tesis jakobsiana, no es más que un conflicto entre una actitud individual y la sociedad, y con la pena la sociedad defiende su persistencia frente a las consecuencias disolventes que para la misma tienen ciertos modos de proceder de los individuos. La pena, para JAKOBS, cumple una prestación esencial para el sistema: contribuye a su mantenimiento o estabilización reafirmando la vigencia de la norma¹⁶.

Ahondando más en el discurso de JAKOBS, el fin del Derecho penal no puede enunciarse como protección de objetos o estados pertenecientes al entorno del sistema, a la naturaleza: los bienes jurídicos [con contenido material], puesto que dicha teoría sería epistemológicamente incorrecta. El marco de actuación del Derecho se desarrolla, por el contrario, según esta corriente, en el interior del sistema social, protegiendo los procesos de comunicación jurídicamente institucionalizados, es decir las normas que conforman la identidad normativa.

Así, el delito no puede concebirse como la producción causal de un daño material de un bien jurídico¹⁷, sino como acción con sentido,

¹⁶ . JAKOBS, Günther, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”. Traducido por Teresa MANSO PORTO. En: Cuadernos de Conferencias y artículos. N° 24, 2000, pp. 27 y ss.

¹⁷ Tal concepción no es exclusiva de JAKOBS. Así: POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma: el potencial sentido de un concepto”. En: MONTEALEGRE, Eduardo (Coord.). Libro homenaje al profesor Günther JAKOBS. El Funcionalismo en Derecho penal, p.79. Cita a Hans WELZEL quien consideró que “*la tarea*

es decir, como acción interpretable y comprensible socialmente, el injusto penal es esencialmente un elemento de la sociedad como sistema de comunicación¹⁸. Es decir, el delito es quebrantamiento de la vigencia de la norma¹⁹. La pena, como se dijo, reafirma su vigencia. Y es que en la línea funcional *“la misión de la dogmática penal se cifra en desarrollar las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado, con contenido expresivo, mediante otro acto con significado”*²⁰.

El carácter *“preventivo general positivo”* de la pena es tal, nos dice JAKOBS, no porque alcanza sus efectos en gran número de

primaria del Derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos [...] porque para ello llega generalmente demasiado tarde. Más esencial que la protección de los concretos bienes jurídicos individuales es la tarea de mantener segura la vigencia real (cumplimiento) de los valores de acción de la actitud jurídica”

¹⁸ ALCACER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, p. 78

¹⁹ CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo al funcionalismo sistémico de Jakobs”. En: Themis. N° 35, 1997, p.146. Agrega lo siguiente: *“Es común que en la doctrina se afirme que éste autor [Jakobs] renuncia al concepto de bien jurídico, lo cual es parcialmente inexacto si se entiende que no propone erradicar del vocabulario penal la expresión “bien jurídico” y sustituirla por una mera concepción de lesividad social. Jakobs, más bien, manifiesta su desconfianza hacia el bien jurídico, tal y como hasta ahora ha sido entendido, concluyendo que lo protegido por el Derecho penal es la vigencia de la norma jurídica”*.

²⁰ Refiriéndose al prólogo de la primera edición del Tratado sobre la Parte General de JAKOBS: CARO CORIA, Dino Carlos, Presentación de: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, p.12.

cabezas (conforme a la concepción tradicional²¹) sino *“porque garantiza lo general, esto es, la configuración de la comunicación”*²². Por otro lado, que no se trata de prevención porque se quiera alcanzar algo con la pena, sino *“porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma”*²³.

15. Conforme anota el profesor de la Universidad de Bonn, el efecto estabilizador o confirmante que cumple la pena constituye su función manifiesta. Por el contrario, la función latente de la pena se

²¹ El concepto tradicional de lo *“preventivo general positivo”* alude, en mayor o menor medida, a la colectividad, ya sea para fomentar la protección del ético mínimo de la sociedad, tal como sostuvo en su momento Welzel. Véase: GARCÍA CAVERO, Percy, “Sobre la función de la pena”. En: RPDJP (6), 2005, pp. 129.

²² JAKOBS, Günther, “Sobre la teoría de la pena”. En: Bases para una teoría funcional del Derecho penal, p.75.

²³ *Idem*. Por otro lado, Heiko LESCH, discípulo de JAKOBS, asume una postura retributiva-funcional. Así, considera que *“...en efecto, no se trata aquí de fines preventivos, esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento. Se trata por el contrario de una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, que supera la oposición entre la fundamentación absoluta y la relativa, en donde el fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista. Es absoluta, porque se pena quia peccatum est y no ne peccetur. Es relativa, por que esa punición no es absoluta ab effectu, no es fin en sí misma, sino que tiene una función, a saber, el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad. Esto es lo único que respeta el principio de culpabilidad: el autor responde sólo por su culpabilidad. Esta culpabilidad se encuentra en la perturbación del orden...”*. LESCH, Heiko Harmurt, *La función de la pena*, pp.45 y

identifica con ciertos efectos preventivos derivados de la misma y que tiene cariz psicológico individual (por ejemplo, intimidación o resocialización) y social (por ejemplo, reforzamiento de la confianza de los ciudadanos en la norma), cuya presencia es probable (no segura). Las funciones latentes no forman parte del concepto de pena, pues con independencia de que estos efectos se produzcan, la pena ya cumple su función integradora de reafirmación de la vigencia de la norma, que se refiere a la sociedad a su conjunto. Más aún, para JAKOBS *“la pena no es sólo un medio para mantener la identidad de la sociedad, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo”*²⁴.

Como se advierte, esta concepción normativa de la pena, y en general de la propia misión del Derecho penal, repercute directamente en el entendimiento de aspectos tradicionalmente ligados a categorías psicológicas, pre-jurídicas o lógica-objetivas, entre ellos los conceptos de acción y de culpabilidad²⁵, pero

²⁴ JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del Derecho penal”. En: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, p.21.

²⁵ JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”. En: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, p.133. Sostiene que la culpabilidad es un presupuesto necesario para legitimar la pena. A su vez *“la culpabilidad es el resultado de un imputación reprobatoria, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona”*. Asimismo, en: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, p.388. El jurista alemán afirma que *“el fallo de culpabilidad no se refiere a un individuo en su propio ser, sino a una persona social”* (el concepto de persona como límite en la atribución de culpabilidad). Otro más, en: JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”. En: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, p.168., se

también en la delimitación de estructuras que surgieron como correctivos normativos, por ejemplo la imputación objetiva²⁶ o la autoría²⁷.

16. El delito no es, en su explicación última, un enfrentamiento entre individuos o grupos a propósito de sus bienes particulares, del tipo que sean, sino un cuestionamiento del orden social, por lo que su

resalta la idea que la culpabilidad es la falta de fidelidad frente a las normas legítimas: *“Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen individualmente a ellas, sino cuando se atribuye a una persona que pretende cumplir un rol del que forma parte el respeto a la norma”*. Entonces, en términos funcionales, un acto no culpable pierde sentido aún cuando haya realizado formalmente el injusto, equiparándose al acto de la naturaleza: *“el concepto de culpabilidad es el que separa el sentido de la naturaleza” [...] el Derecho penal sólo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (probada en un procedimiento propio de un Estado de Derecho) que manifieste que la norma carece de validez. Como consecuencia de esta afirmación, una expresión de sentido de contenido defectuoso es una expresión que conlleva responsabilidad. Una vez afirmada la existencia del injusto o por falta de capacidad de culpabilidad, por ausencia inevitable de comprensión del injusto o por falta exigibilidad, transforma el sentido comunicativamente relevante en algo sólo individual, casual y, en este sentido, en algo perteneciente al mundo de lo natural (en un mundo exterior a la comunicación”*. JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del Derecho penal”. En: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, pp. 44-45.

²⁶ A decir de JAKOBS, el marco de la teoría de la imputación objetiva, en estricto, es aquella basada en el análisis de la conducta típica (riesgo permitido, principio de confianza, actuación a propio riesgo y la prohibición de regreso). Tal idea se inspira *“en un principio social funcional [...] por ejemplo, los contactos sociales tan fugaces como los que se dan entre los participantes en el tráfico viario sólo se pueden organizar si se*

comprensión requiere trascender de lo intersubjetivo a lo suprasubjetivo y de lo psicológico a lo sociológico: sobre la base de una comprensión comunicativa, el delito es entendido “*como afirmación que contradice la norma*”²⁸ y la pena “*como respuesta que confirma la norma*”²⁹. El derecho se explica, por tanto, por su función social y no como mero correlato necesario de la convivencia entre conciencias individuales libres y plenamente dadas con antelación a esa convivencia organizada.

17. En esa medida puede calificarse el discurso jakobsiano de funcional y normativo. GÓMEZ-JARA conjuga ambos términos señalando que [la teoría difundida por JAKOBS se caracteriza por ser] “*un normativismo basado en la función de estabilización de la*

protege la confianza en que cada uno sólo responde de su conducta defectuosa y no de la posible conducta defectuosa de otro. Y una economía con una intensa división del trabajo presupone que no forme parte del rol de vendedor de un producto estándar el cuidar de que el comprador no lo utilice de forma delictiva o de cualquier otra forma lesiva”. JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del Derecho penal”. En: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, p.40. De esta forma, las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se verán defraudadas “*por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta aspectos individuales*”. *Ibidem*. Y es que las expectativas se dirigen a personas (portadores de un rol), por lo que el requisito mínimo para que ocurra una defraudación es el quebrantamiento de dicho rol.

²⁷ Ver más en:: CARO CORIA, Dino Carlos, Presentación de: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, p.13.

²⁸ JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del Derecho penal”. En: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, p.20.

²⁹ *Ídem*

*norma que le asigna a la pena*³⁰. Ahora, como se sabe y se ha intentado avizorar con las líneas precedentes, el funcionalismo jakobsiano (llamado por un sector de la doctrina como “*radical*”) se distancia de aquel otro funcionalismo (etiquetado como de “*moderado*”) que defiende ROXIN basado principalmente en una concepción teleológica-político criminal³¹.

Entre otras diferencias que lo distancia de la corriente liderada por el profesor de Múnich, el sistema penal de JAKOBS resulta ser un sistema cerrado en cuanto cada sociedad, en un espacio y tiempo histórico determinado, marca la orientación de sus propios límites, de ello que “*...el jurista carezca de límites en la elaboración de las reglas de imputación que determinan la reconstrucción normativista de los conceptos. En todo caso, los límites operan de modo inmanente y se hallan en la constitución o la autocomprensión del respectivo modelo social*”³². El funcionalismo jakobsiano describe un sistema, explica su funcionamiento, no prejuzga el signo del

³⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del Derecho penal”. En: MONTEALEGRE, Eduardo (Coord.). Libro homenaje al profesor Günther JAKOBS. El Funcionalismo en Derecho penal, p.22.

³¹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal – Introducción*, p.498. Sostiene que, a diferencia de la propuesta funcionalista propuesta por ROXIN, la tesis de JAKOBS “*pretende una nueva fundamentación de la dogmática jurídico-penal y del sistema, accediendo a la misión del Derecho Penal (prevención general) desde la perspectiva sociológica-funcionalista. La teoría luhmaniana de los sistemas le permitirá, a su entender, la renormativización de las viejas categorías de la dogmática, inservibles por su vinculación a inexpresivas estructuras lógico-objetivas y conceptos prejurídicos*”.

programa político de una sociedad concreta. Ello es tarea de la política, más no del Derecho penal.

18. A modo de resumen, la postura de JAKOBS merece ser calificada de funcional, pues toma como punto de partida, siguiendo a Niklas LUHMANN (a quién me referiré más adelante), la noción sociológica mayoritaria de función, que designa cualquier prestación para el mantenimiento del sistema, explicando al Derecho penal por su función social. Se puede distinguir una función manifiesta y latente del Derecho penal (a través de la pena). La primera de ellas es la reafirmación de la vigencia de la norma (la pena ya significa en sí misma que la norma sigue vigente) alterada por quien la contradijo (a mi entender, se asume una visión formal de bien jurídico y no material); y la segunda agrupa una lista de consecuencias que afectan la psicología individual o social, y cuya presencia es accesorio. El modelo funcional resulta acrítico, ajeno a cualquier valoración, lo cual no es tarea de la dogmática.

³² Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites" En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.). Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, p. 24

19. Por otro lado, JAKOBS da respuesta a las siguientes objeciones³³:
- a) Se dice que *“el funcionalismo se quita la máscara, mostrando su verdadera faz: se dice que pretende estabilizar la sociedad, sin aludir para nada al sujeto libre”*³⁴; b) además se dice que el funcionalismo *“pretende estabilizar normas, sin determinar si son normas que hacen posible la libertad o son normas que aterrorizan”*³⁵.

Respecto a la primera de las observaciones, JAKOBS la califica de verdad a medias: *“es cierto que desde la perspectiva funcional, de lo que se trata es del mantenimiento de un sistema que ha generado por diferenciación un sistema jurídico. Pero la segunda mitad de la objeción, la afirmación de que de este modo se pasa por alto al sujeto libre, no tiene nada que ver con la cuestión: éste estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio de la comunicación”*³⁶. En otras palabras, el

³³ MIR PUIG, Santiago, “Límites al normativismo en Derecho penal”. En: Libro homenaje al Dr. José Rodríguez Mourullo. pp. 665-690. Quien expone interesantes críticas al pensamiento jakobsiano. Tales críticas, en mi opinión, parten de la siguiente idea -postulada por el propio profesor Mir: *“En la construcción teórica del Derecho penal no importa sólo la norma jurídico-positivo, sino también valoraciones culturales metajurídicas, y no sólo la perspectiva normativa, también la fáctica”*.

³⁴ JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del Derecho penal”. En: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, p.26.

³⁵ *Íbidem.* p.27.

³⁶ *Idem.*

sujeto libre estará presente en cuanto sean personas (realicen actos con significado).

En cuanto a la segunda de las objeciones, se dice que existe la tesis funcionalista puede llevara estabilizar normas que reduzcan la libertad en el marco de un sistema aterrador. JAKOBS, considera ello comprensible pues *“no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico”*³⁷. Resalta el profesor de la Universidad de Bonn que *“si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de la libertad, esta tendencia no se dará en el Derecho penal”*³⁸. Dicha decisión es estrictamente pública, pero no jurídico penal.

20. El contexto normativo propuesto por JAKOBS tiene como principal expresión su noción de *“persona”*. Sobre el mismo –su tratamiento sociológico y penal- me ocuparé a continuación.

2.3. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONA COMO ESTRUCTURA SOCIAL

³⁷ JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del Derecho penal”. En: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, p.33.

³⁸ *Ídem.*

21. La privación y la negación de personas a determinados individuos, a los declarados como enemigos, constituye el paradigma y el centro de gravedad en torno al cual JAKOBS construye la idea de un “*Derecho penal del enemigo*” como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo con respecto al Derecho penal ordinario³⁹.

22. Para estudiar el concepto de persona (también su negación: “*enemigo*”) desde la propuesta de JAKOBS⁴⁰ resulta necesario acudir a la noción de “*estructura*” trabajada, en especial, por los sociólogos Talcott PARSONS y Niklas LUHMANN⁴¹. PARSONS

³⁹ Al respecto, ver más en: GRACIA MARTIN, Luis, *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, pp. 177 y ss. También: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, p.18. Quien sostiene que “*La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona y sólo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del hostis en el derecho con el principio de estado de derecho*”.

⁴⁰ PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “La persona del Derecho penal en la filosofía del Derecho”. En: LÓPEZ BARJA de QUIROGA, Jacobo (Coord.). *Dogmática y Ley penal*. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, p. 626. Opina lo siguiente: “*Cuando JAKOBS desarrolla su concepto de persona en el Derecho, no lo hace de modo independiente del Derecho penal. En otras palabras: el concepto de persona no es un mero concepto básico de la filosofía del Derecho, sino que se trata de un concepto sobre el que desarrolla su propia concepción del Derecho penal*”.

⁴¹ Y es que el punto de partida de todo análisis sistémico-teórico parte de distinguir entre sistema y entorno, entre persona e individuo. Es necesario resaltar que ésta

asignó a la noción de “*estructura*” un papel relevante en el sistema social (eje del sistema)⁴². Para dicho autor estructura es un sistema de relaciones pautadas en base a roles, sistema que permanece en el tiempo de manera estable⁴³.

Los roles constituyen una pauta de relación que orienta a los “*actores*” o “*personas*” en la situación concreta⁴⁴. LUHMANN

es sólo una perspectiva de estudio del concepto “*persona*”: como concepto construido por el sistema comunitario. La otra posición funda el concepto de persona desde la realidad u ontología propia del ser, que es previa –preexistente– a la conformación política. Ver: YACOBUCCI, Guillermo Jorge, “El dilema de la legalidad en el Derecho penal de los Derechos humanos”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, t.II, p. 1085.

⁴² Confróntese: PARSONS, Talcott, *El sistema social*, p.30.

⁴³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “La construcción del ‘enemigo’ y la reconfiguración de la ‘persona’. Aspectos del proceso de formación de una estructura social”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, t.II, p. 573. Sostiene, resumiendo la postura de PARSONS, que: “*históricamente se ha asociado el concepto de estructura con algo permanente e inmutable. En clave de ‘elementos’ y ‘relaciones’, pareciera que las relaciones entre los elementos de una estructura son constantes en el tiempo, y por eso, parecen tener una permanencia que sustrae la fugacidad. Ello indudablemente invita a ver las estructuras como aquello que permanece en el tiempo; como algo con lo que se “puede contar a pesar de los cambios coyunturales”.*

⁴⁴ En estricto, un ser humano puede desempeñar una gran cantidad de roles, tales roles emanan de los sistemas sociales en los que participa. Aún así, existe un rol social que enlaza a todos los demás roles, que les sirve de sustento y que los informa: el rol de persona. Véase: PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una

concibe la idea de “*estructura*” de modo particular (aunque no completamente distinto). Así, para el filósofo alemán “*ninguna definición de estructura que se haga sobre la base de elementos y relaciones puede llegar a buen puerto. Según un entendimiento clásico como ése, las relaciones desaparecerían junto con el cambio o desaparición de elementos interrelacionados dentro de la estructura*”⁴⁵. Agrega, que la estructura “*es la repetición de una selección, y ella ha de entenderse constante cuando es capaz de reproducirse con elementos nuevos e incluso cuando los elementos cambien*”⁴⁶.

Por tanto, existe una “*estructura*” cuando se puede notar que se hace una selección constante a pesar de haber otras posibilidades (por ejemplo, el hacer la fila para comprar es una estructura, en tanto se produce de modo automático, los compradores no se cuestionan si existen otras posibilidades). En otras palabras: una “*estructura social*” existe cuando se “*usa*” (cuando su práctica sea constante). Así, la condición de persona no es dada por la naturaleza, sino es una construcción social.

teoría funcionalista del Derecho penal”. En: MONTEALEGRE, Eduardo (Coord.). Libro homenaje al profesor Günther JAKOBS. El Funcionalismo en Derecho penal, p.51.

⁴⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “La construcción del ‘enemigo’ y la reconfiguración de la ‘persona’. Aspectos del proceso de formación de una estructura social”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, t.II, p. 575.

⁴⁶ *Idem.*

23. Ahora bien, el concepto de “*estructura social*” se encuentra relacionado con la noción de expectativa. Dicha expectativa se produce porque las posibilidades se limitan: al haber una estructura no cualquier cosa puede pasar⁴⁷. Más todavía, el concepto de persona, en tanto realidad social, constituye una “*estructura social*”. Mediante la idea de persona (“*cual máscara*”)⁴⁸ el individuo (realidad psico-física) se recubre para que actuar en sociedad. Sólo frente a la persona existe una expectativa social de comportamiento, limitado al rol que dicha persona cumple en la sociedad. Según LUHMANN: “*El derecho, como sistema de reducción de la complejidad, actúa entonces incluso sobre aquello que es anterior a la conducta exteriorizada: sobre la expectativa. Ésta es la que, en el desarrollo de la historia de la sociedad, impone la necesidad del derecho como un sistema social de reducción de complejidad*”⁴⁹.
24. Según el pensamiento jakobsiano: “*en el acto comunicativo lo relevante es la expresión fenoménica de la subjetividad en la realidad, ya que todo lo interno y lo externo sin sentido sólo es*

⁴⁷ Confróntese: APONTE, Alejandro, “Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano”. En: RPDJP (6), 2005, p. 97.

⁴⁸ Según la etimología tradicional de persona, la palabra viene de “*personare*” (razonar) y alude a la máscara que los actores usaban en el teatro, esta máscara tenía un orificio a la altura de la boca y daba a la voz un sonido penetrante y vibrante: “*personare*” (razonar). Así pues, persona significaría primero ‘máscara’, ‘papel de actor’ y ‘carácter’.

⁴⁹ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, p.20.

*psíquico o naturaleza, de ahí que cuando el agente delinque, la pregunta no es cuál fue la finalidad o intención el agente (ontológico) o cuál es el resultado producido (naturalístico), sino qué roles debió cumplir en el contexto de las circunstancias y más estrictamente, si es competente para cuestionar la vigencia de la norma, porque sólo en esa medida estaremos en presencia de comportamientos relevantes desde el prisma de las expectativas normativas*⁵⁰.

JAKOBS, desde una visión contractualista, concibe a la persona en términos funcionales, como la representación de una competencia socialmente comprensible, no como un ente capaz de ocasionar o impedir un suceso, sino como aquélla que puede ser responsable de éste. A decir del profesor de la Universidad de Bonn: *“ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible*”⁵¹.

⁵⁰.Confróntese: CANCHO ESPINAL, Ciro, “Algunas consideraciones sobre el concepto de persona en del Derecho penal”. En: RPDJP (6), 2005, p. 113.

⁵¹ JAKOBS, Günther, “Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del Derecho penal”.En: Bases para una teoría funcional del Derecho penal, p.38. Otro más: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Dogmática penal sistémica? La influencia de Luhmann en la teoría penal”. En: Doxa (23), 2000, p.234. Quien sostiene que *“Esta visión funcionalista supone un cambio de paradigma en relación al racionalismo individualista, que concebía al individuo de manera constitutivamente anterior a lo social. El funcionalismo considera que es la propia sociedad la que crea la persona, asignándole un rol, el cumplimiento de ciertas expectativas*”. En contra, entre otros, GARCÍA CAVERO, Percy, “Sobre la función
20

Y es que la persona participa en la comunicación social, el individuo no. La persona sólo es capaz de defraudar una expectativa al poner en entredicho la vigencia de la norma, el individuo se mueve en un ámbito extrasocial, siendo sus acciones comunicativamente irrelevantes: no son personas para el Derecho, por lo que no pueden alterar la vigencia de la norma⁵² (sólo a las

de la pena". En: RPDJP (6), 2005, pp. 134-135. *"el sentido comunicativo del delito y la pena no pueden determinarse sólo desde la normatividad convencional de las eventuales estructuras sociales, sino que existen ciertos datos socialmente indisponibles que necesariamente deben ser contemplados en el proceso de normativización del delito y que tienen su base en un concepto realista de persona. La función de reestabilización de la pena requiere estar informada de un concepto de persona que no se mueve en el plano sólo sociológico, sino que hunde sus raíces en una base ontológica. En consecuencia, pienso que la legitimidad externa de las normas sociales no puede tenerse como una tarea ajena al dogmático, pues de lo que se trata no es de precisar los rasgos característicos de un Derecho penal de cualquier Estado o sociedad, sino de un Derecho penal de personas, es decir, de seres humanos"*.

⁵² CARO JOHN, José Antonio, Recensión al libro Derecho penal económico, Parte general". En: RPDJP (5), 2004, pp. 445 y ss. Sostiene que *"el Derecho penal funcional jakobsiano concibe a la persona en lo fundamental a partir del idealismo de la Filosofía del Derecho de Hegel como un concepto eminentemente normativo. Nadie es persona en sí misma, sino se es persona porque el sistema social así lo atribuye. Esto es, la persona es un producto de la socialización. Nadie es persona por el hecho de tener dos ojos, una boca y saber hablar, esos aspectos muestran únicamente una naturaleza psicofísica, a la que Jakobs denomina "individuo", y todo lo relacionado con el individuo es irrelevante para la imputación jurídica. Cuando al individuo se le reconoce el estatus de persona es un indicativo que la individualidad quedó atrás, o que fue superada, por lo que ahora se le reconoce una capacidad de imputación y entonces ya se le puede tomar en cuenta en el mundo normativo. El Derecho penal funcional jakobsiano concibe a la*

21

personas se les puede imputar). Así, según JAKOBS, las expectativas normativas no están dirigidas a individuos, sino a *“destinos contruidos comunicacionalmente que se denominan personas”*⁵³. Con ello, junto al concepto de persona se encuentra la posibilidad de excluir a quienes no son personas.

25. Se puede observar la importancia que tiene el significado de concepto de persona para el concepto del *“Derecho penal del enemigo”* se deriva del establecimiento de los requisitos que deben cumplirse para que se pueda reconocer el estatus de persona a un ser humano. Aquí debe, ante todo, agregarse que las personas, en cuanto asumen un rol al participar en sociedad, no vienen definidas en primer lugar por sus derechos, sino por sus obligaciones: *“En la constitución de la persona, los derechos sólo entran en consideración en un segundo plano; esto es, sólo en la medida en la que la persona los necesita para poder cumplir con sus deberes”*.

persona en lo fundamental a partir del idealismo de la Filosofía del Derecho de Hegel como un concepto eminentemente normativo. Nadie es persona en sí misma, sino se es persona porque el sistema social así lo atribuye. Esto es, la persona es un producto de la socialización. Nadie es persona por el hecho de tener dos ojos, una boca y saber hablar, esos aspectos muestran únicamente una naturaleza psicofísica, a la que Jakobs denomina “individuo”, y todo lo relacionado con el individuo es irrelevante para la imputación jurídica. Cuando al individuo se le reconoce el estatus de persona es un indicativo que la individualidad quedó atrás, o que fue superada, por lo que ahora se le reconoce una capacidad de imputación y entonces ya se le puede tomar en cuenta en el mundo normativo”.

⁵³ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 17.

Sin embargo, lo decisivo es que no erige en presupuesto del estatus de persona la vinculación normativa de la persona por medio de deberes, sino el cumplimiento de estos (determinados) deberes por parte del ciudadano. Es decir, *“la persona no se define por el hecho que se dirijan a ella expectativas normativas, esto es, por el hecho que tenga un rol en este sentido, sino por el hecho que cumpla con este rol (...) el estatus de persona tiene que ganarse mediante el buen comportamiento”*⁵⁴. Sólo así, el término *“persona”* podrá entenderse como *“construcción social”*.

Aún más, hemos observado que –siguiendo a LUHMANN- el concepto de *“estructura social”* sólo existe en cuanto se *“usa”*. (cuando se práctica sea constante). JAKOBS, recogiendo esta idea, afirma que *“sólo si se logra que los coaccionados se acostumbren de tal modo que siguen las reglas sin tener en cuenta las sanciones que amenazan, el orden coactivo cognitivo se ha convertido en un orden de normas”*⁵⁵. Por tanto, la persona conduce su libertad en base a normas y no por las amenazas o reclamos⁵⁶.

⁵⁴ Véase: NEUMANN, Ulfried, “Derecho penal del enemigo”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, t.II, p. 405.

⁵⁵ JAKOBS, Günther, “Sobre la génesis de la obligación jurídica”. En: Conferencias sobre temas penales, Buenos Aires, s/f, p. 44.

⁵⁶ GRACIA MARTIN, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del ‘Derecho penal del enemigo’”. En: En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, t.I, p. 1065. Quien afirma que *“únicamente cabe conceder el*

26. En esa medida, las faltas de garantías suficientes en relación al comportamiento de alguien se traduce en su descalificación como persona. De allí que se “*legítima*” la aplicación frente a él de criterios excepcionales a la legalidad “*normal*”. De esta manera, el profesor JAKOBS sigue en gran medida los postulados de PARSONS y LUHMANN cuyas ideas, como se ha podido observar, se caracterizan por poner como referente central a la sociedad en detrimento del individuo⁵⁷.

Para JAKOBS el Derecho es el vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes⁵⁸. Esta idea tiene una carácter de Derecho a una regulación si ésta parte del reconocimiento del hombre como persona responsable”.

⁵⁷ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho penal: La influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de HABERMAS en la selección de los valores penales”. En: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José CEREZO MIR, p. 135. Considera que las tesis sociológicas (Parsons y Luhmann) se distingue en la subordinación de lo individual a lo social, a contrario de las tesis liberales que se basaban en la subordinación de lo social a lo individual. En esa línea: ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Prevención y Garantías”. En: RPDJP (6), 2005, pp. 58 y ss. En contra: MIR PUIG, Santiago, “Sociedad, norma y persona en Jakobs”. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional (2), 2003, s/p.

⁵⁸ MALLQUI HERRERA, Edwin, “Estabilización de la vigencia de la norma y seguridad cognitiva”. En: RPDJP (6), 2005, pp. 178-179. Afirma que: “*Recuérdese que en una concepción funcional del Derecho penal la orientación con base en expectativas normativas es el presupuesto del concepto de persona. Este concepto es definido desde una perspectiva normativa ideal, en tanto alude no a*

excepción cuando se trata de seres humanos que no admiten ser incorporados a un sistema social a quienes no se les aplican las reglas del Derecho penal ordinario (dirigido a “*personas*”). La relación con el “*enemigo*” o “*no persona*” está determinada por la coacción, pues éste –conforme se vio- se encuentra al margen del Derecho.

27. Dicho esto, y sin perjuicio de las críticas de la que es objeto -que comparto en gran medida⁵⁹-, lo cierto es que la tesis de JAKOBS constituye no sólo un interesante planteamiento jurídico penal de corte normativo, que refleja un cambio de perspectiva explicable en el plano político-económico-social por la mutación sufrida en las últimas décadas del Estado de bienestar hacia un Estado intervencionista (modelo de Estado que, según la postura jakobsiana –conforme se verá en lo inmediato-, permite legitimar medidas propias para “*enemigos*”). De la mano de este cambio, los

un individuo aislado que orienta su comportamiento con base en el código de satisfacción/insatisfacción, cuya socialidad es ininteligible, producto de una casualidad inexplicable, en una tal comprensión, sino un ser vinculado normativamente”.

⁵⁹En lo personal, me atrevo a considerar desacertado su planteamiento metodológico desligado de valoraciones político criminales en su construcción normativa. Precio que una correcta perspectiva de análisis debe de estar orientada a la realidad y a los fines político-criminales, sin prescindir, en ningún momento, del análisis dogmático. Pongo en tela de juicio algunas consideraciones dogmáticas como el concepto de bien jurídico, su concepto de persona o su limitado esfuerzo por establecer un modelo puro normativo, basándose –quiera o no- en presupuestos ontológicos: por ejemplo, la pena privativa de libertad implica necesariamente una aflicción física, entonces se necesita de una realidad fenomenológica para reestablecer el orden normativo, entre otras ideas.

derechos individuales van dejando de constituir una prioridad para el Estado, superados en importancia por la defensa del modelo globalmente considerado⁶⁰.

III. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: LA EXPANSIÓN DE LA VIOLENCIA ESTATAL (POSICIÓN DE GÜNTHER JAKOBS Y CRÍTICA)

III.1. ANOTACIÓN PREVIA

28. Tal como se puede ser observar en el Capítulo I y en lo hasta aquí desarrollado del Capítulo II de este trabajo, en la actualidad somos testigos del efecto expansivo del Derecho penal que se manifiesta en una vorágine de intervencionismo estatal sustentada en una creciente flexibilización de los principios, antes rígidos, del Derecho penal clásico.

Sin embargo, hoy por hoy se pone en duda la legitimidad de una política criminal que introduce “*más Derecho penal*” anulando o suspendiendo la tutela de los principios “*justificándose*” en criterios de utilidad, eficiencia y excepcionalidad. A la aplicación de esta forma de ejercer el poder penal se le ha llamado “*Derecho penal*”

⁶⁰ Desde mi punto de vista, el Derecho penal: su construcción teórica y aplicación, debe de tomar en cuenta los postulados que asume como “*herencia*” adecuándola a la realidad sin que aquellas pierdan su identidad (limitadora del *ius puniendi* estatal). La obra del profesor JAKOBS es polémica precisamente porque construye sus ideas “*al límite de lo permitido*”, aunque en algunos casos “*lo supera*” (por ejemplo, cuando “*construye*” su concepto de persona en términos puramente normativos).

del enemigo". El análisis de este concepto y el cuestionamiento al que ha sido sometido por un grueso sector de la doctrina; constituyen el objeto de esta parte de la monografía

29. Al hablar del "*Derecho penal del enemigo*" se hace referencia a una singular forma de manifestación de poder estatal de reelaboración dogmática reciente⁶¹, así como de conocida raigambre filosófica y política.
30. Ensayando una definición, puedo decir que se trata del soporte teórico que explica la constitución de un orden político criminal caracterizado por una constante restricción o, más bien, anulación de principios, asociado con el establecimiento de fenómenos sociales –digamos, graves- como el terrorismo, la criminalidad organizada, tráfico ilícito de drogas, etc. Ciertamente, las actividades de tales individuos se concretan en la realización de hechos delictivos que ponen en cuestión la existencia misma de la sociedad. Asimismo, se habla de la aparición de un sustento doctrinal que nos muestra la existencia de un Derecho penal de

⁶¹ LASCANO, Carlos, "La cruzada de Ricardo Núñez contra el Derecho penal autoritario". Conferencia pronunciada el día 1 de octubre de 2003 en el acto inaugural del "XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho penal y Criminología", 2003. La expresión "*Derecho Penal del enemigo*", fue también mencionada en 1882, por Von LISZT, en su célebre "*Programa de Marburgo*", empleándola según la concepción belicista propia de la civilización industrial para explicar el ejercicio de la potestad punitiva estatal como una guerra a la criminalidad y a los criminales, que constituían una especie inferior al género humano.

doble dirección: con garantías para las personas y sin garantías para las no-personas⁶².

III.2. ALCANCES DE LA EXPRESIÓN “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” SEGÚN GÜNTHER JAKOBS

31. Para ser más explícito, JAKOBS, principal ponente de esta tendencia, realiza una elaboración que dota de contenido al “*Derecho penal del enemigo*”, distinguiéndolo del Derecho penal del ciudadano⁶³. Para el mencionado jurista alemán, aquel que por

⁶² RIQUERT, Fabián y Leonardo PALACIOS, “El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes”. En: *La Ley, Revista Universitaria* (3), 2003, p.5. Sostiene que bajo este concepto se identifica al “*enemigo*” como “*no persona*”, y de esta forma el Estado con su poder punitivo puede intervenir de la forma más agresiva violando garantías y derechos que ya se encontraban pacíficamente consagrados en las Constituciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos. (Por ejemplo: confesión bajo tortura, incomunicaciones prolongadas, detenciones sin estar expresados los motivos y sin control del imputado ni judicial, etc.).

⁶³ En 1985, en la Revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtsgutwissenschaft*, apareció el trabajo de JAKOBS titulado *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, en el cual formula por vez primera su diagnóstico de “*Derecho penal del enemigo*” para criticar el modo en el cual el poder punitivo trata con reglas impropias del Derecho penal “*normal*” a quienes comprobadamente insisten en su hostilidad contra el orden jurídico por medio de crímenes que no son de bagatela. Con motivo de la Jornada Berlinese de 1999 dedicada a “*la ciencia jurídico penal alemana frente al cambio del milenio*”, su visión del “*Derecho penal del enemigo*” empieza a ser planteada como un fenómeno más generalizado y al que hay que resignarse si es que no se quiere sufrir males mayores. En la publicación de dicha ponencia (el artículo fue titulado como: “La

principio, o de manera permanente o sostenida, se comporta de modo desviado, en contra del ordenamiento jurídico, no ofrece garantía de conducirse como persona. Por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como “*enemigo*”. Con esto se quiere decir que en la sociedad actual el delito no surge como “*el fin o apocalipsis de la comunidad*”, sino tan sólo como alteración de ésta, cuyo orden resulta subsanable.

Por esta razón es que el Estado moderno ve al autor de un delito no como un enemigo a destruir sino como ciudadano que ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico (o dañado la vigencia de la norma en la concepción de JAKOBS)⁶⁴. Hasta aquí todo va bien, siempre y cuando el autor ofrezca, a pesar de su hecho disvalioso, garantías de que se comportará como ciudadano que actúa fielmente en relación con el ordenamiento jurídico. El punto de inflexión radica en aquellos individuos que no ofrecen las garantías mencionadas por su abierto y quizás permanente enfrentamiento contra el orden existente. Así como la vigencia de la norma no puede mantenerse de forma completamente

autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” traducido por Teresa Manso Porto) se incluye siguiente afirmación: “*Esto no significa entonces que esté todo permitido*”. En el año 2003 publica JAKOBS un trabajo específico sobre el tema: “*Derecho penal del enemigo*” en el que refuerza la idea de la exclusión. En la segunda edición de esta obra, publicada en el 2006, JAKOBS plantea como legítima, en el marco de un Estado de Derecho, esta forma de respuesta estatal frente a un determinado tipo de criminalidad y de criminal.

⁶⁴ Citado por MARÍN FRAGA, Facundo, “Derecho penal de enemigo”. En La Ley. Actualidad. En su edición del 15 de febrero de 2005, pp.1 y ss.

contrafáctica, lo mismo ocurre con la condición de persona que se atribuye al individuo en una comunidad. En este sentido, si se pretende que la norma determine la configuración de una sociedad, el comportamiento de acuerdo con ella debe ser realmente esperable. Las personas deben partir de que los demás integrantes de esa comunidad se conducirán de acuerdo con dicha norma, no infringiéndola. Por ello, no alcanza con saber que tengo el derecho de atravesar a pie cierto barrio de la ciudad sin ser atacado. La certeza en este derecho no me hará cruzarlo si no tengo una seria necesidad de hacerlo. Porque además del derecho es necesaria una seguridad cognitiva, esto es, una razonable expectativa de que ese derecho será respetado y no se convertirá en una promesa vacía.

Dicho de otro modo, tomando el ejemplo propuesto por MARÍN⁶⁵ *“cierto es que todos los ciudadanos tienen el derecho a recorrer a pie el denominado barrio de Fuerte Apache, pero aunque este derecho es por todos conocido y a nadie se le ocurriría ponerlo en cuestión, del mismo modo ningún sujeto irá allí de paseo sin una imperiosa necesidad de hacerlo. La expectativa de salir ileso es más bien poco esperable y las garantías de que nuestro paseo no sea alterado se esfuman. Este mismo razonamiento se emplea en la elaboración doctrinal del Derecho penal del enemigo, respecto a la personalidad del autor de un delito, a su condición de persona. Es decir, que su tratamiento como persona no se erige por sí mismo, sino que se trata de una expectativa normativa que debe*

⁶⁵ *Idem.*

ser corroborada de manera cognitiva, en el mundo real. Cuando la expectativa de un comportamiento fiel al Derecho es defraudada de modo permanente, la disposición a tratar al delincuente como persona disminuye sensiblemente. Las medidas de seguridad constituyen un buen ejemplo, aunque en Derecho penal hay más muestras de ello. De esta forma es como el legislador actual tiende a confeccionar cuerpos normativos denominados de lucha; ello ocurre en materia de terrorismo, criminalidad organizada, tráfico ilegal de drogas o delitos sexuales, por ejemplo. Así es como se pretende combatir a ciertos individuos que se han apartado de forma, probablemente duradera, del ordenamiento jurídico. Este grupo de sujetos no prestaría la garantía material mínima necesaria para su tratamiento como persona”.

Por los motivos expuestos, a decir de quienes fundan la aplicación de este “*Derecho de enemigos*”, el tratamiento como persona que se brinda al delincuente tradicional, se torna dificultoso cuando el autor actúa movido por una tendencia o bien es que se encuentra dentro del esqueleto de una organización enfrentada con el Derecho. En estos últimos casos surge la necesidad de reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a Derecho. Todo lo cual conduce a dispensar a dichos sujetos, en estos supuestos, un tratamiento no como persona, sino como individuo peligroso; de lo contrario se impone al Estado una atadura que resulta inadecuada.

Conforme a esta concepción, lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado⁶⁶. En buena cuenta, se trata de un Derecho penal donde los derechos de todo ser humano se ven reducidos y hasta acortados por criterios de intervención estatal de necesidad y eficacia⁶⁷.

32. JAKOBS señala que hay que distinguir: *Derecho penal del ciudadano* (que se aplica a quienes no organizan su vida en torno al delito, respecto de los cuales la pena busca la *contradicción* de un hecho para asegurar la vigencia normativa) del “*Derecho penal del enemigo*” (que se aplica a quienes organizan su vida en torno al delito, respecto de los cuales lo importante es la *eliminación de un peligro*). En efecto, este autor reconoce que para ciertas concepciones, en principio, todo delincuente es un “*enemigo*”; sin embargo, ese no es el concepto de “*enemigo*” que dicho autor defiende puesto que de otra manera no podría hablarse de un

⁶⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La legislación de lucha contra las no personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado del 11 de septiembre del 2001”, 2001 (<http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>).

⁶⁷ VIRGOLINI, Julio, *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, p.276. Según el jurista argentino: “*Los derechos penales de emergencia suelen construirse sobre supuestos de este tipo, en los que la relación existente entre el derecho y el infractor n es la de ciudadanía sino la de hostilidad: se trata, más que nada, de un modelo bélico inspirado en la relación amigo-enemigo*”.

Derecho penal del ciudadano. Así enemigo será quien vive del delito, para el delito y por el delito.

En palabras del profesor de la Universidad de Bonn: *“1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimos. 2. En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (ROSSEAU, FICHTE). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el status de ciudadano para aquellos que no se desvían por principio (HOBBS, KANT). 3. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”⁶⁸.*

⁶⁸ En la Segunda Edición del libro “Derecho penal del Enemigo”, JAKOBS afirma que este tipo de reacción estatal es legítimo dentro de un Estado de Derecho. Dice el jurista alemán lo siguiente: *“¿puede conducirse una guerra contra el terror con los medios de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho? Un Estado de Derecho que todo lo abarque no podría conducir esa guerra, pues habría de tratar a sus enemigos como personas, y, correspondientemente, no podría tratarlos como fuentes de peligro. Las cosas son distintas en el Estado de Derecho óptimo en la práctica, y esto le da la posibilidad de no quebrarse por los*

JAKOBS⁶⁹ sostiene, además, que el “*Derecho penal del enemigo*” se caracteriza, en primer lugar, por un “*amplio adelantamiento de la punibilidad*”, es decir, por la adopción por parte del ordenamiento de una perspectiva fundamentalmente prospectiva (punto de referencia: hecho que va a cometerse) frente a la normal orientación retrospectiva del Derecho penal (punto de referencia: hecho cometido). En segundo lugar, por un incremento comparativo notable de las penas frente al Derecho penal “*normal*”. En tercer lugar, por la supresión de determinadas garantías procesales individuales. Añade el jurista alemán⁷⁰ lo siguiente:

ataques de sus enemigos”. Así, si se “concibe al Estado como administración de felicidad de los ciudadanos individuales, no cuadra que algunos deban sacrificarse; renunciando a todas sus expectativas de felicidad. Un Estado en tal sociedad despersonaliza cuando exige ese sacrificio de sujetos no responsables”. JAKOBS opina que el Derecho penal de enemigos se debe aplicar en casos de extrema necesidad y “contra quienes generan esa necesidad”. JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, pp. 78 y 83. En contra, entre otros, ZAFFARONI quien sostiene que el Derecho penal de enemigos sólo puede entenderse en estados totalitarios: “*no es posible ignorar que los autoritarismos se valen de leyes de lucha, protección y defensa, o sea, de leyes frontalistas que pretender instaurar un derecho penal del enemigo [...] la circunstancia de que cundan leyes autoritarias no obliga a legitimarlas*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “¿Es posible un Derecho penal no autoritario?”. En: Libro homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, p.1089.

⁶⁹ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, p.294.

⁷⁰ JAKOBS, Günther, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. En: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, p.59.

“Con este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más duras, limitando las garantías procesales-, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. El enemigo es un individuo que no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual ‘peligroso’ según el pgfo. 20 a [del] Código alemán) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o principalmente a través de su vinculación a una organización (Terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente tráfico ilícito de drogas o el ya antiguo ‘complot de asesinato’), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y muestra este déficit a través de su comportamiento” .

En consecuencia, el pensamiento jakobsiano⁷¹ demuestra una racionalización extrema de su teoría de la prevención general positiva. En efecto, JAKOBS, siguiendo a Niklas LUHMANN, cree que la pena refuerza la confianza en el sistema penal en particular y en el sistema social en general. En este contexto, y como de alguna manera resumimos antes, las normas son expectativas de comportamientos esperados por la comunidad en virtud de que su cumplimiento estabiliza lo social. El delito desestabiliza el orden de las cosas y por ello surge para contradecirlo la pena. Ahora bien, cuando la contradicción no es suficiente, puesto que el mensaje del

⁷¹ PARMA, Carlos, *El pensamiento de Günther JAKOBS*, pp. 33 y ss.

infractor es de una evidente carga destructiva, y contiene un *plus* de desestabilización, es necesaria, entonces, la eliminación del peligro; lo que da lugar al “*Derecho penal del enemigo*”⁷². Por ello quienes viven del delito, quienes organizan su vida sistemáticamente en torno a él, quienes nada temen de las autoridades estatales (policía, fiscales, jueces, etc.), quienes no valoran los grandes principios de una convivencia pacífica, y quienes, en definitiva, cometen actos atroces, de lesa humanidad, y similares, son enemigos acérrimos de la sociedad. A ellos, por considerarlos *no-personas* se les debe *eliminar y no contradecir*. Esta postura, evidentemente, no se aparta de un Derecho penal de peligrosidad, con todas las consecuencias que ello implica; pues aquí lo que importa es la seguridad “*frente a agresiones futuras*”.

Ahora bien, para JAKOBS la propia idea del “*Derecho penal del enemigo*” no es ilimitada, así “*el Derecho penal del enemigo debe limitarse a lo necesario*”. Sin embargo, conforme advierte el propio autor: “*¿Qué es lo necesario?*”⁷³, ante esto JAKOBS pareciera

⁷² Conforme el profesor JAKOBS anota: “*En el Derecho penal del ciudadano la pena cumple la función simbólica de negación de la desautorización de la vigencia de la norma, se dirige a una persona competente y, por ende, racional; contrario sensu, en el Derecho penal del enemigo la pena ya no puede cumplir dicha función, ya que se agota en la simple necesidad de aseguramiento del individuo*”. JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, p. 23.

⁷³ JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, p. 76. También en: JAKOBS, Günther. “*¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de*

reconocer dos límites al “Derecho penal del enemigo”: “En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos [...] Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta para un posterior acuerdo de paz”⁷⁴.

Las apreciaciones de JAKOBS tuvieron eco en un sector de la doctrina penal alemana, así LESCH⁷⁵ considera que sólo cuando el individuo acepta el orden social constituido adquiere el status de persona; por el contrario, de no aceptarlo, se convierte en una criatura animal (¡!) y, en consecuencia, el Ordenamiento carece de razones para defender sus intereses.

En España, PÉREZ DEL VALLE⁷⁶ participa de la tesis jakobsiana al considerar que “el concepto de enemigo no supone necesariamente una valoración negativa, aunque se admite una actuación excepcional para conjurar peligros. Es simplemente una manifestación de que quienes desarrollan su conducta delictiva contra las bases del Estado no ponen en cuestión la vigencia de las normas [...] sino la seguridad de los ciudadanos”. Agrega que el “enemigo” se autoexcluye del derecho no mediante una simple

la exclusión, t.II, pp. 93-116.

⁷⁴ JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, p. 34.

⁷⁵ Citado por BARONA VILAR, Silvia, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, p.32.

⁷⁶ PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Derecho penal del enemigo ¿escarnio o prevención de peligros”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). *El discurso penal de la exclusión*, t.II, p. 563.

oposición –ética- al orden, sino mediante la utilización de medios que implican la amenaza de grandes grupos de población masiva de la sociedad; es decir “no se manifiesta sólo el desamparo del hombre abandonado a sí mismo [...], sino una actitud agresiva respecto a ella [a la sociedad], la hostilidad frente a la misma. Y la aceptación de medidas excepcionales no implica negación de dignidad”⁷⁷.

En esa línea, POLAINO-ORTS quien considera que “Los ciudadanos, para ser ‘personas en Derecho’, tienen un mínimo deber de civilidad que se concreta en la máxima ‘sé persona y respeta a los demás como personas’. La lesión incidental de la norma constituye un desliz reparable, una irritación del sentido social, en el sentido de que se defraudan las expectativas sociales. Pero la erosión de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma desestabiliza las bases de la convivencia social, de manera que el sujeto se autoexcluye del sistema social, despersonalizándose en la medida de su autoexclusión, de manera que el ordenamiento responde a su comportamiento tratándole no como ‘persona’ sino como ‘enemigo’⁷⁸.”

⁷⁷ PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Derecho penal del enemigo ¿escarnio o prevención de peligros”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, t.II, p. 561.

⁷⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto*, p. 275.

A pesar de este refuerzo (apoyo) doctrinal a la tesis de JAKOBS, lo cierto es que esta postura ha sido continuamente criticada por un sector mayoritario (generalmente desde una perspectiva política), aún por quienes participan y difunden del modelo funcional normativo jakobsiano (por citar algunos ejemplos, los profesores españoles Manuel CANCIO MELIÁ y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ; y en Perú: Percy GARCÍA CAVERO).

III.3. CRÍTICA

33. En el trabajo ya mencionado anteriormente y que fue publicado precisamente junto con el ensayo de JAKOBS, el profesor español CANCIO deslinda las carencias del Derecho penal del enemigo descrito por el profesor de la Universidad de Bönn, sostiene que su definición es incompleta, pues sólo se corresponde de manera parcial con la realidad⁷⁹. Agrega, en primer lugar, que “*aún sin llevar*

⁷⁹ Manuel Cancio Meliá califica al Derecho penal del enemigo como un Derecho penal simbólico. Para él “*el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado ‘hecho’, sino también (o: sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal –dejando de lado Las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos- persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como ‘otros’ no integrados en esa identidad. Parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escalada, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal*”. JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, pp. 109-110. Ver también en: CANCIO MELIÁ, Manuel, “De nuevo:

a cabo un estudio de materiales científicos relativos a la psicología social, parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo ("cárteles de la droga"; "criminalidad de inmigración"; otras formas de "criminalidad organizada" y terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de "enemigos" en este sentido pseudoreligioso que en la acepción tradicional-militar del término". Con ello, según CANCIO, el "Derecho penal del enemigo" no llega a estabilizar normas (prevención general positiva), sino "demoniza determinados grupos de infractores". En segundo lugar, agrega CANCIO, que el "Derecho penal del enemigo" abre la perspectiva para una segunda característica estructural: "no es sólo un determinado 'hecho' lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos", en buena cuenta, nos enfrentamos frente a un Derecho penal de autor y no de hecho⁸⁰. Afirmar CANCIO, que los fenómenos a los cuales responde el "Derecho penal del enemigo" no importa, como se predica, "una especial peligrosidad terminal para la identidad de las sociedades en cuestión", si bien constituyen conductas graves, lo cierto es que no constituyen riesgos

¿Derecho penal del enemigo?". En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, t.I, pp. 341-382.

⁸⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, p.177. Afirmar que "lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino sólo el que el autor sea "tal" se convierte en objeto de la censura legal".

extraordinarios, por lo que la reacción penal altamente represiva es meramente simbólica.

GÓMEZ-JARA, por su parte, comparte la posición de JAKOBS de separar claramente las regulaciones propias de un Derecho penal de ciudadanos y las de un *“Derecho penal del enemigo”*. Adicionalmente, según el jurista español, debe procurarse que los tipos de regulaciones propias a las de un *“Derecho penal del enemigo”* desaparezcan paulatinamente. Y es que *“el Estado se ‘aniquila’ a sí mismo [...] al introducir una legislación que contradice los fundamentos de su propia existencia”*⁸¹. Así, el profesor GÓMEZ-JARA se ubica en una posición intermedia rayana con la crítica.

⁸¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, t.I, p. 1002.

34. Para SILVA SÁNCHEZ⁸², las reacciones estatales propias de un “*Derecho penal del enemigo*” se configuran dentro de lo que él denomina “*Derecho penal de tercera velocidad*” y la discusión fundamental versa sobre su legitimidad. Agrega el jurista español que para ello habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia. Menciona a continuación⁸³: “*Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo “Derecho” o es ya, por el contrario, un ‘no Derecho’, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos ‘excluidos’*”. Agrega que la justificación del Derecho Penal de la *tercera velocidad* -ensayada por algunos en el sentido que se trataría de un “*mal menor*” frente a fenómenos excepcionalmente graves que no ofrezcan peligro de contaminar al Derecho Penal “*de la normalidad*”- obliga a una revisión permanente e intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulación de esa índole. Concluye: “*...en mi opinión eso no está*

⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 163 y ss. El jurista español menciona una primera velocidad del Derecho penal para referirse al núcleo duro del Derecho penal y frente al cual las diversas garantías del derecho penal liberal deben mantenerse indemnes, explica la existencia de una segunda velocidad del Derecho penal cuando, en virtud a la menor intensidad de la reacción penal (pena limitativas de derechos o pecuniarias) cabe admitir cierto nivel de flexibilidad en las garantías del derecho penal. Por último, explica que la tercera velocidad del Derecho penal se caracteriza porque las garantías del ciudadano están sumamente limitadas y, por ende, propensas a vulneraciones.

⁸³ Citado por LASCANO, Carlos Julio, “Principio de culpabilidad y Derecho penal del enemigo”. En: Libro de ponencias del XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, p.244.

sucedido, sino que los Estados, por el contrario, van acogiendo con comodidad la lógica, que Moccia criticara con agudeza, de la “perenne emergencia”. A la vista de dicha tendencia, no creo que sea del todo aventurado pronosticar que el círculo del Derecho penal de los “enemigos” tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer”.

El profesor SILVA SÁNCHEZ critica la ambigüedad de la distinción jakobsiana de personas y no personas⁸⁴. El jurista español define al “enemigo” como *“aquel ser humano al que, en la medida que se le considere fuente de mal-estar para quienes tienen el poder jurídico de definición, se le niega toda protección penal (y aun jurídica)”*⁸⁵.

⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, t.II, p. 985. También en: RECPC, 2006 (<http://criminet.ugr.es/recpc/>). Compartiendo esta idea: AMBOS, Kai, “Derecho penal del enemigo”. En: En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, t.I, pp. 136 y ss. El propio JAKOBS reconoce que la cuestión de la delimitación entre ciudadano y enemigo puede contestarse de diferente manera dependiendo de los presupuestos. Afirma que los conceptos de ciudadano y enemigo no son tipos ideales puros, por lo que *“no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal”*. Ver también: JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, p. 22.

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 988.

35. Las críticas a esta especial forma de reacción estatal siguen, en ellas se ponen en cuestión los elementos que la constituyen, como qué se entiende por “*enemigo*” o si realmente “*ataca*” a criminales que ponen en peligro constante a las bases de la sociedad (a la que ya hiciera alusión CANCIO). De esta forma, tenemos la posición de MUÑOZ CONDE⁸⁶ quien ha dicho que: “*el problema principal que plantea este derecho penal y procesal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del Estado de derecho, porque ¿dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?, ¿quién define al enemigo y cómo se le define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley?*”. Así también, vale resaltar la crítica esbozada por GRACIA MARTÍN⁸⁷, quien sostiene que: “*El derecho penal moderno, dentro del cual se ubica el derecho penal del enemigo, está destinado a las actividades inequívocamente delictivas como terrorismo, narcotráfico, tráfico de personas, etc y en general de una criminalidad organizada... pero las actividades de tales individuos se concentran en la comisión de delitos de asesinatos, lesiones, daño, secuestros, extorsiones, etc., que no constituyen la*

⁸⁶ MUÑOZ CONDE; Francisco, “¿Hacia un derecho penal del enemigo?”. Publicado en el Diario “El País” el 15 de enero de 2003.

⁸⁷ GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, p.120. Ver más en: “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t.I, p. 1051.

base de la regulación del derecho penal del enemigo pues en nada difieren de los delitos realizados por las personas vinculadas al derecho penal del ciudadano”.

Resulta necesario tomar siquiera un extracto de lo dicho por HASSEMER⁸⁸, principal representante de la ya nombrada “Escuela de Frankfurt”, quien critica al “Derecho penal del enemigo” desde lo utópico de sus finalidades: *“En última instancia hay que preguntarse si un Derecho penal políticamente funcionalizado y utilizado de esta manera puede ocupar todavía en el conjunto de todos los sistemas de control social el lugar que le corresponde. Si sus principios son disponibles, perderá – incluso a largo plazo a los ojos de la población – su poder normativo de convicción y su distanciamiento moral de la infracción jurídica. Un Derecho penal así concebido no podrá sobrevivir como un instrumento estatal de solución de problemas más o menos idóneo entre otros más...”*. Agrega el profesor alemán que el “Derecho penal del enemigo” está constituido por normas simbólicas⁸⁹ que ofertan una falsa eficiencia. El excesivo pragmatismo político criminal impregnado en los fundamentos de esta forma de ejercer el poder penal, dice

⁸⁸ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, p.96.

⁸⁹ HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” En: RPE (1), 1991, p. 34. Sostuvo que con esta denominación se atribuye al Derecho penal la función meramente simbólica de tranquilizar a la sociedad moderna ante la imposibilidad de cumplir los fines de prevención general y especial.

HASSEMER, importa el superponer ilegítimo interés del Estado en fortalecer su poder con el sacrificio de la libertad de los individuos.

La sensación de encontrarnos inmersos en un proceso expansivo penal de carácter disfuncional ha sido también advertida por ZAFFARONI⁹⁰ quien, en una entrevista brindada a un medio periodístico argentino, critica la aplicación de un “*Derecho penal de enemigo*” al que considera propio de regímenes autoritarios, en sus palabras: “*de un autoritarismo cool*”, en tanto afirma que éste tipo de política represiva es superficial, que atiende a la moda, que se usa distraídamente sin asumir una convicción profunda⁹¹. El jurista

⁹⁰ ZAFFARONI, Raúl, “No me gusta el autoritarismo cool”. Entrevista publicada el 29 de agosto de 2004 en el diario Página 12 de Argentina. Con mayor rigurosidad, exponiendo el carácter político del término “*enemigo*”: “La legitimación del control penal de los extraños”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, t.II, pp. 9117-9147.

⁹¹ Y es que, para ZAFFARONI: “*La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona y sólo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del hostis en el derecho con el principio de estado de derecho./ En la medida que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso y, por tanto, necesitado de pura contención, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos (por ejemplo, testar, contraer matrimonio, reconocer hijos, etc.). No es la cantidad de derechos de los que se priva a alguien lo que cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privación de derechos, es decir, cuando*

argentino se adscribe a la lucha *“por sostener con firmeza los principios del derecho penal liberal y oponerlos al derecho penal cool”*. Y es que para dicho autor: *“...las emergencias son siempre ilusiones de peligro inminente para la humanidad que legitiman [la instauración de un] poder punitivo ilimitado...”*⁹².

LASCANO⁹³, sostiene que nos encontramos frente al retorno de la solución inocuizadora del que había hablado VON LISZT en su Programa de Marburgo, declarando la guerra no sólo a la criminalidad, sino también a los criminales, en estricto, al delincuente peligroso incorregible, quien resulta ser, como diría JAKOBS: una *“no persona”*, a quien el Estado no puede concederle ni siquiera piedad. Ante esto, agrega el profesor argentino, sería más apropiado hablar de una *“marcha atrás”* del Derecho penal, que de una *“tercera velocidad”*, pues *“no estamos para nada convencidos que dentro del Estado de Derecho sea viable la coexistencia pacífica de dos modelos diferentes de Derecho penal, uno respetuoso de las garantías y los derechos fundamentales, y otro puramente policial, para ‘enemigos’. Que renuncie a la*

se priva a alguien de algún derecho sólo porque se le considera puramente como ente peligroso”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, p.18.

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Globalización y sistema penal en América Latina: De la seguridad nacional a la urbana”. En: Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis, p.416.

⁹³ LASCANO, Carlos Julio, “Principio de culpabilidad y Derecho penal del enemigo”. En: Libro de ponencias del XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, p.245

aplicación de los principios característicos del Estado de Derecho, los cuales son vinculantes por el Estado Constitucional”.

En el Perú, el profesor GARCÍA CAVERO considera que las garantías penales constitucionalmente reconocidas pueden restringirse respetando, al momento de tomar la decisión, la razonabilidad y el contenido esencial de los derechos humanos⁹⁴. Así, el profesor peruano comparte la idea que aquellos delincuentes que se muestran claramente orientados a destruir las bases de la convivencia ciudadana pacífica no pueden luego invocar su ciudadanía para un tratamiento penal más benigno o rodeado de garantías. Sin embargo, añade GARCÍA CAVERO, a pesar de la renuncia a la ciudadanía por parte del delincuente, ello no justificaría *“disponer de lo indisponible: su calidad de persona”*⁹⁵.

En su sentido literal, reincidir significa “recaer” o “repetir”. En su sentido jurídico, el contenido de dicho concepto lo delinea el trabajo legislativo, por lo que debe de acudir al Derecho positivo para entenderlo (aunque, como se verá más adelante, el TC ensaya una definición, no libre de crítica). En el Perú, la Ley 28726 (del 9.5.2006) modificó el CP y el CPP de 1991 de la siguiente forma. Por un lado, se insertaron en el art. 46 del CP dos agravantes genéricas de la pena: la habitualidad (inc. 12) y la

⁹⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 149.

⁹⁵ GARCÍA CAVERO, Percy, “¿Existe o debe existir un Derecho penal del enemigo?”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t.I, p. 948.

reincidencia (inc. 13). Por otro; se incorporaron en sendas disposiciones en las que se definieron esas agravantes. En el art. 46-B, se dispone:

“El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente./ Constituye circunstancia agravante la reincidencia./ El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal./ A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados”.

En el art. 46-C se establece:

“Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”.

En materia procesal, con la Ley 28726, se modificó el art. 135.2 del CPP de 1991, indicándose que para imponer la detención provisional basta que el juez verifique la suficiencia probatoria demostrativa del vínculo del procesado con la comisión del delito y la peligrosidad procesal. No es más necesario que compruebe que la sanción a “imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad”. Así pues, para imponer la prisión provisional como medida cautelar es suficiente que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito.

Además, mediante el D. Leg. 982 (del 22.07.2007), se modificó el art. 57 del CP referente a la determinación de la ejecución de la sanción, En esta disposición se prevé la improcedencia de la suspensión de la ejecución de la pena cuando el agente es reincidente o habitual.

De esta manera, la calificación a un ser humano de reincidente o habitual incide no sólo en el campo de la determinación judicial de la pena, sino también agrava su situación en el proceso y, en algunos casos, provoca un trato más aflictivo cuando se evalúa la posibilidad de que cumpla una pena privativa de libertad efectiva. A continuación, se expondrán algunas ideas haciendo alusión a cada uno de estos tres escenarios, incidiendo en el primero de ellos.

A. La reincidencia como agravante de la pena

La reincidencia como agravante de la pena, en el Perú, constituye una vieja figura incluida ya en los Códigos penales de 1863⁹⁶ y de 1924⁹⁷. Fue proscrita por el Código penal de 1991. Su reingreso comenzó, antes de dictarse Ley 28726, mediante las disposiciones relativas al terrorismo, conforme se estipula en el art. 4 del D. Leg. 921⁹⁸.

⁹⁶ El Código Penal de 1863 lo reguló así: "Art. 10. Son circunstancias agravantes: (...) 14. Ser el culpable reincidente en delito de la misma naturaleza, o consuetudinario, aunque sea en otros de diversa especie".

⁹⁷ Así lo prescribió el Código Penal de 1924: "Es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena de pena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito también con pena privativa de la libertad".

⁹⁸ En este D. Leg., se indica lo siguiente: "la pena máxima para la reincidencia contemplada en el artículo 9 del Decreto Legislativo 25475 será de cadena perpetua".

En cuanto a su definición, en la STC Exp. 0014-2006-PI/TC el Tribunal considera que:

“(…) la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior”⁹⁹.

Discrepo de esta posición. La reincidencia no es una situación fáctica, sino es un supuesto normativo de agravación de la responsabilidad penal. Lo fáctico (el nuevo hecho) es valorado negativamente pues el agente demuestra o comunica un mayor desprecio al ordenamiento jurídico. El nuevo hecho es otro para el derecho: es un hecho más afflictivo. Así, sólo normativamente (existen diversas posiciones que desarrollan sus fundamentos) se puede explicar el contenido de dicha agravante.

El TC, en la misma Sentencia, indica lo siguiente:

“Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el *nomen iuris* que corresponde al delito (primera

⁹⁹ STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico, 17.

calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de la sanciones: una sanción por la comisión *per se* del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona”¹⁰⁰.

El TC se coloca en el lugar del legislador y explica los alcances –no establecidos en la Ley 28726- de la figura de la reincidencia. Señala que una persona es reincidente cuando, luego de realizarse la subsunción típica de la conducta (debería decir: luego de verificarse la responsabilidad penal), se identifica la existencia de antecedentes penales por el “mismo delito”. Es decir, el TC restringe la aplicación de la agravante a los casos en los que haya identidad de delitos cometidos (entendiendo, identidad absoluta de tipo penal: objetiva y subjetiva) y no sólo a los casos en que haya identidad de delitos dolosos como regula expresamente la Ley (identidad relativa de tipo penal).

La reincidencia constituye una agravante presente en las legislaciones de varios países (España, Italia, Argentina, entre otros). En doctrina se han realizado varios ensayos tendientes a justificarla, generalmente basadas en las siguientes consideraciones (a modo de resumen):

¹⁰⁰ STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico 18.

1. Una mayor culpabilidad: se afirma que estos delincuentes demuestran una mayor capacidad para delinquir, caracterizada por la actitud permanente para violar las normas penales¹⁰¹. La mayor culpabilidad que justifica el mayor reproche radica en que el sujeto conoce la amenaza penal mejor que otro que nunca lo ha sufrido¹⁰². Así, la reincidencia sería un síntoma de una “perversa” condición subjetiva de un ser humano hacia el delito¹⁰³.

2. La insuficiencia comunicativa de la pena impuesta por el primer delito: desde el punto de vista político criminal, se asevera que las penas, señaladas por el legislador para cada delito, tienen la presunción de ser adecuadas a la necesidad de represión. Pero cuando el mismo individuo vuelve a delinquir, entonces se tiene el fatal convencimiento de que la primera condena no ha producido el efecto saludable que esperaba el legislador. Ello significa que el sujeto no sólo ha demostrado un desprecio a la Ley, sino también a la pena anteriormente impuesta¹⁰⁴.

¹⁰¹ LATTAGLIATA, 1963: 270-271. Indica que “(...) la reincidencia, al igual que todas las circunstancias de la culpabilidad, no incide sobre el hecho típico, sino que implica un juicio de reprobación distinto por una acción típica cometida en una singular situación concreta. La reincidencia es un diferente grado de desobediencia contra un mismo mandato; desobediencia característica de una cierta personalidad”.

¹⁰² MAURACH, 1962: 546. Quien afirma que mientras para el juicio general de culpabilidad basta con la observación de rebeldía frente a la norma (ley prohibitiva), en el reincidente concurre además en sentido agravatorio la representación de la punibilidad de su hacer.

¹⁰³ GARCÍA, 1992: 107. Al respecto, sostiene que “en este pensamiento subyace la idea de que el reincidente, que ya ha soportado una pena, al cometer un nuevo delito demuestra su insensibilidad a la pena anteriormente cumplida, lo que lo hace más culpable”.

¹⁰⁴ Con mayor detalle: CARRARA, 1957: 204-205.

3. Una mayor alarma social: se afirma que el “mal” del delito no es sólo físico (el que “sufre” la víctima) sino también social y político¹⁰⁵. De esta manera, la agravante de la pena al reincidente está dirigida a causar temor a los potenciales delincuentes y un ejemplo al sujeto obstinado en cometer permanentemente delitos.

4. La doble vulneración de normas jurídicas: se afirma que junto al interés específico que vulnera el reincidente al volver a delinquir se encuentra otro valor de corte general: el mantenimiento del orden jurídico penalmente establecido. De este modo “la agravación de la imputabilidad por efecto de la reincidencia queda así determinada por el deber que el Estado tiene, al ejercitar su función de tutela jurídica, de procurar la reintegración del interés particular lesionado, pero también de proteger el entero orden jurídico, que con especial intensidad queda perturbado por la actividad criminal del reincidente”¹⁰⁶.

A pesar de estas consideraciones, es todavía fuerte, en los últimos años, la corriente doctrinal que muestra un marcado rechazo a esta forma de agravación de la responsabilidad penal¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Conforme lo expone ZANARDELLI, citado por DONNA, 1984: 46-47.

¹⁰⁶ MANZINI, citado por MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971: 52.

¹⁰⁷ Entre otros, MIR PUIG 1974: 546. Afirma que: “Las consideraciones que anteceden hacen deseable la supresión de las circunstancias de agravación de la pena en que la reincidencia se manifiesta en nuestro derecho penal, y muy especialmente de los preceptos que atribuyen eficacia extraordinaria a la multirreincidencia”. Ya advierte GRACIA MARTIN que “pena y medida, culpabilidad y peligrosidad, retribución y prevención son conceptos contrapuestos e incompatibles”. GRACIA MARTÍN, 2003: 568. En el Perú, recientemente: ORÉ SOSA, 2006: 13-21. También, PEÑA-CABRERA FREYRE, 2006: 13-21. En relación a la incorporación de la habitualidad delictiva como circunstancia que permite la aplicación de la prisión preventiva: REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2006: 33-36.

Conviene recordar la última parte de la Exposición de Motivos del Código penal de 1991, en la que se resumen los principales argumentos críticos esgrimidos en doctrina:

“Estas formas aberrantes de castigar [la reincidencia y habitualidad] sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo [...] carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena [...] conlleva una violación del principio *ne bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito) [...] este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social”.

Se afirma, además, que la reincidencia y la habitualidad como agravantes atentan al principio de resocialización de las penas consagrado en el art. 139. 22 de la Constitución pues se trastoca la idea de la resocialización como deber del Estado para convertirse en un deber del condenado¹⁰⁸. Además, según un sector de la doctrina, con las figuras de la reincidencia y la habitualidad se vulnera la presunción de inocencia en tanto la anterior comisión del delito por parte del agente presupone la peligrosidad del mismo. Presunción de peligrosidad que agrava la pena sin que se aporte alguna prueba más que la simple verificación de la antigua condena.

¹⁰⁸ ROXIN, 2001: 225. Quien se muestra en contra de una visión pasiva del comportamiento del condenado frente a la finalidad de resocialización que tiene la pena. Dice el jurista alemán que el condenado “no es ya mero objeto de castigo (...) sino que posee más y más chances de convertirse en sujeto y co-organizador de la realización de la sanción. El fenómeno del castigo ya no es, exclusivamente, una imposición de la autoridad; él contiene muchos llamados a la iniciativa propia del condenado y se convierte así en una ayuda para la auto-ayuda”.

Asimismo, se dice que esta agravante es ilegítima porque la sanción supera el marco que es propio al hecho cometido en función de consideraciones sobre la personalidad del sujeto y no sobre el acto realizado. Y es que, para la mayoría, el derecho penal se estructura “sobre la base de comportamientos previstos como delito por el legislador. Se juzga, pues, conductas humanas, no formas de ser, por más desviadas que éstas sean”¹⁰⁹.

Por lo demás, el TC ha declarado que:

“ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente”¹¹⁰.

A pesar de esta afirmación categórica, el mismo tribunal¹¹¹ sostiene que la figura de la reincidencia no vulnera los principios de *ne bis in idem*, culpabilidad y proporcionalidad.

En cuanto al primero dice:

“El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración- no recibe una pena adicional ni una agravación de esta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto (...)”¹¹².

¹⁰⁹ ORÉ SOSA, 2008: 77-90.

¹¹⁰ STC Exp. N° 0019-2005-AI/TC.

¹¹¹ STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC.

¹¹² STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico 24.

El TC sólo evaluó a la reincidencia como agravante genérica (la incluida en el art. 46 del CP, cuyo límite es aquél que establece el máximo de pena conminada) y no como agravante específica (establecida en el art. 46-B del CP, que supera el máximo de pena conminada)¹¹³.

Para el tribunal el primer delito cometido no es objeto de una nueva sanción, sino sirve para graduar la pena por lo que no se afectaría el principio de *ne bis in ídem*. En esta parte estoy de acuerdo con lo resuelto, pues en relación con la agravante por reincidencia establecida en el art. 46 del CP no se “crea” una nueva sanción. La pena conminada no se altera, las circunstancias agravantes (entre otras, la reincidencia y la habitualidad, aunque esta última no la menciona el TC) tienen como límite el máximo de pena privativa de libertad prevista legislativamente. Por lo tanto, en los casos de las agravantes genéricas (entre ellas, las de ser reincidente o habitual) no existe una vulneración a la prohibición del *bis in ídem*. Desde el principio de legalidad, el mensaje normativo, dirigido al ciudadano, no se cambia puesto que él conoce el comportamiento prohibido y el rango de pena (el mínimo y máximo legalmente establecido) por el que, de ser el caso, será sancionado.

Lo contrario sucede con los alcances de la reincidencia y habitualidad como agravantes específicas, pues en ella sí se establece un nuevo

¹¹³ El TC, en el fundamento jurídico 15 de la Sentencia indica lo siguiente: “El análisis de la Ley N ° 28726, que incorpora la reincidencia y la habitualidad como criterios para la determinación de la pena operando como agravantes genéricos, comportará determinar su correspondencia o contradicción con el principio constitucional del *ne bis in ídem*. Ello en razón de que constituye el cuestionamiento principal enarbolado por el demandante (...)”.

marco punitivo respecto al delito, en base al delito precedente (arts. 46-B y 46-C CP), en una clara vulneración al principio *ne bis in ídem*. Se valora dos veces un mismo hecho para “crear” una nueva pena¹¹⁴. En este sentido, ambas disposiciones resultan inconstitucionales¹¹⁵. Desde el principio de legalidad, el ciudadano sabe que existe –al ser reincidente– una nueva pena que se funda solamente en un hecho suyo anteriormente sancionado.

En resumen, lo opinado en el párrafo anterior desvalora lo regulado en los arts. 46-B y 46-C en la medida en que con estas disposiciones el legislador materialmente “crea” una nueva pena en contra del “peligroso”, al valorar un mismo hecho dos o más veces.

Respecto al **principio de culpabilidad**, el TC señala lo siguiente:

“una interpretación constitucional derivada de los artículos 2°, inciso 24, literal f, 37°, 140° y 173° de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de

¹¹⁴ James Reátegui siguiendo a Zaffaroni indica que la “prohibición de doble valoración de hechos de cuantificación de pena o simplemente prohibición de doble valoración” resulta ser un desprendimiento de una forma de garantía material del *non bis in ídem*. REÁTEGUI SÁNCHEZ 2006: 28. En similar sentido también en comentario a la sentencia se expresa Felipe Villavicencio Terreros. Ver: VILLAVICENCIO TERREROS, 2008: 70 ss.

¹¹⁵ Zaffaroni indica asimismo, que aquel plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que aquello importaría una violación constitucional del *non bis in ídem*. Concluye que, de este modo, la idea tradicional de reincidencia como inevitable causa de habilitación de mayor pena deviene en inconstitucional. ZAFFARONI, 2005: 769.

reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N° 28726 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional¹¹⁶.

Efectivamente, concuerdo con el TC cuando afirma que la determinación (entiendo, cuantitativa¹¹⁷) de la culpabilidad debe de ser una decisión formada a partir de una valoración conjunta de diversos criterios (entre ellos, los antecedentes penales del sujeto) ¹¹⁸. Esto, en alusión a lo regulado en el art. 46 del CP. Sin embargo, cuando se sanciona extramuros de la pena conminada (arts. 46-B y 46-C del CP), la “nueva” pena será producto de la valoración única del pasado criminal, lo cual la deslegitima. Y es que la peligrosidad, en este último caso, deja de ser objetiva (confirmada con otros elementos), para ser puramente subjetiva (por la sola creencia que el sujeto, por haber delinquido, ya es *per se* un foco de peligro para la sociedad). Se pasa de un derecho penal del “acto” y del “autor” (los que considero acorde con un Estado Social y Democrático de Derecho) a un ilegítimo derecho penal del “ánimo”.

Para ser más explícito con mi posición. Es usual leer y escuchar que mediante la figura de la reincidencia se vulnera el principio de la responsabilidad por el hecho en favor de un –“ilegítimo”- derecho penal

¹¹⁶ STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico 24, fundamento jurídico 39)

¹¹⁷ Con detalle: PRADO SALDARRIAGA, 2008: 551.

¹¹⁸ La sola existencia de antecedentes judiciales no debe convertir a una persona en “peligrosa”. Deben concurrir otros elementos objetivos que coadyuven a acreditar dicha situación normativa; por ejemplo, que entre el delito anteriormente sancionado y el nuevo delito cometido medie un periodo de tiempo corto, que haya ente ellos identidad absoluta de tipos (objetiva y subjetiva), que entre ellos exista identidad en los títulos de imputación (que ambos delitos hayan sido cometidos en calidad de autor), entre otros.

del “autor”: “se sanciona por lo que es no por lo que hizo”. No comparto esta posición. En realidad, el derecho penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho es –o deber ser- no sólo de “hecho” sino también del “autor”. La actual regulación y la doctrina así lo sigue (diría de forma tácita), en especial cuando se analiza, por ejemplo, la culpabilidad en sentido estricto (como categoría jurídica) pues en ella se evalúa –entre otros elementos- la capacidad del sujeto individualmente considerado de acceder a la norma y de comportarse conforme a ese conocimiento. Otro elemento que demuestra que el derecho penal que defendemos es también del “autor” es el de los criterios de individualización judicial de la pena (arts. 45 y 46 del CP). Y es que para determinar judicial y cuantitativamente la pena no sólo se evalúa la afección al bien jurídico, sino también se toma en cuenta las características de la persona (por ejemplo, su cultura o costumbres).

En todo caso, lo reprobable es que se sancione a un sujeto en virtud de la llamada culpabilidad por el “ánimo”. Y es que de esta manera se sanciona al sujeto sin necesidad de que haya manifestado su conducta exteriormente, sino por considerarlo peligroso en base a un juicio anticipado de peligrosidad, o por pertenencia a una determinada raza, género o ideología política¹¹⁹. En otras palabras, también por el hecho de haber delinquido anteriormente. Es cierto que en el caso de la reincidencia, el derecho penal del “ánimo” no abandona al “hecho”: se procesa y sanciona a alguien por el hecho que cometió (aunque hay una doble valoración del hecho, como vimos antes). Sin embargo, la cuantificación de la pena supone una presunción de peligrosidad subjetiva

¹¹⁹ POLAINO-ORTS, 2006: 214 ss.

mediante la cual se considera al sujeto, por su mero pasado criminal, como un ser predeterminado a cometer delitos. Lo prescrito en los arts. 46-B y 46-C del CP pone en evidencia, precisamente, el ilegítimo derecho penal del “ánimo”.

Con referencia al **principio de la proporcionalidad**, el TC indica que la intervención del legislador al restringir los derechos fundamentales, en el caso de la reincidencia, resulta idónea (el objetivo es legítimo), necesaria (no se dan otros medios alternativos) y es proporcional en sentido estricto (el grado de realización del fin legítimo es equivalente al grado de afectación a la libertad personal). Por tanto, concluye, no se restringe ilegítimamente el derecho a la libertad.

El TC en la sentencia materia de comentario, hace referencia a tal principio, en su variante de prohibición o interdicción por exceso, con lo que denota que dicho principio se satisface en sus tres presupuestos (subprincipio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad propiamente dicho), por lo que concluye, no infringe el principio de proporcionalidad¹²⁰.

Al respecto, el principio de culpabilidad implica, entre otras cosas, que la gravedad de la pena deberá ser proporcionada a la del hecho cometido¹²¹.

¹²⁰ STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico 24, fundamento jurídico 40-47.

¹²¹ Mir Puig ha previsto que el principio de culpabilidad en razón a su contenido, sólo exige que pueda “*culpase*” al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere ciertas condiciones que permitan *imputarle* la lesión (como suya, como dolosa o imprudente, y como producto de una motivación normal). Nada dice esto de la *gravedad* de la lesión ni, por tanto, de que deba ajustarse a ésta la cuantía de la pena. MIR PUIG, 2004: 100.

De ahí que se hable de dos aspectos o exigencias que habrá que distinguir en el principio de proporcionalidad: a) Que la pena sea proporcionada al delito (en términos de prevención general negativa y positiva); y b) Que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho pues, un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos por la que se impone, según el grado de “nocividad social” del ataque al bien jurídico¹²².

Conviene escindir los alcances de la reincidencia y la habitualidad en tanto agravantes genéricas (art. 46 del CP) del otro contexto impuesto a nivel legislativo, como agravantes específicas (arts. 46-B y 46-C del CP). En las figuras de la reincidencia y de la habitualidad vistas como agravantes genéricas la culpabilidad por el hecho del “autor” individualmente considerado tiene como dato resaltante el considerarlas como una muestra de la peligrosidad objetiva del sujeto (demostrada junto a otros elementos objetivos). Dicha respuesta estatal la considero proporcional al delito cometido. Y es que, en este caso, existe un mayor injusto en quien reincide en el delito, por lo que merece una respuesta

¹²² Ibídem

penal diferente¹²³, pero limitada al máximo de pena privativa de libertad previsto legislativamente.

Sin embargo, cuando las figuras de la reincidencia y la habitualidad constituyen agravantes específicas, no sólo se rebasa el contenido del injusto asignándole un plus de culpabilidad al autor, donde se le reprocha no sólo su “modo de vida”, sino que además se le impone una “nueva” sanción que supera los límites de la pena conminada, lo cual es contrario al principio de proporcionalidad¹²⁴. Y es que “la amenaza penal ha de mantenerse dentro de los límites de la racionalidad, que no suponga un instrumento de manipulación a través del amedrentamiento de la pena”¹²⁵. La reincidencia y la habitualidad, como agravantes específicas, son expresión de un uso irracional de la sanción: pues la misma (“nueva” pena, más grave) no resulta necesaria para alcanzar los fines preventivos, existiendo otros métodos alternativos que reconocen la peligrosidad

¹²³ Existe un mayor injusto en quien reincide por la comisión de un nuevo delito, ya que vulnera dos normas. La primera de ellas emerge directamente del tipo de la parte Especial del CP, la segunda se origina luego de que la persona haya cumplido en todo o en parte la condena por el delito previo (con él se resalta el mensaje comunicativo de la pena). Por ejemplo, para agravar la pena a una persona por el delito de homicidio por el supuesto de reincidencia, es necesario se demuestre en primer lugar que dicha persona vulneró la norma “*no matarás dolosamente a otro injustificadamente*”. En segundo lugar, debe verificarse que el agente vulneró otra norma cual es la de abstenerse a cometer otro delito, en el ejemplo, “*no volver a cometer dolosamente otro delito injustificadamente*”. La vulneración de estas dos normas fundamenta el plus de penalidad, siempre con el límite impuesto por el máximo de pena conminada

¹²⁴ La jurisprudencia peruana, así en la Ejecutoria Suprema Exp. N° 691-2000 del 26 de mayo de 2000, se ha expresado en ese sentido: “Por el principio proporcionalidad, [...] la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho y, por tanto, no es atinado tomar en cuenta los antecedentes penales que registra el encausado, para efectos de determinar el *quantum* de graduación judicial de la pena, en un sistema penal del acto al que pertenece nuestro Código Penal”.

¹²⁵ BUSTOS RAMÍREZ, T. I. 2004: 549.

objetivamente demostrable del sujeto (art. 46 del CP), no de modo subjetivo¹²⁶. Asimismo, por lógica: “si una condena previa denota una mayor culpabilidad para salir de los umbrales de la pena abstracta, entonces la falta de ella bien podría importar una menor culpabilidad y así justificar – con la misma lógica – la imposición de una pena por debajo del mínimo legal; en otras palabras: considerar la no existencia de antecedentes penales como una atenuante”¹²⁷.

En el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 fueron fijadas algunas reglas para la aplicación de las figuras de la reincidencia y la habitualidad¹²⁸, asumiendo la constitucionalidad de dichas circunstancias agravantes, ya declarada en la STC Exp. 0014-2006-PI-TC - analizada y criticada anteriormente.

Entre otros criterios importantes, el Acuerdo establece, en el párrafo 12, la finalidad y el fundamento de la reincidencia. Así, se afirma que “la reincidencia [tiene como] finalidad [de responder] a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto (...)”. Así, se contradice al TC, quien afirma que la finalidad es preventiva general: “proteger a la población de las

¹²⁶ Ver nota pié 31.

¹²⁷ ORÉ SOSA, 2008: 85.

¹²⁸ El Acuerdo, conforme lo anota, tomó como referencia “los Plenos Jurisdiccionales Distritales, Regionales y Nacional de Magistrados de lo Penal realizados en Arequipa, Lima e, Iquitos, que analizaron y decidieron sobre los alcances hermenéuticos de la Leyes N° 28726 y 28730, en lo que atañe: a) a las circunstancias de reincidencia y habitualidad (artículos 46°, incisos 12 y 13, 46° B, 46° C, y 69° del C. P.) y así como al b) concurso real de delitos (Art. 50° y 51° del C. P.). Particularmente en lo referente a sus presupuestos y requisitos legales, así como sobre sus efectos en la determinación de la pena concreta”.

amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general”¹²⁹. En la conjugación de ambas finalidades podemos encontrar el objetivo que se tuvo al regular la reincidencia. En cuanto al fundamento, éste se halla, en ambos documentos, en la agravación de la responsabilidad en virtud de la conducción de la “vida delictiva”¹³⁰. Dicho de otra manera, en el “modo de vida”. Al respecto, conviene señalar que en mi opinión para que la peligrosidad sea objetiva (sólo de ese modo se puede fundamentar la reincidencia), no es suficiente el mero pasado criminal para que el Estado responda de forma más grave. Es necesario se verifique que objetivamente existen otros elementos que manifiesten dicho plus de peligrosidad¹³¹. Caso contrario, la presunción de riesgo social que recae en el reincidente será ilegítima.

Otra información importante incluida en el Acuerdo¹³² es aquella que establece que la reincidencia y la habitualidad

“no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional”.

¹²⁹ STC Exp. N° 0014-2006-AI/TC, fundamento jurídico 43.

¹³⁰ STC Exp. N° 0014-2006-AI/TC, fundamento jurídico 37.

¹³¹ Ver nota pie 31.

¹³² Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, párrafo 13

Con esto, se deja de lado la valoración de la cualidad de reincidente y habitual como agravantes genéricas (art. 46 del CP) para utilizarla sólo como agravantes específicas (art. 46-B y 46-C)¹³³. Por lo que, al reafirmar mi posición descrita líneas arriba y siguiendo lo dicho en el Acuerdo, concluyo que la reincidencia y la habitualidad en el Perú es expresión de una forma de “enemigo” en el sentido jurídico penal del término.

Además, en el Acuerdo se indica que “la condición cualificada de una agravante siempre demanda que el Juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el nuevo máximo de la pena básica será el límite fijado por el art. 46 B para dicho tipo de agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo legal”. En sí, al existir un nuevo marco conminatorio (más grave) cuando el hecho es cometido por un reincidente o habitual, entonces el legislador ha creado una “nueva” pena, lo que –desde mi punto de vista- sustenta la ilegitimidad de esta medida (como dije antes, entre otras cosas, los arts. 46-B y 46-C del CP vulneran la prohibición de *bis in idem*: sanciona dos o más veces a una misma persona valorando de manera sucesiva el mismo hecho).

Por último, en el Acuerdo, al interpretar los arts. 46-B y 69 del CP, se afirma que la reforma de esta última disposición tuvo lugar con la Ley 28730 del 13.05.2006, cuatro días después dictarse la Ley 28676 que

¹³³ Con lo que deja vacío de contenido lo expresado por el TC en la STC Exp. 0014-2006-AI/TC, pues ésta última sólo evaluó la constitucionalidad de la reincidencia y habitualidad como agravantes genéricas.

introdujo en el CP justamente, entre otras categorías, la de la reincidencia. Por lo que la primera de las normas, por ser posterior, modificó implícitamente a la segunda. En esa línea, el texto del art. 69 del CP, al indicar que “la reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena”, derogó lo dispuesto en el párrafo final del art. 46-B del CP que establecía lo siguiente: “A efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados”. Con esto, se concluye que “la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta”. Al respecto, es de destacar dos puntos: primero, la regulación del actual art. 69 CP termina con la frase “*nueva pena*”, lo que reafirma que la consecuencia penal del hecho cometido por el reincidente o por el habitual es una nueva sanción y, segundo; el “*olvido*” estadual de los antecedentes penales, judiciales y policiales de la persona es coherente con la figura de la reincidencia (de otro modo no se podría sustentar la aplicación de una pena distinta), pero que deviene ilegítimo cuando se convierte en un mecanismo que posibilita sancionar a una misma persona con una “*nueva*” pena (más grave) valorando el mismo hecho.

B. La reincidencia como presupuesto para la aplicación de la prisión provisional

En lo procesal, con la Ley 28726, se modificó el art. 135.2 del CPP de 1991 y se estableció que basta que el Juez verifique la suficiencia probatoria, el vínculo del procesado con la comisión del delito y el

requisito de la peligrosidad o habitualidad para imponer la prisión provisional como medida cautelar. Sin que sea así necesario que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad . Así, se etiqueta al sujeto como delincuente durante el proceso, y se le hace pasible de medidas aflictivas por ser una “fuente de peligro” para la sociedad.

Respecto a la naturaleza y finalidad de la coerción personal, hay que recordar lo que, respecto a la prisión provisional, dice Asencio Mellado: “Si los fines que se asignan a una medida cautelar exceden a los que son consustanciales a este tipo de resoluciones, la medida perderá su naturaleza cautelar y pasará a convertirse en otra cosa, en otra figura cuyos contornos serán siempre imprecisos y, en la mayoría de los casos, de difícil encaje en el sistema de valores que inspira el sistema democrático”¹³⁴.

En cuanto a la finalidad de la coerción personal existen dos tendencias: por un lado, están los sustantivistas, que confunden el encarcelamiento durante el proceso con la pena o medida de seguridad del derecho penal, y le atribuye el cumplimiento de funciones propias a esas sanciones. Por otro, los procesalistas, que captan perfectamente la naturaleza y fines del encarcelamiento preventivo y le asignan sólo la misión de custodiar los fines del proceso, para que éste pueda cumplir su función instrumental de “afianzar la justicia”¹³⁵. Definitivamente, la segunda concepción nos parece la más correcta. la detención preventiva no puede tener objetivos

¹³⁴ Asencio Mellado, 2004: 204.

¹³⁵ CAFFERATA NORES, 1988: 11-12

carcelarios propios de la pena criminal, sino debe circunscribirse a objetivos procesales incurso dentro de la teoría cautelar¹³⁶. En el mismo sentido se expresa el TC¹³⁷ al afirmar que:

“La detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva (...) Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional”.

En esa línea merece resaltarse lo sostenido por el TC¹³⁸, en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad en parte de los D. Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880 sobre terrorismo. Los jueces afirman, respecto a la obligación de dictar detención al momento de abrir proceso, que la detención judicial preventiva no constituye una medida cautelar que deba dictarse cuando se ponga en riesgo la actividad probatoria o el resultado mismo del proceso penal, sino, en realidad, una medida de seguridad, susceptible de dictarse teniendo en consideración la gravedad del delito materia de investigación, que, en el caso de la disposición impugnada, es el delito de terrorismo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

¹³⁶ PAVEZ LILLO, 2004: 678. Sostiene el abuso de la prisión provisional propicia las siguientes consecuencias negativas: “1) Impide efectuar sobre el interno preventivo una labor resocializadora, al no ser posible desde el punto de vista jurídico efectuar intervenciones sobre un sujeto aún no condenado; 2) La prisión provisional facilita el aprendizaje delictivo, pues en la práctica no hay separación entre reclusos jóvenes y adultos, entre penados y preventivos; 3) El notable aumento de la población reclusa lleva un mayor costo para la administración penitenciaria y provoca una superpoblación carcelaria; y 4) La detención preventiva ocasiona los mismos efectos nocivos, perniciosos y estigmatizadores, tanto psíquica como socialmente, que produce la pena privativa de libertad”.

¹³⁷ STC Exp. N° 0298-2003-HC/TC, fundamento jurídico 3.

¹³⁸ STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 140.

sostenido a su vez que la prisión preventiva es una medida cautelar y afirma que

“[de] lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”¹³⁹.

En resumen, la naturaleza de la coerción es procesal, de orden cautelar, en tanto sirve para asegurar la presencia del imputado al mismo. No debe ser utilizada como pena, ni tampoco como medida de seguridad o para aplacar sentimientos colectivos de venganza. La peligrosidad subjetiva del imputado o la necesidad de impedir que cometa nuevos delitos son también manifestaciones de esta tendencia a emplear la detención con fines retributivos o preventivos (especiales o generales).

C. La reincidencia como excepción a la ejecución de la pena

Mediante el D. Leg. 982 se modificó el art. 57 CP y se estableció que “la suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual”. Estoy en desacuerdo. La suspensión de la ejecución de la pena no se basa ni debe basarse en el mayor injusto cometido por el agente (como se dijo antes, el reincidente por la comisión del nuevo delito comete un mayor injusto), sino en la necesidad de ejecución de la pena. Dicha

¹³⁹ SCIDH, Asunto Suárez Rosero, párrafo 77.

necesidad se evalúa teniendo en cuenta: i) si el delito es insignificante o no y ii) si el agente es objetivamente peligroso o no (el tener antecedentes penales no necesariamente supone peligrosidad).

El cambio efectuado no se refiere a la determinación judicial de la cantidad de pena privativa de libertad, sino a su cumplimiento efectivo. Es cuestionable que sin más se tome en cuenta tanto un hecho anteriormente cometido como la pena ya cumplida, como justificante de un trato más severo.

Como se ha visto, la calidad de reincidente o habitual agregada al art. 57 del Código penal por el D. Leg. 982, constituye una cualidad personal que justifica una opción más restrictiva de la libertad. Cualidad que se funda en la peligrosidad del delincuente por su carácter desviado, lo cual me parece criticable cuando dicha situación de “riesgo” no se justifica con otros datos objetivos. Y es que el mayor grado de reprochabilidad materializado en la pena privativa de libertad efectiva no debe depender, esencial y exclusivamente, de la culpabilidad del agente “por su modo de vida”.

III. Consideración final

Como colofón, luego de haber analizado los alcances de las figuras de la reincidencia y la habitualidad, creemos conveniente formular las siguientes reflexiones. Es indudable que el Estado no puede dejar de lado, al momento de cuantificar la responsabilidad –no de cualificarla-, el

carácter objetivamente peligroso del sujeto responsable. Sin embargo, tal potestad no es ilimitada (en la pena establecida previamente por el legislador para cada delito).

Por esto, estoy de acuerdo que en el art. 46 (como agravantes genéricas) se evalúen estas circunstancias. Por el contrario, estimo que la reincidencia y habitualidad, como meras presunciones de peligrosidad (no corroborada con otros elementos), son insuficientes para aplicar al sujeto una “nueva” sanción, que supere el marco de la pena establecida previamente a nivel legislativo. Esto importaría tratar al delincuente como “enemigo”. Lo mismo acontece cuando se utilizan estas categorías para aplicar detenciones preventivas y se desnaturaliza su índole cautelar (para el proceso) esta medida de coerción personal. Lo mismo se debe afirmar, cuando el mero hecho de ser reincidente o habitual es prevista como circunstancia que impide suspender la ejecución de la condena. Subyace en esta disposición la idea del delincuente como fuente de peligro, a quien hay que inocular en pos del “bienestar social”.

El TC debe tener como finalidad tutelar la vigencia del ordenamiento jurídico constitucional, su poder no debe estar dirigido a dar respuestas coyunturales sin estar orientadas por el respeto de los derechos fundamentales. Cuando el TC deplora los programas político-criminales para (contra) “enemigos” y toma como referencia el modelo del Estado social y democrático de derecho adoptado en nuestra Constitución, debemos aprobar dicha posición, sobre todo en tanto personas interesadas en el estudio del derecho penal y ciudadanos atentos a que se respete la dignidad de toda persona. Por el contrario, la rechazamos, a

pesar de lo antes anotado, cuando el TC “legitima” la adopción de medidas más restrictivas de lo normal en contra de personas a quienes, por su solo pasado criminal, se les trata como “enemigos”, “indeseados” o “ajenos a la comunidad”. Lamentablemente, en los últimos años, el TC ha tenido respuestas contradictorias en muchos temas, el tratamiento de la reincidencia y la habitualidad no ha sido la excepción.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

ALCÓCER POVIS, Eduardo.

2009 La inclusión del enemigo al Derecho penal. Editorial Reforma, Lima.

ASENCIO MELLADO, José María.

2004 Derecho Procesal Penal. Tirant Lo Blanch, Valencia.

BINDER, Alberto.

1999 Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad Hoc, Buenos Aires.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan.

2004 Obras Completas. T. I., ARA Editores, Lima.

CAFFERATA NORES, José I.

1988 La excarcelación. Editorial De Palma, Buenos Aires.

CARRARA, Francesco.

1957 Programa de Derecho Criminal. Vol.II. Parte General. Editorial Temis, Bogotá.

DONNA, Edgardo Alberto.

1984Reincidencia y habitualidad. Comentario a la ley 23057 de reforma al Código Penal. Astrea, Buenos Aires.

GARCÍA, Luis M.

1992Reincidencia y punibilidad. Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena. Astrea, Buenos Aires, 1992.

JAKOBS, Günther.

2004“La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio (trad., por Manso Porto, Teresa), Tirant lo Blanch, Valencia.

LATTAGLIATA, Ángel.

1963Contribución al estudio de la reincidencia. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

MARTÍNEZ DE ZAMORA, Antonio.

1971La reincidencia. Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia.

MAURACH, Reinhart.

1962Tratado de Derecho penal, tr. de la 2ª edición alemana por Juan Córdoba Roda. Ariel, Barcelona.

MIR PUIG, Santiago.

1974La reincidencia en el Código Penal, Bosch, Barcelona.

POLAINO-ORTS, Miguel.

2006Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto. Editora Jurídica Grijley, Lima.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Pablo.

2008“Reincidencia, Habitualidad y Concurso Real de Delitos: Nuevos Problemas en la Determinación Judicial de la Pena”. Cuestiones Actuales del Sistema Penal. XX Congreso Latinoamericano, XII Iberoamericano y V Nacional de Derecho Penal y Criminología. Lima, ARA Editores, Lima, p. 354 ss.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James.

2006La garantía del “*Ne bis in ídem*” en el Ordenamiento Jurídico-Penal. Jurista Editores, Lima.

ROXIN, Claus,

2001“Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”. Libro homenaje a Claus Roxin. Lascano, Carlos Julio (Director). Editorial Lerner, Córdoba, pp. 224-225.

SAN MARTÍN, César.

2003Derecho Procesal Penal. T. II, 2da edición, Grijley, Lima.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio y otros.

2005Manual de Derecho Penal. Ediar, Buenos Aires.

Revistas:

ALCÓCER POVIS, Eduardo.

2007“Modificaciones a la parte general del Código penal. Comentarios a propósito del Decreto Legislativo N° 982”. Revista JUS Doctrina & Práctica (agosto), 2007: 13-22.

GRACIA MARTIN, Luis.

2003“Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española”. Actualidad Penal (39), 2003: 568.

JAKOBS, Günther.

2006“¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad” (trad. CANCIO MELIÁ, Manuel). Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales (7), Lima: 279.

ORÉ SOSA, Eduardo.

2006“El endurecimiento del Derecho penal a través de las Leyes 28726 y 28730”. Actualidad Jurídica (junio), Lima: 13-21.

2008“El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0014-2006-PI/TC”. Revista JUS Constitucional (febrero), Lima: 77-90.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.

2006 “La Ley penal sobre reincidencia y habitualidad. El retorno a los postulados del positivismo criminológico”. Actualidad Jurídica (junio), Lima: 13-21.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James.

2006“Modificación de los requisitos materiales de la prisión preventiva. La reducción de la pena probable y la incorporación de la habitualidad delictiva”. Actualidad Jurídica (junio), Lima, pp. 33-36.

TALLER DE DOGMATICA PENAL. Jurisprudencia Penal. Lima, 2005.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.

2008“Insistiendo sobre la inconstitucionalidad de la Reincidencia. Comentario a la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 0014-2006-PI/TC. JUS Constitucional. 2, (Febrero), Grijley, Lima: 70 y ss.

ABREVIATURAS

AJ:	Actualidad Jurídica
AP	Actualidad Penal
CP	Código Penal.
JC	Revista Jus Constitucional
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales.
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional peruano.

TC Tribunal Constitucional.

DISPOSITIVOS LEGALES

Código Penal de 1863

Código Penal de 1924

Ley 28726 (Publicada el 9.5.2006)

Ley 28730 (Publicada el 13.05.2006)

D. Leg. 921 (Publicado el 18.01.2003)

D. Leg. 982 (Publicado el 22.07.2007)

SENTENCIAS Y ACUERDO PLENARIO

STC Exp. 0019-2005-AI/TC (Publicada 21.07.2005)

STC Exp. 0014-2006-PI/TC (Publicada el 19.01.2007)

STC Exp. 0010-2002-AI/TC (Publicada el 4.01.2003)

STC Exp. 0298-2003-HC/TC (Publicada el 21.08.2003)

STC Exp. 2342-2005-PHC/TC (Publicada el 15.08.2005)

Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 (Emitido el 18.07.2008)