



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
“PEDRO RUIZ GALLO”  
ESCUELA DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO**

---



**“DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA POLITICA  
CRIMINAL EN EL PERÚ”**

**TESIS DOCTORAL**

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR  
EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.**

**AUTOR:**

**Mag. CECILIA MARGARITA GRANDEZ ROJAS**

**ASESOR:**

**Dr. JOSE MARÍA BALCÁZAR ZELADA**

**LAMBAYEQUE, OCTUBRE 2017**

---

Mag. CECILIA MARGARITA GRANDEZ ROJAS  
TESISTA

---

Dr. JOSE MARÍA BALCÁZAR ZELADA  
ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: **DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

APROBADO POR:

---

Dr. VÍCTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO  
PRESIDENTE DEL JURADO

---

Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO  
SECRETARIO DEL JURADO

---

Dr. OSWALDO MENDOZA OTINIANO  
VOCAL DEL JURADO

Lambayeque, Febrero 2018

## **PRESENTACIÓN**

Me corresponde en calidad de Asesor, presentar el informe Final de Tesis intitulado **“DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA POLITICA CRIMINAL EN EL PERU”**, elaborado por la Magister en Derecho CECILIA MARGARITA GRÁNDEZ ROJAS, para optar el Grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política a otorgar por la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque; trabajo de investigación que analiza un tema muy relevante y de trascendental importancia sobre la adopción del Derecho penal del Enemigo como Política criminal en nuestro Perú.

La investigación brinda el conocimiento que el Derecho penal del ciudadano protege la norma mas no los bienes jurídicos y que la imposición de una pena es al ciudadano sin la vulneración de derechos fundamentales; mientras que el derecho penal del enemigo es lo opuesto, es decir la pena se impone a la persona que está al margen de la justicia y quiere el descontrol social y por lo tanto es pasible de vulnerar sus derechos fundamentales. Fundamentos que aplicados en nuestro ordenamiento jurídico democrático devienen en inconstitucional como lo ha declarado el máximo Intérprete de la Constitución Política.

De los resultados de la investigación se comprueba que en el ordenamiento penal peruano existe la vigencia de la incorporación de los fundamentos teóricos del Derecho penal del enemigo taxativamente en los delitos cometidos por el crimen organizado y por el delito de terrorismo.

DR. JOSÉ MARÍA BALCAZAR ZELADA

Asesor de Tesis

## **TABLA DE CONTENIDOS**

RESUMEN.....	9
ABSTRACT.....	10
I. INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	
1.1. UBICACIÓN.....	13
1.1.1. Ubicación Geográfica.....	13
1.1.2. Ubicación Temporal.....	13
1.2. SURGIMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
1.2.1. Planteamiento del Problema.....	16
1.2.2. Justificación del estudio del problema a investigar.....	16
1.2.3. Marco de Referencia del Problema.....	17
1.3. MANIFESTACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL PROBLEMA.....	17
1.4. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA.....	18
1.4.1. Formulación de Hipótesis.....	18
1.4.1.1. Hipótesis.....	18
1.4.1.2. Identificación de Variables.....	18
1.4.2. Objetivos.....	19
1.4.2.1. Objetivo General.....	19
1.4.2.2. Objetivos Específicos.....	19
1.4.3. Área de Estudio – Ubicación Metodológica.....	20
1.4.4. Delimitación de la Investigación.....	20
1.4.5. Métodos y Técnicas en la investigación jurídica propuesta.....	21

1.4.6. Población de Estudio.....	21
1.4.7. Muestra de Estudio.....	21
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	
SUB CAPITULO I: DERECHO PENAL Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	
1. EL DERECHO PENAL.....	23
1.1. Antecedentes.....	23
1.2. Concepto.....	24
1.3. Características.....	25
2. EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO.....	27
2.1. Concepto.....	27
2.2. Características.....	30
2.3. Fines.....	30
3. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	31
3.1. Antecedentes.....	31
3.2. El enemigo y el ciudadano.....	33
3.3. Concepto.....	35
3.4. Características.....	41
4. ¿A QUIÉN SE CONSIDERA ENEMIGO?.....	43
5. EL FIN PRINCIPAL DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	44
6. INFLUENCIA EN LA NORMATIVIDAD PENAL PERUANA.....	46
7. ANALISIS EXEGETICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO.....	47

8. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO.....	51
---	----

SUBCAPITULO II: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y ASPECTOS

PENALES

1. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	53
2. TESIS CONFLICTIVISTAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	55
2.1. El método de la Jerarquización de los derechos.....	55
2.2. El método del Balancing Test o Ponderación.....	56
2.2.1. Balancing estricto o ad-hoc Balancing.....	56
2.2.2. Balancing amplio.....	57
2.2.3. Balancing definitorio.....	57
2.3. La doctrina de las libertades preferidas.....	58
2.4. La doctrina de los límites externos.....	58
3. INTERPRETACIÓN ARMONIZADORA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	59
3.1. El contenido esencial de un derecho y su modo de determinación.....	60
3.2. El objeto de la protección del contenido esencial.....	61
3.2.1. Teoría Objetiva.....	61
3.2.2. Teoría Subjetiva.....	62
3.3. La naturaleza y el modo de determinación del contenido esencial.....	62
3.3.1. Teoría Absoluta.....	62
3.3.2. Teoría Relativa.....	63
4. DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA.....	63

5. EL PRINCIPIO DE ABSORCIÓN.....	69
6. LA REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD.....	72
7. LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS.....	74
8. LA FLAGRANCIA DELICTIVA.....	78

SUB CAPITULO III: POLITICA CRIMINAL Y EL DERECHO PENAL DEL  
ENEMIGO EN PERÚ

1. ANTECEDENTES DE POLÍTICA CRIMINAL.....	81
2. CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL.....	82
3. CLASES DE POLÍTICA CRIMINAL.....	85
3.1. Política criminal penal.....	85
3.2. Política criminal procesal penal.....	87
3.3. Política criminal penitenciaria.....	87
4. LA POLÍTICA CRIMINAL ACTUAL.....	88
5. FINES DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	89
6. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL PERÚ.....	91
7. POSICIÓN DEL AUTOR SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO POLÍTICA CRIMINAL EN EL PERÚ.....	94

III. MARCO METODOLÓGICO

3.1. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO.....	99
3.1.1. Datos encuesta dirigida a Jueces, Fiscales y Abogados.....	99
3.2. ANALISIS DE LOS RESULTADOS.....	121
3.3. DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	128

CONCLUSIONES.....	132
RECOMENDACIONES.....	134
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	135
Libros.....	135
Hemerográficas.....	141
Linkográficas.....	144

## RESUMEN

El Derecho Penal del ciudadano toma como fundamento principal de considerar a la persona como ciudadano cuando respeta las normas sociales y cuando vulnera una norma es sujeto de que se aplique penas contempladas en el ordenamiento penal pero con la condición que se respeten sus derechos fundamentales, a lo cual se contraponen el derecho penal del enemigo ya que considera a la persona que vulnera o contraviene la norma de manera permanente como enemigo de la sociedad y por lo tanto se le debe afectar sus derechos fundamentales.

La investigación apunta por conocer la aplicación de las bases doctrinarias del derecho penal del enemigo en el ordenamiento penal peruano, determinándose que en la normatividad penal si se viene aplicando los fundamentos teóricos del profesor Alemán Günther Jakobs, sobre todo en los delitos cometidos por organizaciones criminales o en los delitos de terrorismo, siendo por tal motivo que al ser considerado como enemigos a los integrantes de una organización criminal es posible de imponerse penas muy duras o sobrecriminalizadas y sobre todo ser posibles de que se le vulneren sus derechos fundamentales, porque la norma así lo permite en base a sus fundamentos. Agregando que el Derecho penal del enemigo brinda mayor protección a la norma, dejando en segundo plano los bienes jurídicos, lo que en nuestro país es todo lo contrario.

PALABRAS CLAVES: Derecho penal del enemigo, Derecho penal del ciudadano y política criminal en el Perú.

EL AUTOR

## **ABSTRACT**

The Criminal Law of the citizen takes as its main basis to consider the person as a citizen when he respects social norms and when he violates a rule is subject to penalties contemplated in the criminal law but provided that their fundamental rights are respected, which opposes the criminal law of the enemy since it considers the person who violates or contravenes the rule permanently as an enemy of society and therefore should be affected his fundamental rights.

The investigation aims to know the application of the doctrinal bases of the criminal law of the enemy in the Peruvian criminal law, determining that in the criminal regulations if the theoretical foundations of Professor German Günther Jakobs are applied, especially in the crimes committed by criminal organizations or in the crimes of terrorism, being for that reason that to be considered as enemies to the members of a criminal or terrorist organization is liable to impose very harsh or overcriminalized penalties and above all to be subject to their fundamental rights being violated because the norm so it allows it based on its fundamentals. Adding that the criminal law of the enemy provides greater protection to the rule, leaving in the background legal goods, which in our country is the opposite.

**KEYWORDS:** Criminal law of the enemy, criminal law of the citizen and criminal policy in Peru.

THE AUTHOR

## INTRODUCCION

La presente investigación persigue como utilidad presentar a la comunidad científica aportes sustantivos respecto al tema del derecho penal del enemigo, y su relación con la política criminal adoptada por el Perú; además de ello un estudio sistemático y tangencial acerca de los derechos fundamentales de la persona humana; esto en relación con la vulneración de derechos que se produce en el sistema del derecho penal del enemigo; siendo consciente de que éste aporte permitirá el logro de un conocimiento nuevo, que es precisamente el que particulariza mi aspiración científica.

En tal sentido, se tiene por fin es resolver el problema que representa el derecho penal del enemigo, como fundamento de la política criminal del Perú, pues sabemos además que contamos con una legislación penal donde se contempla el derecho penal del enemigo, y como consecuencia trasgreden los derechos fundamentales.

La investigación ha sido estructurada de acuerdo a la estructura dada por la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, es decir en tres capítulos claramente diferenciados, pero a la vez, relacionados entre sí; contando previamente con una parte introductoria, así el primer capítulo referido al Objeto de Estudio, en donde se abordan temas precisos como el análisis de este objeto de estudio de la investigación, así también sobre la ubicación del estudio, el surgimiento del problema, la manifestación y las características que tiene, luego también se describe la metodología aplicada, como la formulación de la hipótesis posteriormente contrastada y demostrada con el análisis de las opiniones

doctrinarias tanto nacional, extranjeros o locales, también con el cumplimiento de los diversos objetivos, tanto general.

El Segundo capítulo de la investigación corresponde al Marco Teórico, estructurado en tres sub capítulos, el primero referido al derecho penal y el derecho penal del enemigo, el Segundo aborda el tema de los derechos fundamentales y las teorías que abordan su tratamiento y en el Tercero se estudia los temas referidos a la política criminal y el derecho penal del enemigo en el Perú.

El Tercer y último Capítulo lo conforma los Resultados y Discusión de los datos estadísticos obtenidos en la investigación a través de encuestas aplicadas a Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, cuya tabulación se encuentra contenida en los cuadros y gráficos estadísticos, elaborados por la propia investigadora; los cuales son sometidos a la respectiva interpretación, análisis y discusión de los resultados expuestos, todo ello con la finalidad de contrastar la hipótesis formulada y de dar sustento a las conclusiones y recomendaciones formuladas; las cuales se ponen en consideración de la comunidad jurídica, local y nacional, para las críticas a que hubieran lugar, expresando de antemano que el presente trabajo de investigación no pretende ser un tema que agote el debate sino que por el contrario, esperamos que sirva para avivarlo.

Chiclayo, Octubre de 2017.

Abog. CECILIA MARGARITA GRÁNDEZ ROJAS.

TESISTA

## **CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO**

### **1.1. UBICACIÓN**

#### **1.1.1. Ubicación Geográfica:**

El objeto de estudio de la presente investigación se centra sobre la problemática que se viene sucediendo a nivel nacional con especial referencia en el Distrito Judicial de Lambayeque, acerca de la aplicación del derecho penal del enemigo como política criminal para la lucha contra la criminalidad, en la que se determina que dicha criminalidad está muy avanzada y sin exagerar una criminalidad especializada tanto a nivel nacional como en el Distrito Judicial de Lambayeque.

El presente trabajo de investigación se ubica dentro del ámbito de las ciencias penales y ciencias auxiliares que le son tributarias a los fines de establecer una adecuada regulación de la conducta del hombre en sociedad, regulación y control que está a cargo del estado, cuyo gobierno debe trazar las líneas generales de las políticas de Estado y Gobierno dentro de las cuales, a los fines penales, se encuentra la política criminal que no es sino aquel aspecto del control penal que tiene relación con el poder del estado para caracterizar un conflicto social como criminal.

#### **1.1.2. Ubicación Temporal:**

El objeto de estudio materia de la presente investigación se ubica en el actuar del Estado a través de una Política Criminal basada en el Derecho Penal del Enemigo desde el año 2014 hasta la actualidad, ello con la finalidad de obtener información relevante sobre el tema.

## **1.2. SURGIMIENTO DEL PROBLEMA**

La sociedad en la que vivimos, la de hoy en día, resulta ser insegura para el libre desenvolvimiento de la vida rutinaria, así pues a diario observamos, o nos informamos por cualquier medio de comunicación, de la violencia en las calles, aumentando día a día el número de víctimas de un acto delictivo, siendo que cualquier persona puede ser víctima de un hecho delictivo, transgrediéndosele en sus derechos fundamentales, a mérito de conductas que son consideradas por el propio entorno social como antisociales, cuyos autores no son sino considerados como enemigos de la sociedad, afectando la integridad tanto física o moral, a su libertad, a ser víctima de incluso de un homicidio, de un acto terrorista, etc.

Frente a ello, la sociedad en sí misma, a través del derecho penal, trata de hacerle frente a la criminalidad, la cual ha ido incrementándose y fortaleciéndose, de allí que sea necesario revisar los fundamentos que permitan la aplicación de una legislación penal de emergencia, dada esa la condición en la que vivimos, trayendo a colación los argumentos jurídicos que cimientan el considerar a los criminales como enemigos de la sociedad, surgiendo de esta manera el llamado “Derecho Penal del enemigo”, cuya creación intelectual se le atribuye al profesor GUNTHER JAKOBS. Siendo así, el derecho penal del enemigo no se puede sustentar sino desde la perspectiva de un derecho penal en emergencia.

El Profesor Alemán GUNTHER JAKOBS, ha expuesto la necesidad de reconocer y admitir que en las actuales sociedades, junto a un derecho penal

dirigido como única tarea a restablecer a través de la sanción punitiva la vigencia de la norma quebrantada por el delincuente y la confianza de los ciudadanos en el Derecho, inspirado en conceptos mas o menos flexibles o funcionales pero respetuosos con el sistema de garantías y límites del poder punitivo del Estado, proponiendo otro Derecho Penal, un “Derecho Penal del Enemigo”, en que el Estado frente a determinados sujetos, que de forma grave y reiterada se comportan en contra de las normas básicas que rigen la sociedad y constituyen una amenaza para la misma, tiene que reaccionar de forma mucho más contundente para restablecer, no ya la seguridad y la confianza normativa, sino la “seguridad cognitiva”.

Por otro lado, este derecho penal del enemigo propone que para una lucha eficaz contra el enemigo debe de proceder a imponer penas desproporcionadas y draconianas, a penalizar conductas en sí mismas inocuas o muy alejadas de ser una amenaza o peligro para un bien jurídico y, lo que todavía es muy grave, a eliminar o reducir a un mínimo ciertas garantías y derechos del imputado en el proceso penal.

Pero en nuestra sociedad ¿Será idónea la aplicación del Derecho Penal del Enemigo en el Distrito Judicial de Lambayeque?, ¿Cuál es el tratamiento jurídico legal que se le viene dando al enemigo de la sociedad en el Distrito Judicial de Lambayeque?, ¿Qué persona es considerada un enemigo de la sociedad?, ¿Qué derechos fundamentales generalmente son violentados por los enemigos de la sociedad?, ¿Cuáles serían los presupuestos jurídicos para tipificar a una persona como enemigo de la sociedad?, ¿Son suficientes para

hacer frente a la criminalidad las penas más duras que propone el derecho penal del enemigo?.

De esta manera ante los problemas señalados se pone en relieve la necesidad de plantearnos el problema a resolver por la presente investigación de naturaleza jurídica:

### **1.2.1. Planteamiento del Problema**

¿En qué medida la actual política criminal en el Perú refleja ó expresa la presencia del derecho penal del enemigo?

### **1.2.2. Justificación del estudio del problema a investigar**

El presente trabajo de investigación se justifica porque permite proporcionar un incremento en el conocimiento sobre la Política criminal que se viene aplicando en nuestro país en la lucha contra la criminalidad. Asimismo, permitirá un ahondamiento sobre la doctrina del Derecho Penal del Enemigo y como se viene tratando en el Distrito judicial de Lambayeque. Asimismo, incrementar los conocimientos sobre las bases teóricas y doctrinarias sobre los derechos fundamentales de las personas.

Así también, con la investigación se propone poner de manifiesto las carencias y deficiencias que el Derecho Penal del enemigo tiene para combatir eficazmente las conductas delictivas, por lo que se debe adoptar una política criminal adecuada que desarrolle una estrategia adecuada en la lucha contra la criminalidad.

El tema resulta de lo más interesante y, estamos seguros, que la investigación de igual forma- resultará de gran importancia.

### **1.2.3. Marco de referencia del Problema**

El marco de referencia de la presente investigación está conformado por las informaciones de la dogmática jurídica, las investigaciones más importantes realizadas sobre el particular, reforzado con los resultados obtenidos del trabajo de campo a realizar, de manera referencial, en el Distrito Judicial de Lambayeque, lo que nos permite contrastar las diversas teorías de autores, tanto nacionales como extranjeros, así como por revistas especializadas en el campo bajo estudio; ello con la finalidad de determinar las carencias y deficiencias del derecho penal del enemigo para lograr su adecuada aplicación y lograr la tan esperada reducción de la criminalidad.

En el desarrollo de nuestra investigación se tomó como teoría, que guio nuestro estudio, a la doctrina nacional y extranjera que promueve el estudio de del derecho penal del enemigo como política criminal en la lucha contra la criminalidad. Así, la mejor comprensión del objetivo a seguir con el presente trabajo investigativo se logra a partir de las diferentes tendencias doctrinales que abordan el tema bajo estudio como son la política criminal, los derechos fundamentales y el derecho penal del enemigo, entre otros.

### **1.3. MANIFESTACIÓN Y CARACTERÍSTICAS**

El problema en el que se centra el presente trabajo de investigación se manifiesta en identificar las carencias y deficiencias que el Derecho Penal del enemigo, para a partir de allí adoptar una adecuada política criminal para combatir eficazmente las conductas delictivas tipificadas como delitos en el ordenamiento penal.

Este problema que se presenta tanto a nivel nacional como en el Distrito Judicial de Lambayeque se caracteriza porque no se ha logrado así como tampoco en la actualidad se está logrando una reducción notable de la criminalidad, pues todo lo contrario la criminalidad va en aumento desmesurado o incontrolable, por lo que implica un análisis de la Política criminal actual para realizar una modificatoria de dicha política y se adopte una que sea realmente efectiva en la lucha contra la criminalidad.

#### **1.4. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA**

##### **1.4.1. Formulación de Hipótesis**

###### **1.4.1.1. Hipótesis:**

“**SI** se realizara un análisis integral de la actual política criminal penal de nuestro país en relación con el derecho penal del enemigo, a los fines de reconocer su actual aplicación en el Perú; **ENTONCES**, se establecería que las recientes reformas penales sobre incrementos de penas, la eliminación de beneficios penitenciarios, la abolición del Principio de Absorción de penas, la inclusión de la reincidencia y habitualidad como agravantes de la pena, la imprescriptibilidad de los delitos, la flagrancia delictiva, entre otros supuestos normativos, son expresiones concretas del Derecho Penal del Enemigo en nuestra actual Política Criminal”.

###### **1.4.1.2. Identificación de Variables:**

Las variables quedan expresadas en los siguientes términos:

###### **A. Variables Independientes:**

Realización de un análisis integral de la actual política criminal penal de nuestro país en relación con el Derecho Penal del Enemigo, a los fines de reconocer su actual aplicación en el Perú

**B. Variables Dependientes:**

- Establecimiento que las recientes reformas penales sobre incrementos de penas, la eliminación de beneficios penitenciarios, la abolición del Principio de Absorción de penas, la inclusión de la reincidencia y habitualidad como agravantes de la pena, la imprescriptibilidad de los delitos, la flagrancia delictiva, entre otros supuestos normativos, son expresiones concretas del Derecho Penal del Enemigo en nuestra actual Política Criminal.

**1.4.2. OBJETIVOS**

**1.4.2.1. Objetivo General**

Determinar si la política criminal actual presenta manifestaciones del Derecho penal del Enemigo.

**1.4.2.2. Objetivos Específicos**

1. Determinar si el incremento de las penas en el ordenamiento penal es expresión del Derecho Penal del Enemigo.
2. Establecer si la eliminación de beneficios penitenciarios en la legislación penitenciaria es expresión del Derecho Penal del Enemigo.
3. Identificar si la abolición del Principio de Absorción de penas es expresión del Derecho Penal del Enemigo.

4. Precisar si la inclusión de la reincidencia y habitualidad como agravantes de la pena, es expresión del Derecho Penal del Enemigo.
5. Señalar si la imprescriptibilidad de los delitos es expresión del Derecho Penal del Enemigo.
6. Determinar si la flagrancia delictiva es expresión del Derecho Penal del Enemigo.

**1.4.3. Área de Estudio – Ubicación Metodológica:**

- a. **Área de estudio** : Dimensión Praxiológica
- b. **Nivel Epistemológico:** Valoración.
- c. **Tipo de Investigación:** Investigación Cualitativa.

**1.4.4. Delimitación de la Investigación:**

- a. **Espacial:** En la ciudad de Chiclayo
- b. **Temporal:** Tiempo necesario en analizar el tema bajo estudio.
- c. **Cuantitativa:** Cantidad de normas en la que el Estado Peruano adoptó como Política criminal para hacer frente a la criminalidad se han dictado teniendo en cuenta el Derecho Penal del Enemigo.
- d. **Cualitativa:** Nivel de valoración de normas en la que el Estado Peruano adoptó como Política criminal para hacer frente a la criminalidad se han dictado teniendo en cuenta el Derecho Penal del Enemigo, así como también las opiniones de los operadores del derecho en cuanto a la imposición de penas alternativas a la pena privativa de la libertad en el proceso inmediato.

#### **1.4.5. Métodos y Técnicas aplicables a la Investigación**

**A. Métodos:** Dentro de los diferentes métodos científicos que podemos encontrar tenemos: el método inductivo-deductivo, exegético, análisis, sintético, descriptivo-explicativo, dogmático, dialéctico

**B. Técnicas de Recopilación de Datos:** Entre las técnicas de recopilación de datos, tenemos: La observación, las bibliográficas, el fichaje y encuestas.

#### **1.4.6. Población de Estudio**

La población viene a estar conformada por las opiniones vertidas por todos los operadores del derecho: Jueces, Fiscales, y Abogados litigantes sobre el tema de la política criminal en base al Derecho Penal del Enemigo que se aplica en el Perú para hacer frente a la delincuencia, pertenecientes al Distrito Judicial de Lambayeque, los mismos que hasta la fecha hacen un total de más de 7,250 abogados colegiados en el Colegio de Abogados de Lambayeque.

Así mismo, la población de estudio estará conformada por todas las normas dictadas en la que se optó como política criminal el derecho penal del enemigo para hacerle frente a la criminalidad.

#### **1.4.7. Muestra de Estudio**

Se aplicará en porcentaje de 3% del total de la población entre jueces, fiscales y abogados sobre la opinión del tema de la política criminal en base al Derecho Penal del Enemigo que se aplica en el Perú para hacer frente a la delincuencia en el Distrito Judicial de Lambayeque, en ese sentido se

tendrá una muestra poblacional de 218 personas entre Jueces. Fiscales y Abogados sobre el tema. Así como también, se extraerá el porcentaje necesario del total de normas dictadas en la que se optó como política criminal el derecho penal del enemigo para hacerle frente a la criminalidad.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **SUB CAPÍTULO I**

#### **DERECHO PENAL Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

##### **1. EL DERECHO PENAL**

###### **1.1. Antecedentes**

Desde los inicios del siglo XIX, se le viene denominando de manera predominante la expresión de derecho penal, pero por mucho tiempo fue designada como derecho criminal. Sobre el derecho penal se refiere a la pena (poena, comprendida en sus orígenes en el sentido religioso de expiación). Y por el derecho criminal, alude al crimen, comportamiento generador de la reacción social, la misma que se ha diversificado progresivamente (HURTADO POZO, 2000, p, 1).

La pena es originariamente, o sea, en aquellas formas primitivas que se pueden reconocer en los comienzos de la historia de la cultura humana, una reacción de la sociedad frente a perturbaciones externas de las condiciones de vida, tanto del individuo como del grupo de individuos, ciega, instintiva y no intencional ni determinada por la representación de un fin. Pero poco a poco la pena transforma su carácter. Su objetivación, es decir, la transición desde la reacción de los círculos inmediatamente afectados hasta entregar el examen del asunto a órganos no afectados, capaces de examinarlo con serenidad, posibilita la sobria observación de sus efectos. La experiencia lleva a la conclusión del carácter finalista de la pena. A través de la idea de fin, ella gana objetivo y medida, y se desarrollan tanto el *presupuesto* de la pena (el delito)

como su *contenido y su ámbito* (el sistema de penas); bajo el dominio del pensamiento finalista, la violencia punitiva se convierte en Derecho penal. La tarea del futuro es proseguir en la misma dirección el desarrollo iniciado; transformar, consecuentemente, la ciega reacción en una protección jurídica de bienes consciente de su objetivo (VON LISZT, 2014, p, 13).

## **1.2. Concepto**

El derecho penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicos y regulatorias del ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, proporciona el soporte, ala establecer el concepto de delito, que sirve de base para el oportuno ejercicio de la acción estatal, así como la responsabilidad de sujeto activo, entrelazando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora (1964, p, 33).

En ese mismo criterio de ideas, señala VON BELING (2002) que:

El derecho penal (*jus criminak, jus pccnale*, derecho punitivo) es el conjunto de preceptos jurídicos por medio de los cuales se determina cuándo, cómo y bajo qué condiciones previas debe alguien sufrir una pena. De este modo concebido el derecho penal (regulación de la "punibilidad", como contenido de una "pretensión (acción) punitiva" que tiene un titular contra el obligado a someterse a la pena, diferenciase de todas las otras partes del derecho (p, 19).

Por su parte, MARQUEZ PIÑERO (2006) indica que:

En el frondoso árbol del derecho, cuyas normas son todas importantes, el Derecho penal ocupa un lugar preponderante, principalmente por tratarse de

una parcela jurídica que afecta lo bienes indispensables para la convivencia social. En estas condiciones, todos los aspectos del desenvolvimiento del derecho penal adquieren una relevancia especial, así el entorno sociológico, las bases culturales, las condiciones económicas, el sistema político en el que se ubica, todo ello influye y, a su vez es influido por las normas jurídico-penales. Asimismo, indica que para definir lo que constituye la esencia del derecho penal, hemos de señalar que es, ante todo, un conjunto de normas jurídicas que describen las conductas constitutivas de delitos, establecen las penas aplicables a las mismas, indican las medidas de seguridad y señalan las formas de su aplicación (13).

### **1.3. Características**

El derecho penal tiene las siguientes características: cultural, público, sancionador, valorativo, finalista y personalísimo.

**a) Es cultural (normativo):** En tanto que, en la actualidad, los juristas suelen aceptar la clasificación de las ciencias en dar grandes bloques: culturales y naturales. Por un lado están las ciencias del ser (que incluyen los naturales) y por el otro las del deber ser (llamadas culturales, en cuanto la cultura, fenomenológicamente hablando, es un repertorio de comportamiento o patrones de existencia de la sociedad), y entre estas se encuentra el derecho (CUELLO CALÓN, 1975, p, 7).

**b) Es público:** en cuanto regula las relaciones entre el individuo y la sociedad, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que

imponga sanciones en orden a la consagración del axioma liberal: nullum crimen, nulla poena sine lege (JÍMENEZ DE ASÚA, 1975, p, 40).

**c) Es sancionador:** garantizador diría el maestro Jiménez de Asua, porque el derecho penal no crea la norma sino que la hace positiva a través de la ley, pero es el soporte insustituible para el ordenamiento jurídico general y está ligado, más que ninguna otra norma del derecho, a la efectiva eficacia de este ordenamiento. Ello no resta importancia alguna a la disciplina objeto de estudio, sino que sólo la sitúa en su verdadero parámetro; sólo supone la existencia de un principio positivo, lógicamente anterior a la ley penal.

**d) Es valorativo:** porque la filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el derecho. El mundo de las normas debe asentarse en la realidad, pero el momento estrictamente jurídico se caracteriza no por esa mera comprobación o verificación de los hechos y de sus regularidades (ley natural), sino por la vinculación de esa realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados valiosas o no valiosas y, consecuentemente, procurador o evitados. Por ende, la ley regula la conducta de los hombres y establece la conducta que deberán observar en relación con esas realidades; en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos. El contenido de esas normas reguladoras de conductas no comprobadoras de hechos, es una exigencia, un deber ser, más no una realidad, un ser. El derecho penal, en general, funciona como sistema tutelar de los valores más altos, es decir,

sólo intervienen ante las transgresiones vulneradoras de los valores fundamentales de la sociedad (PAVÓN VASCONCELOS, 1974, p, 16).

**e) Es finalista:** Puesto que si se ocupa de conductas, lógicamente debe tener un fin que debe combatir el fenómeno de la criminalidad. PAVÓN VASCONCELOS distingue el fin del derecho penal en mediato e inmediato; el mediato tiene su objetivo en la correcta convivencia social en tanto que e inmediato consiste en la represión del delito (1974, p. 16).

**f) Es personalísimo:** Si se tiene en cuenta que la pena se aplica únicamente al delincuente (en función de haber cometido el delito y sin salir de su esfera personal). Así, conforme a este carácter, la muerte del delincuente extingue la responsabilidad penal, aunque pueda subsistir la acción civil para la reparación del daño (MARQUEZ PIÑERO, 2006, p, 16).

## **2. EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO**

### **2.1. Concepto**

El esquema de la teoría de la pena que GUNTHER JAKOBS (2003) propone en su derecho Penal del ciudadano conlleva a la siguiente estructura:

La norma jurídica, el derecho, constituyen un modo de orientación de conductas sin las cuales la vida humana en sociedad no podría ser posible dado que esta solo es en tanto y en cuanto el Derecho tiene vigencia. No obstante, a pesar de tal diseño, surge un hecho que niega la vigencia del derecho y lleva intrínseca una comunicación simbólica dirigida hacia la sociedad según la cual sí es posible desautorizar una norma. Ese hecho es el delito, frente al cual surge, anteponiéndosele la pena, la que también es un

hecho, pero un hecho que niega al delito y posee, al mismo tiempo, un contenido de comunicación: la negación del derecho por parte del autor es irrelevante, la norma sigue vigente y se mantiene la configuración de la sociedad (p, 21-22).

En ese sentido, señala PACHECO MANDUJANO (2011) que, bajo esta consideración teórica, puede asegurarse que:

- i) La vigencia de las normas jurídicas, que no son sino en realidad modos de orientación de conductas, garantiza la producción de expectativas sociales. Esto explica la identidad de la sociedad con el derecho y, por eso, constituye la afirmación de una integración dialéctica.
- ii) El delito constituye la proclama de un mundo alternativo y contrario al bosquejado por el derecho. He ahí precisamente su mensaje, razón por la cual representa la negación de la afirmación.
- iii) La pena, por el contrario, proclama que el proyecto o mundo parcial que busca el autor no es válido ni aceptable, por lo que niega la negación del derecho, reafirmandose, entonces la vigencia de la norma y la identidad de la sociedad. Este es el mensaje simbólico que contiene intrínsecamente la pena, a la que puede concebirse así como un instrumento de aseguramiento contrafáctico y cognitivo de la vigencia de la norma, y pueden por tanto, ser entendida se la negación de la integración dialéctica (p, 340-341).

El derecho penal del ciudadano definiría y sancionaría los injustos penales que son perpetrados por los “ciudadanos” en forma incidental, es decir, los

comportamientos antijurídicos que son expresión de una simple extralimitación de los ámbitos de libertad que subyacen al estatus de “persona” o “ciudadano” en el contexto social y dentro del derecho (GÜNTHER JAKOBS, 1997, p, 299).

La persona es considerada como tal en tanto es destinataria de derecho y deberes que la norma jurídica le atribuye. La constitución de la sociedad (propriadamente dicha) y la persona se dan a través de las normas (JAKOBS, 1996, p, 25).

No hay persona sin rol social. Y dicho rol social viene determinado normativamente. En la medida en que las personas se hallan vinculadas a través de normas, se dirige a ellas la expectativa de que su conducta será conforme a ella (expectativas normativas) (CHANJAN DOCUMENT, 2016, p, 266).

Finalmente, compartimos lo expresado por JIMÉNEZ CORONEL (2016) cuando indica que:

La persona es aquel individuo que actúa conforme al orden social y a las leyes establecidas de convivencia dentro del Estado, a diferencia del enemigo, quien es un sujeto que actúa en forma discordante al derecho, y por ende al Estado, teniendo alta peligrosidad, no brindando seguridad cognitiva necesaria. De ahí que para protegerse, el Estado, de posibles conductas que podrían atentar contra su propia estructura, sanciona con penas a gran escala, fuertes, orientadas a proteger la seguridad de las demás personas que viven en sociedad (p, 97-98).

## **2.2. Características**

Según, el profesor nacional REYES TELLO (2015), las características esenciales del Derecho penal del ciudadano serían las siguientes (p, 350):

- a) La configuración de los injustos penales, por regla general, giraría en torno a la ejecución de comportamientos que menoscaban bienes jurídicos o quebrantan las normas jurídico-penales vigentes. Lo cual significaría que los actos preparatorios están exentos de la intervención penal.
- b) Las penas estarían sujetas al principio de proporcionalidad, tanto a nivel abstracto como concreto, tanto en el quantum como en la clase.
- c) Como reconocimiento de la dignidad humana, se respetarían los derechos y libertades fundamentales de todos los imputados. Procesados y sentenciados.
- d) La finalidad de dicho Derecho penal sería de naturaleza jurídica, porque su consecución se buscaría con y dentro del derecho.

## **2.3. Fines**

El fin del derecho penal del ciudadano, también llamado derecho penal liberal u ordinario, sería la reafirmación o confirmación positiva del derecho. Dicho fin se conseguiría mediante la prevención de la realización de injustos penales, la cual, a su vez, se basaría en la afirmación positiva de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia moral de la norma o de una actitud de respeto hacia el derecho. Se dice que la poena es una reacción estatal ante hechos punibles, que, al mismo tiempo, aporta un apoyo o auxilio para la formación o fortalecimiento de la conciencia normativa social, esto es,

la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales (REYES TELLO, 2015, p, 351).

Por lo tanto, el contenido de la pena sería el rechazo de la desautorización de la norma. ;as propiamente dicho, la pena sería siempre una reacción ante la infracción de la norma; de modo que, mediante la reacción estatal, se pondría de manifiesto que ha de observarse la norma, lo cual no es otra cosa que la prevención general mediante el fortalecimiento de la conciencia jurídica de reconocimiento y respeto del derecho (REYES TELLO, 2015, p, 351-352).

### **3. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

#### **3.1. Antecedentes**

En 1999, GÜNTER JAKOBS en un congreso realizado en Berlín, trazó las líneas de lo que sería a su criterio el Derecho Penal del Enemigo tomando distancias sobre aspectos expuestos en su ponencia en Frankfurt en el año 1985.

El profesor alemán JAKOBS, considero una de las máximas autoridades mundiales en la teoría del derecho, provocó una acalorada discusión o polémica al sostener que en la actualidad, para el poder penal del Estado, no todos los ciudadanos son personas, sino que están las personas y los enemigos.- Jakobs con el objetivo de construir su teoría del delito se fundamenté en el estructuralismo-funcional de LUHMANN.

LUHMANN construye en su teoría el concepto de persona-sociedad. Existe sociedad si hay normas reales y en la medida que las haya. Persona es aquel a quién se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del derecho. La

persona no actúa según el esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino según el esquema de deber y espacio de libertad. Persona real es aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma.

El hecho del infractor de la norma muestra la contrapartida de la sociedad real y sólo se haya vinculado a ésta por el hecho de que el agente es reclamado por ella (sociedad) como persona: justamente por esto se mantiene su personalidad, su acción tiene sentido, aunque ambas cosas sólo en el plano formal subsiste su personalidad formal. Por lo tanto, el infractor de la norma tiene que seguir siendo persona. La sociedad es comunicación. Sujeto.

En ese sentido, señala PARMA (2006) que:

En el derecho lo que interesa es el sujeto que desempeña un rol. Aquí lo que pesa es “si existe un deber o no”. En el ordenamiento jurídico no existen seres humanos, sólo existen sujetos. Este sólo conoce “personas” (p, 10).

Con base en lo anterior, GÜNTER JAKOBS (1996), explica el concepto de “persona”, de la siguiente manera: Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación del mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad, tiene un papel que representar (p, 50).

Así pues, GÜNTER JAKOBS considera persona a aquella que porta un rol y a través de ese papel genera una expectativa social de armonía con la norma.

Es decir, la persona debe respetar las normas al cumplir lo que ella estipula, ya sea haciendo o no haciendo lo que ella ordena o prohíbe.

### **3.2. El enemigo y el ciudadano**

El ciudadano debe interiorizar las normas y, por supuesto, los valores que se encuentran contenidos en aquellas, absteniéndose de efectuar cuestionamiento alguno que las tambalee (ÁLVAREZ DOYLE, 2017, p, 275).

Según JAKOBS (2006):

Toda persona está inserta en una misma comunidad jurídica en donde goza del estado de ciudadano. Toda persona se encuentra autorizada a obligar a otro individuo a entrar al Estado comunitario-legal, ya que su estado salvaje de la naturaleza de por sí pone en peligro a las personas que sí se hayan insertas en dicho Estado. Por tanto, enemigo es aquel que no se deja obligar a entrar en la comunidad jurídica, por lo que las personas pueden excluirlo de su vecindad y tratarlo como no persona, El enemigo es aquel que amenaza constantemente la seguridad de las personas (P, 33).

En ese sentido, señala CHANJAN DOCUMENT (2016) que:

El enemigo es tratado solo como individuo, no se le reconocen derechos ni deberes, puesto que trasgrede persistentemente las normas jurídicas y no genera expectativas cognitivas mínimas de cumplimiento normativo. El enemigo es un sujeto que se aparta del derecho de manera reincidente, por lo que el Estado tiene el deber de asegurar que el peligro que emana de su existencia (p, 266).

El mismo autor agrega que:

Contra la conducta del enemigo la pena no cumple principalmente una función de afirmación de la vigencia de la norma, pues no se le reconoce como persona, sino sólo un aseguramiento de los peligros que puede acarrear su comportamiento a futuro. Es decir, la pena no tiene una visión retrospectiva (pensada en el hecho cometido), sino en una visión prospectiva (de los peligros al futuros que supondrán las conductas del enemigo) (p, 266).

En este sentido, enemigo no es cualquier delincuente. La persona que comete un delito sí pone en cuestión la vigencia de la norma jurídica, y la pena lo reconoce como persona y niega su acto (negación de la negación según Hegel). La persona que delinque no pierde su condición de persona, sino que guarda su derecho a reformarse a futuro y guarda su deber de reparar el daño causado a las víctimas de su delito (p, 266-267).

Por su parte, ARBULÚ RAMÍREZ (2016) refiere que:

Como Estado, la sociedad se organiza, se dota de normas que contribuyen a crear un ambiente adecuado para el desarrollo de los miembros de lo integran. En este contexto, todos los nacionales y extranjeros que se encuentran en territorio peruano están sometidos a un conjunto de reglas que deben observar y cumplir, bajo castigo de imponérseles, para las conductas más graves, sanciones penales. Quienes infringen la ley penal no sólo vulneran las reglas de convivencia, sino que reprueban que los demás miembros de aquella comunidad jurídico-social se desarrollen conforme a sus propios fines, es decir, están contra el ordenamiento social, económico y

normativo, como enemigos del sistema imperante y corresponde que sean tratados como tales (p, 361).

### **3.3. Concepto**

El derecho penal del enemigo es una forma de hacerle frente a la criminalidad, en ese sentido, se tiene que MUÑOZ CONDE (2002), explica que:

La lucha contra la delincuencia habitual supone un exacto conocimiento de la misma. Hoy no disponemos de él. Se trata sólo del eslabón, ciertamente del más importante y peligroso, de esta cadena de patologías sociales, que solemos denominar con el nombre genérico de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos géneros, alcohólicos, maleantes y gente del submundo en el sentido más amplio, degenerados anímica y corporalmente. Todos ellos constituyen el ejercito de enemigos principales del orden social, entre los que los delincuentes habituales constituyen el Estado mayor (p, 171).

Para CHANJAN DOCUMENT (2016) el derecho penal del enemigo sería uno de naturaleza excepcional, en el que:

La pena antes que cumplir una función de afirmación de la vigencia de la norma jurídica, cumple primordialmente una función de aseguramiento del ejercicio de los derechos personales. Al igual que el imputable, el enemigo no comunica con su actuación, sobre él no recae expectativa normativa alguna, pero el Estado no puede renunciar a su deber de evitar futuros peligros para las personas. Según JAKOBS, quien de manera duradera y persistente se

comporta de tal modo que no genere expectativa cognitiva mínima, pierde su condición de persona. Este derecho penal del enemigo se caracterizaría por un adelantamiento de las barreras de punibilidad (punición de meros actos preparatorios del delito), la conminación de penas severas y el relajamiento de las garantías procesales contra el enemigo (p, 267).

Después de leer esa frase del Profesor VON LISZT, imaginemos un sistema de derecho en aquel en el que el hombre no goce de los derechos fundamentales y que sus bienes jurídicos individuales y colectivos estén expuestos y a disposición en todo momento a la arbitrariedad del poder punitivo del Estado, o más bien de los sujetos que en esos momentos lo detentan. Evidentemente, la historia nos ha demostrado que el derecho penal, puede ser usado de manera “excepcional”, sobre todo en los regímenes totalitarios, lo novedoso es que recientemente –refiriéndome, quizás más los últimos dos lustros- han acontecido sucesos que permiten hablar y demuestran claramente la “vigencia o justificación” de dicho derecho penal “excepcional”, conocido como derecho penal del enemigo, en algunos Estados esta propensión sabemos, es real, es evidente y sin duda parece cada vez más latente en nuestra sociedad, tal realidad ha dado pie a aplicar también ya por parte de los Estados democráticos de derecho una política-criminal más dura, y por ende y sin lugar a dudas, como ya anteriormente lo hemos venido reiterando, violatoria a los principios básicos y reguladores del derecho penal clásico, luego entonces, quebrantadora de garantías y derechos Constitucionales fundamentales, justificando tales quebrantamientos en

garantizar la vigencia (estabilidad) de las normas, ya que –supuestamente, para dicho sistema- son estas las que aseguran que las personas actúen respecto de su rol en la sociedad, así, aquella persona que realiza un comportamiento prohibido, deja el rol social que le pertenece abandonando (la exclusión como prima consecuencia) las expectativas que se tienen de él, dichas expectativas vendrían siendo, de acuerdo a esta corriente, lo primario o más importante y no propiamente la conducta que lesiona el bien jurídico protegido por la norma penal, lo que justifica que dicho “enemigo” no sea merecedor de las garantías que el derecho penal consagra a su favor.

Señala el profesor CANCIO MELIA (2003) que:

La esencia de este concepto de derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan solo un procesamiento desapasionado, instrumental de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas (...) con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos (p, 86).

El profesor alemán GÜNTHER JAKOBS (2004) clasifica a los enemigos como:

El enemigo es un individuo que, no solo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya en el antiguo delincuente habitual peligroso según el §20 del Código Penal alemán) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también,

especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo complot de asesinato), es decir, cualquier caso de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por lo tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento (...) (p, 59).

Lo Ha dicho ya el profesor MUÑOZ CONDE (2002) que:

Para un sector de la dogmática jurídico-penal esta adaptación de sus conceptos básicos a las nuevas necesidades político-criminales ha sido la consecuencia inevitable de un planteamiento funcionalista del derecho penal, en el que éste no es más que un subsistema de imputación dentro del conjunto global del sistema social global, a cuyo equilibrio debe contribuir restableciendo y robusteciendo con la sanción penal del que ha infringido una norma penal la confianza de los demás ciudadanos fieles al derecho (p, 15).

El mismo autor MUÑOZ CONDE (2002) señala también que:

Es preocupante pues, que las ideas o sistema funcionalista del profesor JAKOBS, comienza a dar ya claras muestras de estarse aplicando en Estados “Democráticos” de derecho, que como se ha venido señalando, es usado cada vez más por los gobernantes de diversos países para atacar los altos índices de delincuencia y legitimizar esta violencia, lo que sí es un error, es que se pretende por parte de éstos, solventar carencias en política social y económica, con derecho penal, y no cualquier derecho penal, sino con uno parecido a aquel que se refería en la época de nacionalsocialismo el profesor

Edmund MEZGER, quien desde luego aceptaba ya existencia de dos derechos penales, uno para el ciudadano normal –con vigencia de los principios básicos del derecho penal-, y otro para los ciudadanos “especiales” - con la legitimada reducción de garantías- a favor de un idealismo (p, 139-140).

La medula de dichas ideas dan la impresión de referirse al derecho penal de auto, es decir, esta nueva tendencia parece ir dirigida más a determinados sujetos (no personas) que a los hechos que estos pudiesen realizar, lo que sin duda, nos evoca inmediatamente al proyecto de Ley de Extraños a la Comunidad del régimen nazista, que es sin duda, ya un proyecto del que claramente podríamos estar hablando de un derecho penal del enemigo, si se adoptan los criterios ahora replanteados por el profesor JAKOBS.

En consecuencia, comentando al profesor español MUÑOZ CONDE sostiene que conociendo nuestro pasado a través de la historia comprenderemos nuestro presente y gracias a ello prevenir nuestro futuro, siendo por ello que explica el autor en comentario que deberíamos, tomando en consideración esta fórmula, por observar detenidamente el lapso de existencia del régimen nazista, comprender las graves violaciones de derechos fundamentales de los seres humanos y con el evidente fracaso de este régimen, prevenir que en el futuro se pudiesen volver a presentar tales circunstancias. Asimismo, señala el citado autor que no debemos asustarnos de que se quiera mejorar la situación social que en diversos países se ha estado presentando pero ojo, dicha mejoría no debe ser a cualquier precio, no busquemos solucionar con derecho penal aquello que es ajeno al derecho

penal. Es decir, que el derecho penal por ser la última vía de control social cuando las normas sociales no logran controlar las conductas antisociales, debe aplicarse a las conductas delictivas dentro de los márgenes del derecho penal y no sobre potencializarlo y violar derechos fundamentales a través de este derecho penal.

La historia muestra que aplicar un derecho penal exagerado o endureciendo las penas no se logra controlar y mucho menos erradicar las conductas delictuales tipificadas en el ordenamiento penal como tal, lo que si debemos indicar que con dicha postura de un derecho penal endureciendo las penas se ven vulnerados muchos derechos fundamentales.

En consecuencia, el derecho penal del enemigo es un tipo de derecho penal que se encuentra dirigido para aquellas personas que no son considerados ciudadanos que respetan las normas de control social, sino que está dirigido para aquellas personas considerados enemigos que no respetan las normas sociales, viven al margen de la ley y pretender generar un descontrol y caos social.

Finalmente, se tiene que no cabe duda que los que infringen la ley penal deben ser tratados como enemigos del orden constitucionalmente establecido y, por tanto, es legítimo que sus derechos y libertades terminen siendo restringidos no sólo durante el proceso y en la imposición de una condena, sino también durante el cumplimiento de esta. Vale anotar que mi aseveración no responde a los postulados de lo que tradicionalmente se conoce como derecho penal del enemigo, al que hay que neutralizar a como dé lugar, sino

aún replanteamiento de un nuevo status procesal originado como consecuencia del delito cometido con incidencia en los derechos y libertades de orden procesal, donde ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos, distinguiéndose de aquel en la premisa o punto de partida, aunque similar en lo que respecta a la perspectiva funcionalista (ARBULÚ RAMÍREZ, 2016, p, 361-362).

### **3.4. Características**

El Derecho Penal del enemigo presenta las siguientes características:

**a. En su estructura presenta tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros:**

Por medio de éstos tipos penales se criminalizan conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo, de conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y alimentan su subsistencia y permanencia.

**b. Presenta una desproporcionalidad de las penas: ésta tiene una doble**

**manifestación:** Por un lado la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso del hecho preparatorio realizado en el ámbito previo.

Por otro lado, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones considerables y, en principio desproporcionadas de las penas correspondientes a los hechos delictivos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional de la organización (GRACIA, 2005, p, 10. En: <http://www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>).

- c. Se basa numerosas leyes denominadas leyes de lucha o combate:** representa el paso de una legislación penal a una legislación de combate.
- d. Realiza una restricción de garantías y derechos procesales de los imputados:** se pone en cuestión la presunción de inocencia, por ser opuesta o contraria a la veracidad en el procedimiento, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se amplían los plazos de detención policial para el cumplimiento de los fines investigadores, así como la prisión preventiva y en ámbito teórico se reivindica incluso la licitud de la tortura.
- e. A nivel penitenciario se presenta regulaciones propias restrictivas de derechos:** las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados beneficios penitenciario o las que amplían los requisitos de la libertad condicional.
- f. Es un derecho penal de autor:** el derecho penal del enemigo es incompatible con el principio del hecho.

El principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir como rechazo de un Derecho Penal orientado con base en la "actitud interna del autor". Precisamente el Derecho Penal del enemigo es un derecho penal de autor, porque se dirige en forma directa y específica a los enemigos (no personas) eliminándolos porque representa un peligro muy grave y serio para la sociedad.

Por medio del Derecho penal de autor se etiqueta al ciudadano como enemigo y luego se le va a liquidar por su calidad de enemigo aunque no fuese responsable ya de ningún acto (ZAMBRANO, p, 10. En: <http://www.alfonsozambrano.com> ).

#### **4. ¿A QUIÉN SE CONSIDERA ENEMIGO?**

El Derecho Penal del enemigo considera que los enemigos son los que están o actúan en contra o al margen del derecho penal y del sistema social, en consecuencia, para nuestro caso, vendrían a ser los terroristas, los narcotraficantes, los que pertenecen a una organización criminal, los violadores, los secuestradores, etc.

Al respecto, CANCIO MELIÁ (2006), sostiene que es imprescindible señalar que:

Se tiene que estar muy alerta, ya que este tema de la consideración como "enemigo" para esta teoría puede ser hábilmente utilizada (tergiversándola) para fines jurídicamente nada loables. En consecuencia, algunos poderosos Estados

(EE.UU., por ejemplo) pueden utilizar adrede una “identificación equivocada del concepto de enemigo” para justificar la ejecución de acciones militares (donde medien intereses económicos, políticos, etc.) en contra de otros Estados en evidente desventaja de los Estados- potencia (p, 47).

Por lo tanto, opinamos que el enemigo es aquella persona que vive al margen de la ley y no respeta las normas sociales con la finalidad de generar caos en ella, al ser considerado enemigo es pasible de aplicarse penas mucho más elevadas y restricción de derechos fundamentales o limitación, endurecimiento o eliminación de beneficios penitenciarios.

## **5. EL FIN PRINCIPAL DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

El fin principal del Derecho Penal del enemigo es la seguridad cognitiva.

Al respecto, sobre el fin principal del derecho penal del enemigo, señala GÜNTHER JAKOBS (2003) que:

En él no se trata ya como sucede en el Derecho Penal general de la conservación o mantenimiento del orden, sino de la producción en el entorno de las condiciones soportables por medio de los cuales sean eliminados todos aquellos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas (p, 33).

El derecho penal del enemigo es la regulación de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto éstos son actualmente no personas. El Derecho Penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, el Estado no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir combate peligros, de ahí

que la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos GÜNTHER JAKOBS, 2003, p, 40).

En el Derecho Penal del enemigo se renuncia a las garantías procesales y materiales del Derecho penal de la normalidad. Estos principios o reglas propios del Derecho Penal del enemigo vendrían impuestos por el significado de las circunstancias fácticas que caracterizan la actividad y la posición del enemigo frente a la sociedad y se configurarían como instrumentos adecuados al fin de la prevención del peligro que representa al enemigo, el cual solo puede alcanzar mediante su vencimiento o eliminación en la guerra desatada entre él y el Estado y mediante su inocuización.

Nos encontramos con un derecho penal incluso de la anticipación a los hechos criminales, como una propuesta de protección penal, que va a conllevar un discurso de aumento de penas, la transformación de la legislación penal en un arma de lucha contra el enemigo, al que hay que enfrentar socavándole sus garantías procesales, desconociéndole hasta el derecho al reclamo mediante instituciones como las del amparo de libertad.

El recorte de garantías y beneficios de excarcelación se trasladan al propio derecho procesal penal, con la creación de institutos como la prisión preventiva no excarcelable ni sustituible frente a cierto tipo de delitos como los de criminalidad organizada, terrorismo, delincuencia macroeconómica, tráfico de drogas ilegales, pornografía infantil, etc., en estos casos se pretende encontrar su legitimación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial

o futuro, la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros.

Claro que sabemos anticipadamente que no va a disminuir la tasa de criminalidad no obstante la gigante maquinaria de demolición de garantías propias de un Estado de Derecho, pero esta es la propuesta retroalimentada a raíz de sucesos que conmovieron a la comunidad internacional como el atentado a la Torres Gemelas del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York, o el perpetrado el 11 de marzo del 2004 en Madrid (ZAMBRANO, p, 2. En: <http://www.alfonsozambrano.com> ).

## **6. INFLUENCIA EN LA NORMATIVIDAD PENAL PERUANA**

No es novedad que paulatinamente se incrementa no solo la cantidad de delitos, es decir, hay una latente, como lamentable, tendencia de, por un lado criminalizar más conductas erradas, y por otro, sobre penalizar las existentes; con el equivocado convencimiento que es la única y mejor solución, y con el agregado que es supuestamente inmediata o de efectos inmediatos como permanentes. Eh ahí la influencia del derecho penal del enemigo, porque al fin y al cabo esa es su esencia.

Cuando decimos que se están incrementando una serie delitos en la sociedad, nos referimos a que existe una alarmante ola creciente de criminalidad; y por otro lado también se están creando nuevas figuras penales tal es el caso del feminicidio, que antes era tratado por el delito de parricidio.

Lastimosamente agregado a ello esto va acompañado de una penalidad aún más grande de la que ya hay, un claro ejemplo es el aumento de penas, la disminución de beneficios penitenciarios, etc.

Pero en la realidad, los efectos esperados son muy diferentes a los esperados, se observa mayor incremento de criminalidad e incluso crece la tasa de reincidencia. Y a todo ello nos preguntamos ¿Por qué estas medidas que se adoptan, no son eficaces en la represión de los delitos? La respuesta puede ser osada, pero somos de la idea de que el sistema represor, que es altamente utilizado ya sufrió un desfase, las políticas draconianas, no son efectivas. La mejor solución hoy por hoy es la prevención, las políticas sociales y criminales destinadas a reducir la criminalidad en un país son las mejores medicinas para esa gran enfermedad que representa el delito.

## **7. ANALISIS EXEGETICO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO**

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

especialmente los delitos de terrorismo. En:

<http://correalex.blogdiario.com/1141495980/>).

El Derecho Penal del Enemigo presenta tres elementos que lo caracterizan, siendo estas:

- El primero de ellos es que en las regulaciones que le son propias se verifica un marcado adelantamiento de la punibilidad. En este sentido corresponde destacar que en estas normas, el punto de referencia no es ya el hecho cometido, sino el hecho futuro.
- En segundo lugar, las penas previstas son elevadas de modo desproporcionado con relación al hecho cometido; que tal como advierto en el punto anterior, suele tratarse de conductas bien lejanas al resultado lesivo tal como tradicionalmente lo concebimos, incluso que ni siquiera implica la creación de un riesgo no permitido.
- En tercer lugar, existe una flexibilización de ciertas garantías del proceso penal que incluso pueden llegar a ser suprimidas.

Por otra parte se formula la distinción entre un Derecho Penal del Ciudadano, que se caracteriza por el mantenimiento de la vigencia de la norma, y un Derecho Penal para enemigos que se orienta a combatir peligros. De todos modos, esto no debe entenderse como dos esferas aisladas del Derecho Penal, sino que se trata de dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal y que además suelen superponerse y entremezclarse. Argumentos filosóficos que permiten concebir la existencia de un enemigo. La posición de ver en el delincuente a un enemigo, bien puede fundamentarse en argumentos de

Derecho Natural de índole contractualita. En:  
<http://correalex.blogdiario.com/1141495980/>).

En este sentido, en la concepción de Rousseau todo delincuente sería enemigo ya que cualquier individuo que ataque el sistema social deja ya de ser miembro del Estado, porque se halla en guerra con este como pone de manifiesto la pena pronunciada contra él.

Por otra parte hay posiciones que mantienen la condición de ciudadano para el delincuente, debido a que se trata de un status que no puede ser eliminado por él mismo; aquí el individuo es reconducido a un estado de naturaleza, es decir de no-persona, cuando el hecho cometido es de alta traición, puesto que cuando se trata de una rebelión, existe una rescisión del contrato de sumisión. Quien representa una amenaza permanente para mi persona, también puede ser tratado como enemigo y en consecuencia obligado a alejarse; aunque también sería legítimo obligarlo a colocarse junto a mí, en un estado legal.

En este sentido sería correcto dejar de tratar como persona a quienes suponen una amenaza permanente y no aceptan ingresar en el Estado ciudadano.

A partir de estos presupuestos filosóficos, el profesor Günther Jakobs realiza una elaboración que dota de contenido al derecho penal del enemigo, distinguiéndolo del derecho penal del ciudadano.

Aquel que por 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. Ahora bien, en la sociedad actual el delito no surge como el fin o Apocalipsis de la comunidad en la que tiene lugar, sino tan solo como alteración de esta, 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, que es minoritaria). Hasta aquí todo va bien siempre y cuando el autor ofrezca a pesar de su hecho disvaliosa, 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 contra fáctica, 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,

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 conocidos 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 por parte del no lugareño, 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 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. En: <http://correalex.blogdiario.com/1141495980/>).

## **8. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO**

Las diferencias entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano, señala MUÑOZ CONDE que:

Establece que el derecho penal del enemigo es el conjunto de normas penales sui generis aplicables para un tipo de delincuente, inicialmente para autores de delitos económicos, pero últimamente a quien comete hechos terroristas, de narcotráfico o es autor de delitos de delincuencia organizada. Serían reglas diferentes a las del derecho penal normal o aplicables al ciudadano normal, infractor de otros delitos, el cual si contaría con los derechos y garantías reconocidas por el derecho penal moderno consignadas en las constituciones y convenios internacionales. Se trataría de dos derechos penales distintos y con distintas finalidades o funciones, comprendidos en un mismo ordenamiento o bien en leyes especiales. El enemigo se dice sería una “no persona”, por lo tanto no puede ser tratado como tal. Se podría advertir, llegar a los extremos de autorizar torturas para lograr la confesión o delación de cómplices. Los términos y derechos quedarían suspendidos a conveniencia de la autoridad (En: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espinosa11.pdf>).

Sin duda en el derecho penal del enemigo se responde a un modelo funcional en el cual el valor prioritario es la estabilidad del sistema. Para ello el instrumento deberá ser útil y eficiente. Se corre, sin embargo, el riesgo de volver a situaciones dictatoriales ya pasadas como en la Alemania nazi. Contra un enemigo se vale todo, impera el poder del más fuerte. Será la preeminencia de la razón del estado (En: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espinosa11.pdf>).

## **SUBCAPITULO II:**

### **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y ASPECTOS PENALES**

#### **1. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Los derechos fundamentales son los derechos reconocidos en la Constitución política peruana de 1993, tanto en los primeros artículos, así también otros derechos fundamentales de carácter procesal como los regulados en el artículo 139°.

Los derechos fundamentales son derechos considerados como básicos o esenciales inherentes a todo ser humano y que se caracterizan por ser reconocidos y garantizados constitucionalmente; así como también vienen a ser irrenunciables, incluso es extensivo hasta para los que deciden renunciar a sus derechos; indisponibles, para los poderes públicos e innegociables, ante los poderes privados.

Debemos saber que los derechos fundamentales no solo garantizan derechos de defensa sino que también enuncian todo un sistema de normas; ya que el derecho fundamental es una constitución revestida de la máxima validez formal.

La doctrina ha tratado de definir los derechos fundamentales, en ese sentido el profesor nacional ORTECHO VILLENA (2006) señala que los derechos fundamentales son:

Los derechos esenciales que se han cimentado y robustecido dentro de un ordenamiento constitucional y que están conformados por las libertades, que, además de ser derechos subjetivos que protegen la dignidad de la persona

humana, son derechos objetivos que dan solidez a la sociedad y el Estado (p, 25-26).

En ese mismo criterio de ideas agrega FERRERO REBAGLIATI, que:

Los derechos humanos, en cuanto son protegidos frente al Estado y a los particulares, son derechos públicos subjetivos (2004, p, 359).

Por su parte, PÉREZ LUÑO (1998) manifiesta que los derechos fundamentales, constituyen:

La principal garantía con la que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema político y jurídico en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana, en su estricta dimensión individual. Los derechos fundamentales se presenta en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos y al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas (p, 98).

Finalmente, debemos indicar que compartimos la opinión proporcionada por los tratadistas citados acerca de los derechos fundamentales, puesto que la persona humana tiene derechos por el simple hecho de ser persona. Los derechos fundamentales se encuentran reconocidos en la norma constitucional nacional y son los que gozan de la cúspide en la estratificación de los derechos del ordenamiento penal.

Los derechos fundamentales protegen la dignidad de la persona humana de la cual se fundamentan los restantes derechos fundamentales, presentándose como un conjunto de valores objetivos y situaciones subjetivas. En consecuencia, los derechos de la persona humana están inseparablemente

vinculados con los deberes de reconocimiento y respeto de estos derechos por parte de los demás, de cumplimiento de las obligaciones y de solidaridad para hacer más viva la comunicación de los valores espirituales.

## **2. TESIS CONFLICTIVISTAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **2.1. El método de la Jerarquización de los derechos**

Este método consiste en establecer jerarquías o categorías previas y rígidas entre los derechos constitucionales, de modo tal que en caso de conflicto prime el jerárquicamente superior.

Al respecto, señala FERNANDO TOLLER (2005) que este método se trata de:

Una técnica que opera en abstracto, a *priori*, estableciendo prelación generales mediante las cuales se resuelven los casos particulares; se pretende solucionar de antemano y de modo no circunstanciado el problema jurídico concreto. Las diferentes jerarquizaciones propuestas, se encuentran fuertemente marcadas por condicionamientos ideológicos, como por ejemplo: la supremacía de la libertad de prensa (cláusula de interés general en una sociedad democrática); la supremacía del honor o la vida privada frente a la información (mayor o menor cercanía con el núcleo de la personalidad humana) (p, 1028).

Este método ha sido objeto de críticas por resultar ineficaz para decidir un conflicto de intereses, además que genera injusticias pues los titulares de determinados derechos verán siempre sucumbir sus pretensiones en la litis, cuando se enfrenten con quien detente un derecho abstractamente

superior en jerarquía; asimismo, se señala que el carácter normativo de las constituciones exige buscar una interpretación sistemática y armonizadora que haga compatible internamente todo su contenido; finalmente, se refiere que los derechos fundamentales en tanto tutelan o protegen bienes fundamentales (bienes humanos) como la vida, la integridad física, la intimidad, etc. no acepta jerarquizaciones pues de lo contrario se lesiona el principio de dignidad de la persona y el principio de igualdad, pues al establecer jerarquías entre derechos se termina estableciendo jerarquías entre los individuos.

## **2.2. El método del Balancing Test o Ponderación**

Consiste en ponderar o contrapesar los bienes jurídicos en conflicto, de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál *pesa* más en el supuesto y cuál debe rendirse.

El profesor FERNÁNDO TOLLER (2005) indica que el método del Balancing:

Parte por admitir que no hay derechos absolutos en sí y que entre los derechos no hay prioridades absolutas. Existen tres tipos de balancing o ponderación, el balancing test también denominado balancing estricto o ad-hoc balancing, el balancing amplio y el definitional balancing (p, 1220).

Los mismos que pasaremos a exponer a continuación:

### **2.2.1. Balancing estricto o ad-hoc Balancing**

Es el método utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, y a veces también por el Tribunal Constitucional

Español, y consiste en balancear en el caso concreto el peso respectivo de los intereses en juego, analizando en cada circunstancia la importancia de lo que hizo o quiere hacer una de las partes, así como los daños que se derivaron o pueden derivarse para la otra, y la relevancia de los que la contraparte hubiese querido que se evite o quiere actualmente evitar, y que daños se derivarán para la otra parte.

### **2.2.2. Balancing amplio**

Este método muy común entre los Tribunales Alemanes, también denominado como contrapeso o ponderación de bienes o valores, persigue una ponderación en abstracto de los valores en pugna, de modo muy similar al método de la jerarquización de derechos, pero con la diferencia que no se realiza una jerarquización a *priori* del caso concreto, sino que el juez analiza el caso sin una tabla pretasada, pero en el litigio realiza una ponderación abstracta, determinando cuál derecho es más importante, no por las circunstancias concretas del pleito como ocurre en el ad-hoc balancing, sino en general, por razones filosóficas , políticas , etc.

### **2.2.3. Balancing definitorio**

El tercer tipo de balancing no es propiamente una ponderación, pues alude a una serie de reglas jurisprudenciales que van surgiendo de las decisiones adoptadas en diferentes controversias singulares, que van puliendo los contornos de un determinado derecho, estableciendo

cómo interpretarlo en casos futuros donde se verifique tal o cual situación y dando así cierta previsibilidad sobre el derecho aplicable.

### **2.3. La doctrina de las libertades preferidas**

En el derecho norteamericano ha surgido una teoría que se ha denominado doctrina de las libertades preferidas o preferred freedoms, que comparte con los métodos de la jerarquización y el balancing, el colocar a algunos derechos en posiciones preferidas; así, se pone énfasis en la libertad de prensa y en los derechos personales por oposición a los derechos patrimoniales, lo que según el profesor FERNÁNDO TOLLER (2005) indica que genera dos efectos principales:

- a) Una presunción a su favor en los balances y también el establecer a priori su superior jerarquía; y
- b) Una reducción de la presunción de constitucionalidad de las leyes que interfieran con una libertad constitucionalmente garantizada.

Si bien en los Estados Unidos la libertad de prensa y otros derechos tienen una posición preferida, esto no los convierte en derechos absolutos, de allí que se opte finalmente por el empleo del método del balancing test en los casos que involucren a estos derechos (p, 1222).

### **2.4. La doctrina de los límites externos**

Según la teoría de los límites externos, los derechos no son ilimitados sino que están demarcados por factores externos –otros derechos fundamentales, el orden público, la moral pública, el bien común- que lo constriñen.

Según esta teoría, JUAN CIANCIARDO (2001) señala que existen dos momentos:

En un primer momento se estudia en abstracto el derecho o libertad que parece infringido, viéndolo de modo amplio y sin confines, y se resuelve que se ha dado una inconstitucional restricción del mismo; luego en un segundo momento, se establece que, teniendo en cuenta otros valores constitucionales en juego, la infracción está justificada por ser una limitación o restricción adecuada (p, 21).

### **3. INTERPRETACIÓN ARMONIZADORA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Dado que los puntos de vista conflictivistas de los derechos fundamentales traen consecuencias negativas para la vigencia efectiva de los mismos, actualmente se postula una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales, señala el profesor nacional CASTILLO CÓRDOVA (2005) que:

Mediante el recurso prudencial al contenido esencial y a la finalidad de los derechos, teniendo en consideración que el fundamento de los derechos es la naturaleza humana (persona humana) y que la finalidad de los mismos es favorecer el más pleno y completo desarrollo de la persona humana en todas sus dimensiones; en consecuencia, si los derechos humanos tienen su fundamento en la persona humana que es única y coherente, los denominados conflictos entre derechos fundamentales no existen o, en todo caso, son sólo aparentes, pues los derechos humanos son realidades no contradictorias entre sí, que no pueden sobreponerse ni desplazarse unos y otros (p, 111).

Quienes propugnan una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales y rechazan las doctrina conflictivistas, atendiendo a la unidad y coherencia de la naturaleza humana, afirman que los criterios de solución a las diferentes controversias que involucren derechos fundamentales, pasan necesariamente por la determinación del contenido jurídico constitucional o esencial de los mismos.

En ese sentido, el Máximo Intérprete de la Constitución Política peruana señaló a través de la sentencia contenida en el expediente N° 1042-2002-AA/TC, de fecha 06 de diciembre de 2002 que el contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando este queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada (fundamento jurídico 2. 24).

### **3.1. El contenido esencial de un derecho y su modo de determinación**

La determinación del contenido esencial de un derecho implica, según FERNANDO TOLLER (2005) la especificación de al menos los siguientes elementos:

Fin o fines para los cuales se lo reconoce; quien es su titular; quien debe respetar o dar efecto al derecho de aquél; sentido, alcance y condiciones de ejercicio del derecho o cuál es el contenido de la obligación; cuales son las

condiciones en las que el titular pierde su derecho; que facultades y poderes ostenta el titular en caso de incumplimiento del deber del sujeto pasivo; y, que libertades y facultades de obrar disfruta el titular. Asimismo, se debe tener en consideración que el contenido de cada derecho debe establecerse no desde su concepto puramente semántico o formal sino desde su noción teleológica, es decir, atendiendo a su finalidad, tanto histórica como actual, y a los bienes humanos que se intentan proteger o las conductas que se tratan de impedir (p, 1249).

### **3.2. El objeto de la protección del contenido esencial**

A efectos de determinar el objeto de la protección del contenido esencial se formulan dos teorías: la teoría objetiva y la teoría subjetiva.

#### **3.2.1. Teoría Objetiva**

Según esta teoría, el objeto de protección es el derecho fundamental como institución, considerado objetivamente, de modo que la garantía del contenido esencial protege no la libertad física concreta de esta o de aquella persona (derecho subjetivo), sino el derecho en cuestión como institución jurídica (derecho objetivo); por tanto, mientras su regulación objetiva no altere el contenido esencial del derecho - institución, no hay inconstitucionalidad.

Esta posición es criticada pues lo que precisamente se pretende garantizar con el contenido esencial, son los derechos fundamentales de cada persona concreta, pues de otro modo se permitiría a cualquier gobierno

la violación sistemática de las posiciones individuales iusfundamentales, con tal que la regulación general objetiva fuese constitucionalmente correcta.

### **3.2.2. Teoría Subjetiva**

Según la teoría subjetiva, lo que se tutela es el derecho fundamental como derecho subjetivo, por el cual se protege cada posición iusfundamental concreta, es decir, la dimensión individual de los derechos fundamentales (derechos subjetivos).

Para el tratadista JUAN CIANCIARDO (2001) sobre la teoría subjetiva sostiene que:

La garantía del contenido esencial protege al derecho fundamental en toda su complejidad estructural, y por tanto, su violación puede producirse tanto en el plano de la regulación objetiva o institucional como en la determinación de una posición iusfundamental concreta (p, 16).

### **3.3. La naturaleza y el modo de determinación del contenido esencial**

La determinación de la naturaleza del contenido esencial también ha dado lugar a la formulación de dos posiciones: la teoría absoluta y la teoría relativa.

#### **3.3.1. Teoría Absoluta**

Según esta teoría, el contenido esencial es una parte o núcleo duro del derecho fundamental; hay un contenido esencial inmune a la actuación del legislador y un contenido no esencial afectable por el legislador. La intervención del legislador en la parte esencial del derecho fundamental, queda vedada por la garantía de dicho contenido, y no puede justificarse por

la razonabilidad; en tanto que el contenido no esencial no queda absolutamente disponible para el legislador, pues cualquier intervención legislativa en este ámbito debe superar el Test de Proporcionalidad.

### **3.3.2. Teoría Relativa**

Conforme a esta teoría, no hay sectores del derecho fundamental que no puedan ser afectados por el legislador, siempre y cuando exista una razón suficientemente poderosa.

Al respecto, señala el profesor nacional JUAN CIANCIARDO (2001) que el contenido esencial:

Es definido como aquella parte del derecho que comienza cuando el límite deja de ser proporcionado o como aquello que queda después de una ponderación. Para esta teoría entonces, contenido esencial y principio de proporcionalidad son una sola cosa (p, 21).

## **4. DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA**

La Constitución Política del Perú de 1993, ampara los derechos fundamentales en el Título I: “De la persona y de la sociedad”; Capítulo I: “Derechos fundamentales de la persona”, en su artículo 2°, cuando regula que toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.
3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.
4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.
5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.
7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.
8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.
9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en el ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.
10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad

competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.
12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.
13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.
14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.
15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.
16. A la propiedad y a la herencia.
17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.
19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.
20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional solo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.
21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la Republica.
22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.
23. A la legítima defensa.
24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
  - a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

- b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.
- c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.
- d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.
- e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.
- f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.
- g. Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la

ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por si misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

Por otro lado, el artículo 3º de la carta magna también regula derechos fundamentales, cuando prescribe que: La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

En consecuencia, este artículo no especifica taxativamente los derechos fundamentales, sino que deja la posibilidad de incorporar otros derechos que tengan el carácter de fundamental. Asimismo, se debe precisar que la misma constitución también enumera otros derechos fundamentales de carácter procesal contenidos en el artículo 139º.

## **5. EL PRINCIPIO DE ABSORCIÓN**

El principio de absorción o consunción consiste en optar por la norma que valorativamente y por su amplitud comprenda a otra, que tiene la pretensión de ser aplicada simultáneamente, por abarcar de igual manera el hecho cuya

regulación se pretende. En tal hipótesis, el juzgador se encuentra ante la situación de la concurrencia de dos o más normas penales, con idéntica pretensión normativa respecto al hecho particularmente considerado, y ante la imposibilidad de su aplicación simultánea, se ve en la necesidad imperiosa de optar por la aplicación de sólo una de ellas, concretamente aquella que, por su amplitud valorativa, es capaz de absorber a las demás. Tal fenómeno se opera en la hipótesis de que en un tipo penal se complementa con alguna calificativa a virtud de alguna circunstancia de ejecución que, por sí sola, integre a su vez la conducta o hecho de otro tipo penal autónomo. En aplicación de este principio y ante la presencia de los delitos de lesiones y robo con violencia, procede eliminar el de lesiones cuando éstas fueron el medio adecuado para expresar la violencia calificativa del robo. (En: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/904/904994.pdf>)

Este principio se refiere a una absorción, el tipo más grave absorbe al otro, el tipo básico o especial absorbe al dispositivo de la coparticipación en relación con el mismo sujeto. Dentro de esta sub-clasificación se habla además de actos copenados u otros lo llaman actos impunes, porque se deja sin resolver un delito, por resolver otro, ya que uno absorbe al otro, y no se penaría los dos, como es el caso del homicidio y la bala hace que se dañe el vestido de la persona, pues no se podrá penar las dos cosas, es decir homicidio y daño a bien ajeno. Hay que distinguirlo del delito complejo, como el robo con violencia, robo en casa habitada, como también del acto acompañante o concomitante, aunque a esto último muchos lo consideran como actos copenados también.

Por ejemplo, el tipo que describe las lesiones personales es consumido por el del homicidio. El tipo penal complejo o consuntivo, que por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción. (En: <https://derechopublicomd.blogspot.pe/2010/06/antes-de-comenzar-hablar-del-concurso.html>).

En consecuencia, podemos indicar que el principio de absorción de las penas se da cuando entre varios delitos cometidos por una el que posee el mayor quantum de pena es el que subsume a los demás delitos, pero a través de la influencia de los fundamentos doctrinarios del derecho penal del enemigo, así como la influencia notoria de la prensa en bombardear a la población nacional sobre el avance de la delincuencia y la notoria inseguridad ciudadana por ser víctima de la delincuencia que se comete a diario se practicaron un cambio en la orientación de la política criminal en cuanto a que ya no sería el caso de que al cometer varios delitos un sujeto se debe aplicar la concurrencia real de delitos en donde las penas contempladas para cada delitos cometido son sumados alcanzando el tope máximo de 35 años. Siendo que esto a nuestro criterio, nos parece que la orientación de la política criminal a la

eliminación de este principio no resulta eficaz en la lucha contra la delincuencia tanto común como organizada.

## **6. LA REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD**

El instituto jurídico de la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito cuando el sujeto activo ya había recibido una pena por la comisión de un delito anterior. En nuestro país la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos circunstancias:

1. Cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso. Y

2. Cuando el imputado ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley. En la presente sentencia, se evalúa si la reincidencia atenta contra principios constitucionales tales como el *ne bis in idem*, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad. (En: <http://laleyenelperu.blogspot.pe/2014/03/reincidencia-y-habitualidad.html>).

De otro lado, la ley N° 28726, “Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46°, 48°, 55°, 440°y 444° del código penal, y el artículo 135° del código procesal penal, a través de su artículo 2° incorpora el artículo 46°-B que reguló: “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 fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados” y modificado por la ley N° 30076, del 19 de

agosto del 2013, se ha propiciado una corriente orientada a considerar reincidentes a los ciudadanos que fueron condenados a penas privativas de la libertad con el carácter de suspendidas en su ejecución.

Debemos precisar que la orientación de la política criminal nacional por considerar circunstancia agravante e incrementar hasta un tercio de por encima del máximo de la pena para el tipo penal a la persona 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.

De otro lado, según la citada Ley N° 28726, en su artículo 2° que incorporó el artículo 46°-C del Código Penal, regula que: “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 ese sentido, existirá la habitualidad cuando el agente delictivo comete dos o más veces un delito igual, o siempre que los tres delitos se cometan en menos de cinco años. Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual.

La reincidencia y la habitualidad son demostrados en un proceso penal a través de los registros penales y de los sistemas de identificación personal. Así pues la reincidencia y habitualidad consideradas como agravantes para

incrementar la pena hasta por la mitad de la pena máxima para un delito resulta ser de influencia del derecho penal del enemigo para considerar al agente que vive al margen de la ley o que delinque de manera frecuente como un enemigo de la sociedad, no como ciudadano o no persona, sino como objeto al cual es imprescindible vulnerar sus derechos fundamentales, y por lo tanto deberá pasar mayor tiempo dentro de un establecimiento penitenciario, es decir se vulnera el derecho a la libertad personal, ambulatorio o de libre tránsito, por permanecer más tiempo de lo legalmente establecido para cada delito.

## **7. LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS**

El profesor nacional SMALL ARANA (2006) proporciona una definición de los beneficios penitenciarios, señalando que:

Son verdaderos incentivos, concebidos como derechos espectaculosos del interno, que le permitirán observar las normas de conducta en el campo penitenciario, tendientes a lograr menor permanencia en el establecimiento penitenciario mediante los mecanismos de la redención de la pena por el trabajo y la educación para luego alcanzar la semilibertad y la libertad condicional, accediendo paulatinamente a la libertad, por ello es que los beneficios penitenciarios no pueden concebirse como un derecho ni como una gracia; pues si así fuera, en el primer caso, habría simplemente una exigencia de carácter obligatorio de cumplir los requisitos determinados para su concesión. Que le harían perder su concepción dentro del tratamiento penitenciario y el sistema progresivo, más aún cuando el penado sigue siendo uno más del establecimiento penal, en tanto no alcance su libertad definitiva,

siendo esto así la semilibertad así como la liberación condicional, requieren de una calificación individualizada, en el segundo caso considerar a los beneficios penitenciarios como una gracia no resulta adecuado porque no es un acto de condonación o perdón como el indulto y la amnistía, que ponen fin a la condena (p, 68).

Acerca de los beneficios penitenciarios no son considerados derechos, en ese sentido, indica los profesores nacionales BROUSSET SALAS y VILCHEZ LIMAY (2017) entienden que:

Los beneficios penitenciarios como instituciones penológicas de ejecución, constituyen mecanismos legales tendientes a estimular las actitudes readaptativas de los penados, cuya regulación debe guardar congruencia con la función integral que a nuestro sistema penal le asigna a la pena, por lo que corresponde al Estado guardarlos adecuadamente en función de sus lineamientos de política criminal. Y es que los beneficios penitenciarios en general y los de efecto excarcelatorio en particular, constituyen instituciones íntimamente vinculadas al tratamiento penitenciario, que permiten reformar su progresividad en dos ámbitos: el primero estimulando en los internos la adopción de actitudes, permitiendo, además mejorar las condiciones para el desarrollo de las interrelaciones dentro del penal; y el segundo, posibilitando que en determinados casos (...) opere un período de prueba extramuros, reinsertando anticipadamente al vencimiento del plazo de su condena al penado en el seno de la sociedad (t, 95, p, 15-16).

Por otra parte, se entiende por beneficios penitenciarios como instrumentos normativos, en la historia penitenciaria y en la actualidad, adoptando la visión normativa del enfoque español, han servido y sirven para acortar las penas privativas de libertad impuestas o para reducir o disminuir el tiempo efectivo de internamiento o reclusión. Desde un concepto amplio de tales beneficios, como así se vislumbra en el ordenamiento peruano en cuanto que suponen acortamiento de la pena privativa de la libertad o reducción del tiempo efectivo de internamiento. En cualquier caso, estos instrumentos del régimen penitenciario, en todo tipo de regímenes políticos que los han incluido en sus ordenamientos, en la actualidad, se nutren de fundamento constitucional reinsertador, de aquel fin primordial al que la Constitución y la ley penal dirigen las instituciones penitenciarias. Por eso en un Estado social y democrático de derecho, tales expectativas del interno, debieran encontrar su acogida legal, no solo en normas de carácter administrativo que emita el gobierno de turno (reales Decretos como lo son los Reglamentos), sino que exigen el amparo orgánico legal para otorgar la seguridad jurídica y la base parlamentaria suficiente que toleren tales mecanismos reductores de las condenas. Ello porque tales mecanismos motivacionales efectivamente supondrán una reducción del tiempo en prisión y la exigencia orgánica legal encontrará su fundamento en la anuencia de la mayor parte del arco parlamentario (de la mayoría de la población española que otorga el poder legislativo a sus representantes) (MILLA VÁSQUEZ, 2016, p, 392).

En el campo normativo de ejecución penal, el artículo 165° del Reglamento del Código de Ejecución Penal define a los beneficios penitenciarios como estímulos que forman parte del tratamiento progresivo y responden a las exigencias de individualización de la pena, considerando la concurrencia de factores positivos en la evolución coadyuvantes a su reeducación y reinserción social. Deben ser tramitados y resueltos en los plazos establecidos en el código.

Finalmente, debemos indicar que sobre la eliminación de beneficios penitenciarios el artículo 46° del Código de Ejecución Penal regula que: “No es procedente el beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo o la educación para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la ley N° 30077 Ley contra el crimen organizado. En los casos de internos que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107°, 108°, 108°-A, 108°-B, 153°, 153°-A, 200°, 279°-G, 297°, 317°, 317°-A, 317°-B y 319° a 323° del Código Penal, la redención de pena por el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por seis días de labor o de estudio, respectivamente. Los reincidentes y habituales de cualquier delito, siempre que no se encuentre prohibida la redención, redimen la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o de estudio, respectivamente”.

Finalmente, sobre la acumulación de la redención de la pena por el estudio y el trabajo, señala el artículo 47° del mismo cuerpo legal que: “El beneficio de la redención de la pena por el trabajo y la educación no es acumulable cuando

estos se realizan simultáneamente. Siempre que la ley no prohíba la redención, el interno podrá acumular el tiempo de permanencia efectiva en el establecimiento penitenciario con el tiempo de pena redimido por trabajo o educación para el cumplimiento de la condena o el cumplimiento del tiempo requerido para acceder a la semilibertad o a la liberación condicional. En estos casos se deberá cumplir con el procedimiento y requisitos establecidos por el reglamento”.

Con estas normas claramente se desprende que se restringe o se elimina los beneficios penitenciarios para los miembros que perteneciendo a una organización criminal cometen un delito, es decir que al no proporcionarle ningún beneficios penitenciario a un interno se le niega toda posibilidad de reeducarse, de rehabilitarse, de resocializarse y de reinsertarse en el seno de la sociedad, no siendo tratado por tanto como persona, sino simplemente como cualquier objeto al que no posee derechos fundamentales ni protección legal por parte del Estado por ser considerado un enemigo de la sociedad.

## **8. LA FLAGRANCIA DELICTIVA**

El término “flagrancia” y “fragancia” se usaron en un tiempo de modo indistinto, hoy en día señala el profesor SALAS ARENAS (2016) que:

Nosotros empleamos el término compuesto *in fraganti*; la flagrancia viene de la idea de estar ardiendo, de hallarse el delito en plena ejecución, va de la tentativa a la consumación, y si unimos aquel al concepto *fumus bonis iuris* relativo a las medidas de cautela, advertimos que guardan estrecha relación,

“flagrancia” es fuego y fumus bonis iuris el humo de ese fuego cuando se insta la medida de cautela (p, 170).

Al respecto, sobre la flagrancia delictiva el profesor Costarricense ARAYA VEGA (2017) indica que:

Se entiende como evidencia de un hecho delictivo, respecto a su autor. Se configura cuando existe un acontecimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible. Que viene realizando o acaba de cumplir instantes antes, situación que amerita la urgente intervención de la policía. Se trata de una excepción al principio constitucional de reserva judicial para privar de la libertad en virtud de la urgencia de la situación y el cumplimiento de los requisitos de inmediatez temporal –el delito se está cometiendo o que se haya cometido instantes antes- y temporal –que el presunto delincuente se encuentre en el lugar, en ese momento, en dicha situación, y con relación al objeto, a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo (p, 200).

El profesor de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallos y Magistrado de la Corte Superior de Justicia GUILLERMO PISCOYA (2016) señala citando a DE HOYOS SANCHO que:

La flagrancia es una de las modalidades de la evidencia, una de las vías que conducen a la certeza de un dato cualquiera. Sólo habrá flagrancia si el conocimiento fundado que conduce a la certidumbre es resultado de la percepción sensorial directa e inmediata del hecho delictivo que se está cometiendo o acaba de cometer, no siendo por tanto bastante las

persecuciones o sospechas, por mucho que indiquen la probable comisión de un delito. En resumen no se puede confundir la apreciación de un delito flagrante como supuesto en el que el legislador permite practicar una detención, o una entrada y registro domiciliario, con lo que no es más que un notita criminis, un simple conocimiento o dato que permite creer, incluso racionalmente, que existe un delito (p, 111).

Por nuestra parte, podemos indicar que la flagrancia delictiva es influencia de la posición del derecho penal del enemigo que considera a la persona que vive al margen de la ley no como persona o ciudadano sino como objeto al cual se le puede y debe vulnerar sus derechos fundamentales por ser enemigo de la paz social y por no cumplir y respetar las normas sociales.

### **SUB CAPITULO III:**

#### **POLITICA CRIMINAL Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN PERÚ**

##### **1. ANTECEDENTES DE POLÍTICA CRIMINAL**

En un amplio sentido, la política criminal constituye todo género de actividad estatal encaminada a la prevención del delito y a la lucha contra él. Desde luego no se trata de una ciencia, como quisieron considerarla algunos, ni tampoco es la disciplina que pretendió haber creado Franz Von Liszt (MARQUEZ PIÑERO, 2006, p, 40).

El profesor argentino JIMÉNEZ DE ASÚA (1975) señala que la Política Criminal nació en:

Italia: Donde debe buscarse la primera cultura sobre derecho penal”, y ahí apareció por primera vez una tendencia científica de revisión crítica de las leyes punitivas o, lo que es lo mismo, una primera dirección de la Política Criminal. Debido a ello, puede considerarse al Marqués de Beccaria como el iniciador de esta corriente (p, 171-172).

De otro lado, el profesor MICHEL FOUCAULT (2010) indica que:

La necesidad de un castigo se formula como un grito del corazón o de la naturaleza indignada: en el peor de los asesinos, hay una cosa al menos que debe respetarse cuando se castiga: su humanidad. Llegará un día en el que este hombre, descubierto en el criminal, se convertirá en el blanco de la intervención penal, en el objeto que pretende corregir y transformar, en el campo de toda una serie de ciencias y de prácticas extrañas –penitenciarias, criminológicas-. Pero no es de ningún modo en tanto tema de un saber positivo

que se sustrae al hombre de la barbarie de los suplicios, sino como límite de derecho: frontera legítima del poder de castigar. No aquello sobre lo que tiene que obrar si quiere modificarlo, sino lo que debe dejar intacto para poder respetarlo (p, 86).

## **2. CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL**

Por Política Criminal podría entenderse el conjunto de objetivos que sustentan las decisiones estatales tomadas para hacer frente a la criminalidad. En un sentido práctico, SILVA SÁNCHEZ (2000) señala que:

Podría considerarse como objetivos político-criminales todas las finalidades que se procuran con la configuración del sistema penal. Así, podría considerarse una finalidad político-criminal reducir el incremento de determinada forma de criminalidad mediante la incriminación de cierto tipo de conductas, así como también producir un efecto puramente simbólico con determinada penalización o con el incremento de la severidad de cierta pena. Desde una perspectiva empírica, como puede verse, los fines demagógicos formarían parte también de la política criminal. Precisamente contra esta forma de comprender la política criminal, se ha dirigido la encarnizada crítica de los representantes de la Escuela de Frankfurt en los últimos años (p, 1).

El profesor México MARQUES PIÑERO (2006) nos brinda un concepto de Política Criminal:

Se trata no de una ciencia, sino de un criterio directivo de la reforma penal, fundamentando en el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y de las demás medidas de defensa social contra el delito. Tales

criterios suministran material al derecho penal para la obtención de nuevas metas. Realmente, el propósito de la política criminal es aprovechar de modo práctico los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, por parte del legislador, para satisfacer los fines propios del ordenamiento jurídico (p, 40).

Para el maestro español SILVA SÁNCHEZ (2005) la política criminal consiste en:

La manera como la colectividad reacciona organizadamente, frente a las acciones delictuosas que amenazan su cohesión o su desarrollo armónico. Siendo su tarea no sólo la descripción de la reacción social contra la delincuencia, sino también determinar los lineamientos que deberían seguirse a fin de lograr una mayor eficacia. Llegándose a considerar que la política criminal se presenta bajo dos aspectos esenciales: 1°.- Como una disciplina o un método de observación y estudio de la reacción anticriminal; tal como es, efectivamente, practicada. 2°.- Como un arte o estrategia de lucha contra la delincuencia, destinada a erradicarla; y que resulta elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva (p, 25).

Por su parte, el profesor alemán CLAUS ROXÍN (2000) indica que la mejor política criminal consiste en:

Conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho (2000, p, 34). Así también, por política criminal entiende:

A diferencia por ejemplo de Liszt, no sólo la elección de las sanciones preventivo especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales,

preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones. De esta forma, también los elementos limitadores de nuestro Ordenamiento jurídico penal, como el principio nullum crimen o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho. En lo que sigue, al hilo de algunos aspectos que me parecen especialmente importantes (y sobre todo en la confrontación con el postulado teórico sistémico), voy a exponer de forma esquemática cómo influye en la elaboración dogmática un pensamiento estructurador del material jurídico basado en tales valoraciones (p, 58-59).

HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND (2002) refieren que:

La Política criminal se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir al Derecho penal para poder cumplir de la mejor forma posible su misión de proteger a la sociedad. La política criminal concreta con las causas del delito, discute cómo deben ser redactada correctamente las características de los tipos penales para comprenderse con la realidad del delito, intenta determinar el modo en el que desarrollan sus efectos las sanciones aplicadas en derecho penal, toma en consideración hasta que límite el legislador puede extender el derecho penal para no restringir más de lo absolutamente necesario el espacio de libertad del ciudadano, y prueba si el derecho penal material está adecuadamente configurado para poder ser aplicado en el proceso penal. Si también la política criminal, como cualquier ciencia, es libre en su investigación

y está sometida únicamente a la verdad, entonces rige ciertos límites para la consecución de los objetivos legislativos propuestos por ella. No todo lo que parece adecuado al fin es también justo (p, 24).

Finalmente, conceptualizamos a la Política Criminal como el conjunto de conocimientos y experiencias que se interrelacionan para prevenir y contrarrestar los riesgos y conductas delictuales de la forma más eficaz posible, garantizando derechos fundamentales y que se plasman a través de normas analizadas y promulgadas por el legislador nacional.

### **3. CLASES DE POLÍTICA CRIMINAL**

La política criminal presenta tres tipos, a saber: política criminal penal, política criminal procesal penal y política criminal penitenciaria.

#### **3.1. Política criminal penal**

La política criminal penal es el conjunto de objetivos que sustentan las decisiones estatales tomadas para hacer frente a la criminalidad o delincuencia ya sea común como organizada a través de la imposición de penas a quien transgrede el ordenamiento penal ya sea elevando las penas o sobrecriminalizándolas, así también se orienta la política criminal a regular nuevas conductas delictivas o mejor dicho se orienta a penalizar conductas que no eran considerados delitos resultan ser positivizadas en el ordenamiento penal.

Asimismo, es necesario precisar a la despenalización, que es lo opuesto a la penalización, lo cual se refleja cuando se flexibiliza el rigor penal a través de la reducción de la cantidad del tiempo en cumplir las penas.

Al respecto, señala el profesor nacional PEÑA-CABRERA FREYRE (2017) que:

El legislador toma en cuenta un hecho que se produce en las relaciones inter-humanas, portador de lesividad social para con el interés jurídico, y así procede a su acriminación; sin embargo, tal conducción humana puede estar ya acogida en una determinada tipificación legal, más la necesidad de expresar una simbología comunicativa hacia el colectivo incide en una propuesta sobrecriminalizadora (t, n° 31, p, 81). Asimismo, agrega que:

Las decisiones de Política Criminal en un orden democrático de derecho, esto es, su formulación en el plano de la ley pena, deben ser fruto de una decisión debidamente razonada, en cuanto a filtros de selectividad, llevados a un ámbito de legitimación propio de sus principios limitadores, no hacerlo hace correr el riesgo de contravenirlos, lo cual propiciaría lineamientos legislativos desafortunados. Como bien se dice en la doctrina, los dos grandes criterios que debe inspirar la política criminal a la hora de adoptar decisiones sobre el control de la criminalidad, la creación de nuevas figuras delictivas o la elección de las medidas más adecuadas son, por un lado, la idea de justicia y, por otro, la de utilidad. Este es un predicado que no puede dejar de lado en cualquier reforma legal de la ley penal, sea por obra directa del legislador (t, n° 31, p, 92-93).

En consecuencia, somos de opinión que la política criminal viene a ser la orientación del Estado a combatir la criminalidad desde el ámbito del derecho penal para su reducción y erradicación de las conductas delictivas que causan

desorden e inseguridad ciudadana, política que se refleja en la imposición de penas elevadas, duras, potenciadas o sobrecriminalizadas, regular o incorporar en el seno normativo penal nuevas conductas delictivas.

### **3.2. Política criminal procesal penal**

La política criminal procesal penal es la orientación del estado por controlar y erradicar la criminalidad común u organizada en el ámbito del derecho procesal penal a través del proceso común o de todos los procesos especiales que conocemos (proceso de terminación anticipada, conclusión anticipada, confesión sincera, colaboración eficaz, procesos especiales por la función, proceso inmediato, entre otros).

En el ámbito del derecho procesal penal, la política criminal combate también la delincuencia a través de la imposición de medidas restrictivas de libertad como la detención por flagrancia delictiva, el arresto ciudadano o la prisión preventiva, adecuando dichas medidas para su procedencia en determinadas circunstancias y ciertas agravantes su aplicación, otras medidas como la comparecencia simple o restringida. Finalmente, siguiendo todo un proceso penal hasta la imposición de una sentencia.

### **3.3. Política criminal penitenciaria**

La política criminal penitenciaria se ejecuta en ejecución de sentencia, es decir el cumplimiento de las penas propiamente dichas ejecutadas por el ente encargado, es decir, el Instituto Nacional Penitenciario- INPE.

En el cumplimiento de una pena la política criminal se aplica a través del endurecimiento para obtener los beneficios penitenciarios, siendo que las

normas han cambiado sobre ello para ciertos delitos que incluso se les ha eliminado, es decir que no tienen estos beneficios penitenciarios, así también esta política se refleja con la emisión de normas de otros dispositivos legales de descongestionar los establecimientos penitenciarios como las leyes de grilletes electrónicos, la conversión de penas en ejecución, entre otros.

#### **4. LA POLÍTICA CRIMINAL ACTUAL**

La política criminal tanto penal, procesal penal y penitenciaria está orientada en la lucha contra la delincuencia tanto común como organizada con la finalidad de mantener la seguridad ciudadana y la paz social, existiendo en dicha política la aplicación de las bases doctrinarias del derecho penal del enemigo, sobre todo en esos delitos que afectan gravemente los bienes jurídicos tutelados como son el delito de crimen organizado, el delito de terrorismo, el delito de violación sexual de menor de edad, en la que se considera a la persona no como una persona ni como ciudadano sino como un enemigo que sólo busca el desorden social, que sólo busca hacer daño a las normas estatales y que por lo tanto al cometer un delito es merecedor que se le supriman o se le vulneren sus derechos fundamentales, situación que resulta no aceptable en la sociedad nacional por ser un país democrático y como lo ha expresado el máximo intérprete de la Constitución Política peruana las normas que aplicando el derecho penal del enemigo vulneran derechos fundamentales resulta inconstitucional.

De otro lado, debemos precisar que con el derecho penal del enemigo la persona deja de ser persona para prácticamente tratarlo peor que a un objeto o

un ser inútil e inservible e incluso hasta desechable, ya que según su consideración doctrinaria si es ciudadano o persona al cometer un delito debe imponerse una pena incluso hasta moderada y respetando sus derechos fundamentales, pero quien es considerado un enemigo no tiene derecho a resocializarse, ha reeducarse, rehabilitarse o reinsertarse en la sociedad, vulnerándose todos sus derechos fundamentales.

Es por ello que, que la política criminal penal con este tipo de corriente doctrinaria se ha elevado las penas de una manera admirable, se ha potencializado o sobrecriminalizado las penas en delitos que ven al delincuente o quien comete un acto delictivo grave como un enemigo como en el caso de los delitos de terrorismo, los cometidos por una organización criminal, el delito de violación sexual u homicidio calificado, entre otros.

## **5. FINES DE LA POLÍTICA CRIMINAL**

En la visión científica de la política criminal, según el profesor español SILVA SÁNCHEZ (2000) existe en la actualidad consenso en entender que son dos los fines político-criminales esenciales:

En primer lugar, el sistema penal debe ser eficaz en la lucha contra la criminalidad, lo que significa llevar la criminalidad a niveles que permitan aún la convivencia social. Esta eficacia se manifiesta fundamentalmente de dos formas. Por un lado, el sistema penal debe ser capaz de motivar a los ciudadanos a no realizar delitos, sea mediante la severidad de las penas, sea mediante la certeza del castigo. Por otro lado, las víctimas deben encontrar satisfacción en la reacción penal frente al delito, pues solamente de esta

manera se evitaría el desbordamiento social al que llevaría el ejercicio, por lo general irracional, de la venganza privada. Como puede verse, el sistema penal debe ser doblemente eficaz en la prevención de la violencia: eficaz para contener la violencia criminal y eficaz para contener la violencia privada (p, 1).

La segunda finalidad esencial de la política criminal es mantener el respeto de las garantías de los ciudadanos frente al ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Esta faceta garantista del sistema penal se mueve igualmente en dos planos. Por un lado, están las garantías vinculadas a la configuración de los criterios de imputación de responsabilidad penal. Con estos criterios se busca impedir que el Estado atribuya responsabilidad penal de forma arbitraria, de manera tal que debe guiarse por ciertas reglas formales y principios materiales propios de la organización social (principio de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad de las penas, lesividad, etc.) (p, 1).

Por otro lado, cabe mencionar el conjunto de garantías reconocidas a una persona sujeta a un proceso penal, de manera tal que el sometiendo a una decisión judicial de carácter penal no sólo sea proporcional, sino que excluya suficientemente los riesgos de falibilidad a los que se expone todo juicio humano. Como puede verse, la política criminal ilustrada no apunta únicamente a aumentar la eficacia represiva del sistema penal, sino también a mantener suficientemente la vigencia de las garantías del ciudadano frente al ejercicio del ius puniendi del Estado.

En estas ideas generales sobre los fines de la política criminal, quisiera no sólo mencionar brevemente dichos fines, sino también resaltar cómo se

manifiesta la relación funcional entre ambos fines. En las exposiciones especializadas, se considera que esta relación, de alguna manera, constituye no más que de una manifestación particular de la relación de antinomia entre los valores de seguridad y libertad, especialmente discutida en las sociedades modernas sobre todo a partir de los infelices sucesos del 11 de septiembre. En pocas palabras: Se ha dicho que aumentar los niveles de seguridad implicaría necesariamente reducir los ámbitos de libertad, del mismo modo que, inversamente, mayores espacios de libertad aumentarían las posibilidades de abuso de la libertad y, por tanto, las cuotas de inseguridad del resto de miembros de la sociedad. Concretado esto en el sistema penal, se ha dicho que la mayor seguridad para los ciudadanos que se alcanzaría con un sistema especialmente represivo implicaría necesariamente reducir los ámbitos de garantía del ciudadano, de la misma forma que el aumento de garantías limitaría la eficacia preventiva del sistema penal (p, 1).

## **6. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL PERÚ**

El derecho penal del enemigo se encuentra inmerso en la legislación nacional, siendo que en determinados delitos tipificados en el ordenamiento penal se han asumido de manera clara las características constitutivas que postula el derecho penal del enemigo, claro ejemplo de ello lo encontramos en el delito de terrorismo y el crimen organizada.

Así como respecto al crimen organizado como todos sabemos es uno de los delitos que mayor temor genera por sus actos delictuales, por la estratificación entre sus miembros y la especialidad de cada uno al momento de cometer un

acto delictual, siendo que ante ello la población aclama penas mucho más duras de las que se contemplaba e incluso se exige la pena de muerte, por la inseguridad ciudadana que generan, siendo que el Estado peruano aplicando la política criminal basada en el derecho penal del enemigo implemento paquetes normativos para luchar contra dicha criminalidad organizada, así tenemos, se promulgó:

- Ley N° 30077: ley contra el crimen organizado. En su artículo 2°. Definición de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.
- Decreto Legislativo N 1106: Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos. En su artículo 3°. Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito. El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Al respecto, opina JIMÉNEZ CORONEL (2016) que:

Al primer tipo de criminalidad no solamente se le castiga penalmente por los hechos delictivos que puedan realizar organizadamente, sino que se les

castiga, por un lado al momento de su perpetuación y, por el otro, cuando intentan introducir al mercado sus ganancias como legales mediante el delito de lavado de activos. También hay que incluir dentro de este grupo al tipo penal de marcaje y reglaje, los cuales no hacen más que demostrar la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo (p, 101-102).

Por otro lado, con respecto al terrorismo, se caracteriza por su clara afectación a los derechos fundamentales. Estas tuvieron claros rasgos inconstitucionales, fruto del miedo y de la inseguridad que se vivía por ese entonces en nuestro país. A pesar de todo, nada justifica la violencia en el trato, tanto para el grupo subversivo como para la sociedad civil. La aplicación del derecho penal del enemigo en este contexto se hizo evidente, por regular conductas que iban en oposición al Estado.

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC, señala: el artículo 7 del Decreto Ley N° 25475 y, por extensión, el artículo 1 del Decreto Ley N° 25880, son inconstitucionales en cuanto tipifican el delito de apología del terrorismo, en su versión genérica y agravada. En efecto, dichos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades. En ese sentido el Tribunal Constitucional considera que, en este supuesto, no es preciso delimitar interpretativamente el supuesto

prohibido en ambas disposiciones legales, toda vez que ella es expresión de una innecesaria sobrecriminalización, al encontrarse contemplando dicho ilícito en el artículo 316° del código penal, que obviamente queda subsistente.

Al respecto, señala JIMÉNEZ CORONEL (2016):

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

## **7. POSICIÓN DEL AUTOR SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO POLÍTICA CRIMINAL EN EL PERÚ**

Las definiciones proporcionadas por JAKOBS han repercutido en el tratamiento normativo peruano, como en los delitos de crimen organizado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, violación de la libertad sexual de menor, corrupción de funcionarios, conspiración y ofrecimiento al sicariato.

En ese sentido, señala ARBULÚ RAMÍREZ (2016) que:

Con o sin respaldo doctrinario, se aprecia en nuestra legislación penal una notable incursión en ámbitos propiamente atribuidos al derecho penal del enemigo, esto se produce como respuesta a la urgente necesidad de combatir la inseguridad ciudadana como fin último del derecho penal. Sin esa respuesta punitiva, en principio y de manera incipiente, no podría hacerse frente, en igualdad de condiciones a la delincuencia ni a la delincuencia organizada (p, 364-365).

De los tipos penales analizados como el delito del crimen organizado y el de terrorismo, podemos darnos cuenta que el derecho penal del enemigo se encuentra incluso regulado en el ordenamiento jurídico, debiendo precisar que en un estado democrático como el nuestro en donde se proclama y caracterizado por la protección de derechos fundamentales no debería asumir este tipo de derecho penal. En tal sentido, el Máximo Intérprete de la Constitución peruana ha declarado inconstitucional de las normas en mención a estas teorías, a través del expediente N° 003-2005-PI, precisando los límites que deben tener las normas penales que se aplican con la finalidad de proteger los bienes jurídicos penal y constitucionalmente establecidos, así Señala que:

La política de persecución de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables. Entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales que para los segundos, no cabe alternativa más que su total eliminación (Lima, 9 de agosto del 2006, fundamento jurídico, 16).

Así mismo también, el Tribunal Constitucional señaló:

Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho- principio d dignidad humana y, por

otro lado, en el principio político democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco, en modo alguno, que el derecho penal constitucional se convierta en un derecho penal “simbólico”, sino que debe responder severa y eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de derecho tiene la obligación de proteger, de conformidad con el artículo 44 de la constitución- aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (Lima, 9 de agosto del 2006, fundamento jurídico, 17).

JIMÉNEZ CORONEL (2016) indica que:

Corresponde a los magistrados la realización de un correcto test constitucional e ir más allá, a fin de delimitar lo más claro posible la utilización de las normas del derecho penal del enemigo, para que estas gocen de legitimidad y puedan operar dentro de un debido proceso. A su vez, la aplicación de esta teoría necesita que el Estado realice un análisis de cada sujeto, para determinar su peligrosidad y o abocarse solo a los hechos que se le imputa. También debe existir un límite a la violencia física que se puede ejercer contra los “enemigos” para evitar que el Estado se desvirtúe en sus fines colectivos de protección así, “el derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores (p, 103-104).

Finalmente, compartimos la opinión proporcionada por el citado autor cuando concluye que ante la aplicación inminente del derecho penal del enemigo en nuestro país correspondería establecer límites en su ejercicio. Diferenciar cuando se está frente a la aplicación del derecho penal del enemigo o frente al derecho del ciudadano, que se mide con el recorte de los ámbitos de libertad que da el Estado sin respeto a los derechos constitucionales garantizados. También se requiere un análisis de cada sujeto, para determinar su peligrosidad y no abocarse sólo a los hechos que se le imputa. Todo esto está a cargo de los entes que administran justicia en nuestro país, ya sea creando normas o aplicándolas, para lo cual deben procurar un correcto test constitucional en aras de delimitar lo más claro posible la utilización de las normas del derecho penal del enemigo, a fin de que estas tengan legitimidad y puedan operar dentro de un debido proceso e ir más allá.

En consecuencia, las bases doctrinarias del derecho penal del enemigo no se ajusta a la realidad nacional peruana por ser un Estado democrático y porque deviene en inconstitucional al vulnerar derechos fundamentales de las personas con este tipo de derecho penal, toda vez que considerar a una persona como enemigo de la sociedad peruana es necesario preliminarmente determinar el grado de peligrosidad que presenta, situación que no se realiza, sino que los juzgadores al momento de determinar una pena se abocan a los hechos imputados.

Así también, sostenemos que no se debe tomar los fundamentos del derecho penal del enemigo en el ordenamiento penal peruano es que la finalidad del

derecho penal no radica en la protección de bienes jurídicos sino más bien en la protección de la vigencia de la norma. Es decir, que el derecho penal del enemigo apunta por protección de la norma por parte del ciudadano y quien atente contra ella, es decir, la norma debe ser considerado enemigo y al ser considerado enemigo es posible de vulnerar sus derechos fundamentales entre otros derechos. Y al proteger en primer lugar la norma social, descuida la protección de los bienes jurídicos, ya que el ordenamiento penal peruano gira en torno a la protección precisamente de los bienes jurídicos.

## **IV. MARCO METODOLÓGICO**

### **3.1. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO**

En este apartado corresponde el desarrollo del Trabajo de campo realizado en el Distrito Judicial de Lambayeque-ciudad de Chiclayo, sobre la base de una encuesta aplicada a la comunidad jurídica chiclayana conformada por jueces, fiscales y abogados. Así, tenemos la conformación de los siguientes cuadros estadísticos:

#### **3.1.1. Datos encuesta dirigida a Jueces, Fiscales y Abogados**

CUADRO N° 01: CONCEPTO DEL DERECHO PENAL

GRÁFICO 01

CUADRO N° 02: EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

GRÁFICO 02

CUADRO N° 03: EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

GRÁFICO 03

CUADRO N° 04: EL CONCEPTO DE ENEMIGO

GRÁFICO 04

CUADRO N° 05: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

GRÁFICO 05

CUADRO N° 06: DEFINICIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL

GRÁFICO 06

CUADRO N° 07: APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO  
EN LA NORMA PENAL

GRÁFICO 07

CUADRO N° 08: ADOPCIÓN DE UNA ADECUADA POLÍTICA  
CRIMINAL

GRÁFICO 08

CUADRO N° 09: AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL  
ENEMIGO

GRÁFICO 09

CUADRO N° 10: APLICACIÓN TAXATIVA POR DELITOS DEL  
DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

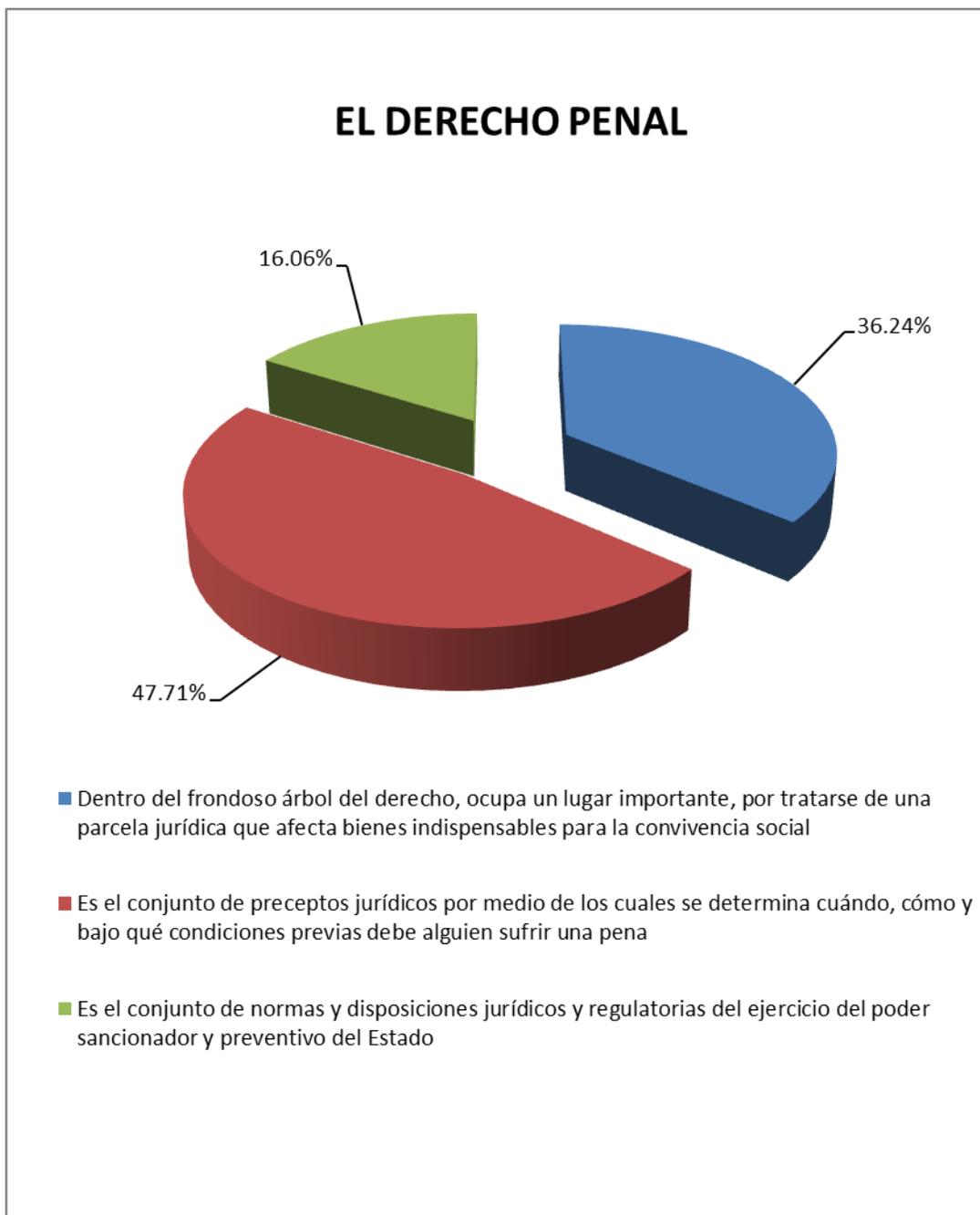
GRÁFICO 10

**CUADRO N° 01 : CONCEPTO DEL DERECHO PENAL**

<b>PREGUNTA</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>1.- Sobre el Derecho Penal, ¿cuál de las siguientes alternativas considera el que mejor lo define?</b>	Dentro del frondoso árbol del derecho, ocupa un lugar importante, por tratarse de una parcela jurídica que afecta bienes indispensables para la convivencia social.	79	<b>36.24%</b>
	Es el conjunto de preceptos jurídicos por medio de los cuales se determina cuándo, cómo y bajo qué condiciones previas debe alguien sufrir una pena.	104	<b>47.71%</b>
	Es el conjunto de normas y disposiciones jurídicos y regulatorias del ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado.	36	<b>16.05%</b>
<b>T O T A L</b>		<b>218</b>	<b>100%</b>

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de Setiembre de 2017.

**GRÁFICO 01**

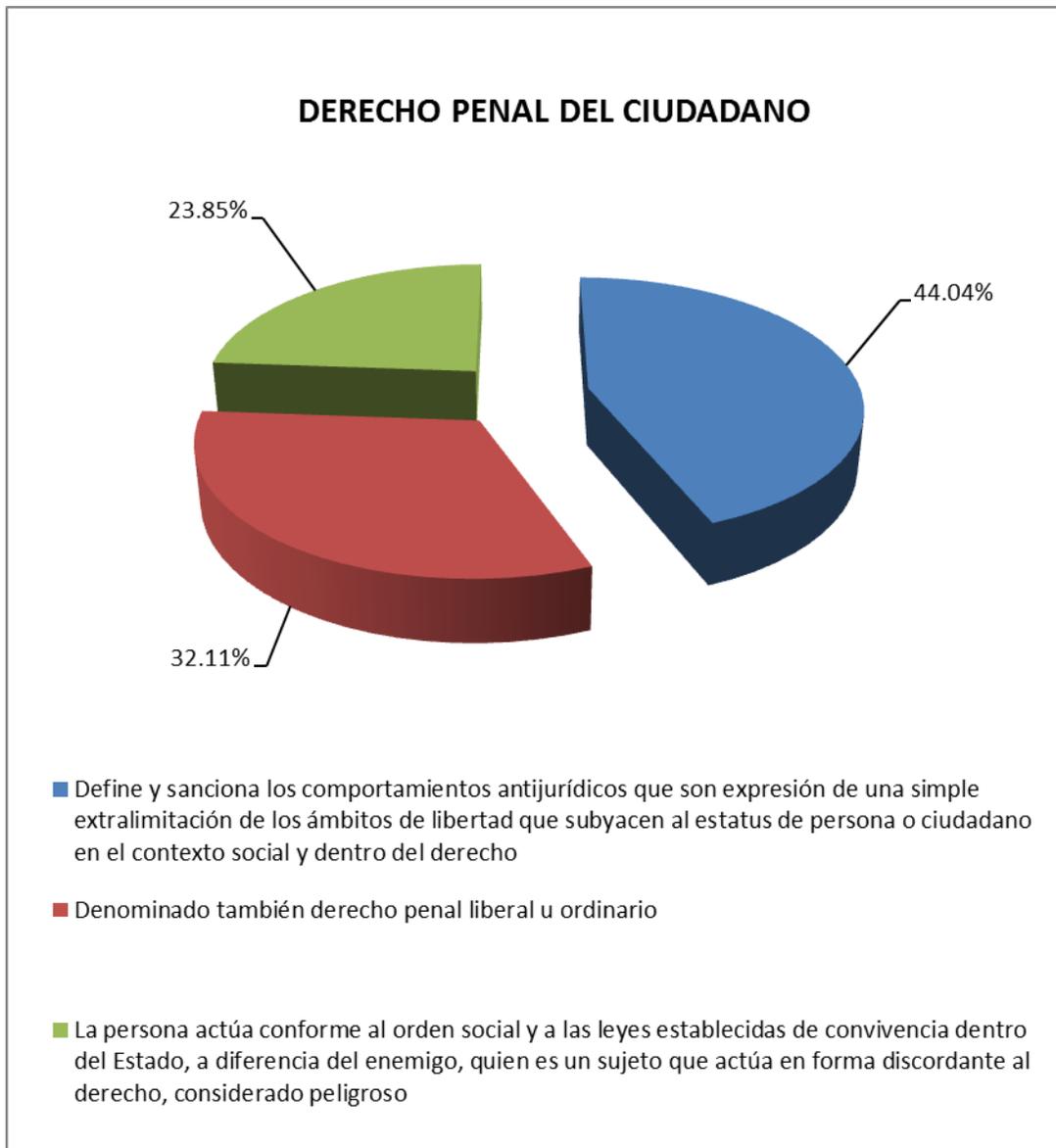


**CUADRO N° 02 : EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO**

<b>PREGUNTA</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>2.- El Derecho penal del Ciudadano, según su opinión: ¿es considerado cómo?:</b>	Define y sanciona los comportamientos antijurídicos que son expresión de una simple extralimitación de los ámbitos de libertad que subyacen al estatus de persona o ciudadano en el contexto social y dentro del derecho.	96	<b>44.04%</b>
	Denominado también derecho penal liberal u ordinario.	70	<b>32.11%</b>
	La persona actúa conforme al orden social y a las leyes establecidas de convivencia dentro del Estado, a diferencia del enemigo, quien es un sujeto que actúa en forma discordante al derecho, considerado peligroso.	52	<b>23.85%</b>
<b>T O T A L</b>		<b>218</b>	<b>100%</b>

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de Setiembre de 2017.

**GRÁFICO O2**

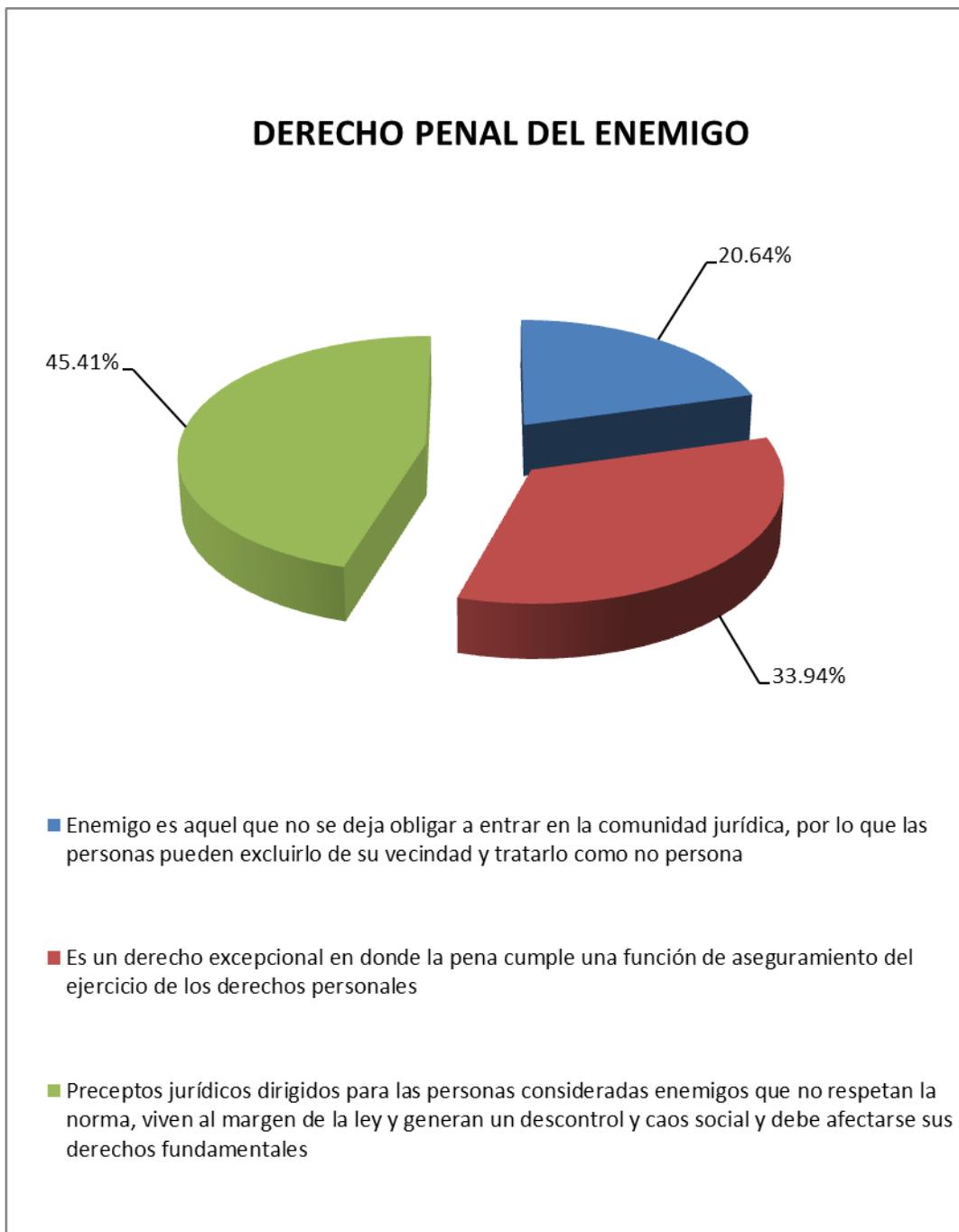


**CUADRO N° 03 : EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

<b>PREGUNTA</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>3.- ¿Cuál de los conceptos transcritos nos brinda una idea más cercana del derecho penal del enemigo?</b>	Enemigo es aquel que no se deja obligar a entrar en la comunidad jurídica, por lo que las personas pueden excluirlo de su vecindad y tratarlo como no persona.	45	<b>20.64%</b>
	Es un derecho excepcional en donde la pena cumple una función de aseguramiento del ejercicio de los derechos personales.	74	<b>33.95%</b>
	Preceptos jurídicos dirigidos para las personas consideradas enemigos que no respetan la norma, viven al margen de la ley y generan un descontrol y caos social y debe afectarse sus derechos fundamentales.	99	<b>45.41%</b>
<b>T O T A L</b>		<b>218</b>	<b>100%</b>

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de Setiembre de 2017.

**GRÁFICO 03**



**CUADRO N° 04 : EL CONCEPTO DE ENEMIGO**

<b>PREGUNTA</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
4.- Según su experiencia doctrinaria: ¿El Derecho Penal del enemigo considera que los enemigos son los que están o actúan en contra o al margen del derecho penal y del sistema social, en consecuencia, para nuestro caso, vendrían a ser los terroristas, los narcotraficantes, los que pertenecen a una organización criminal, los violadores, los secuestradores, etc.?	SÍ.	98	44.95%
	NO.	74	33.95%
	Ns/No.	46	21.10%
<b>T O T A L</b>		<b>218</b>	<b>100%</b>

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de Setiembre de 2017.

**GRÁFICO 04**

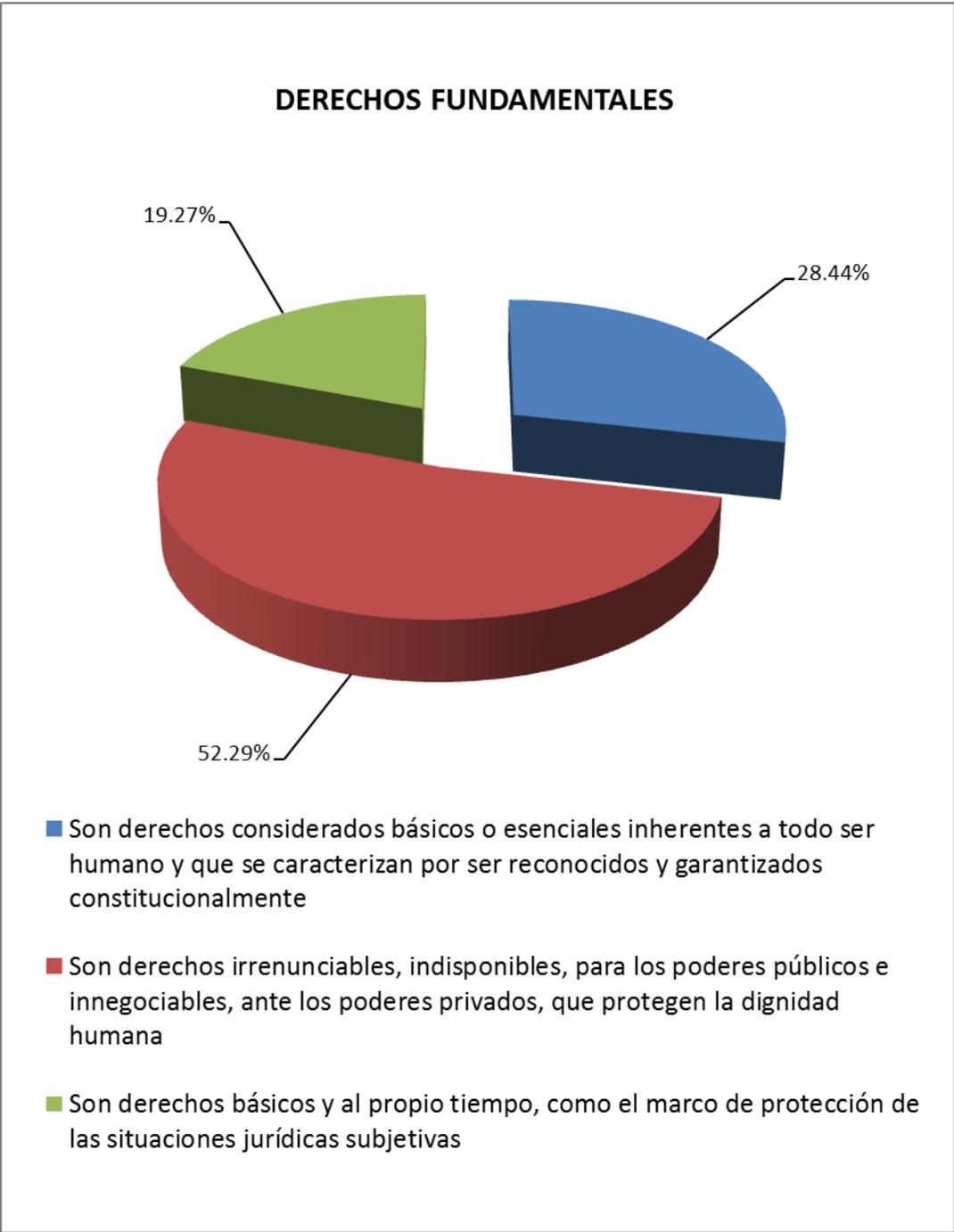


**CUADRO N° 05 : LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
5.- Acerca de los derechos Fundamentales: <b>¿Cuál de los siguientes conceptos aborda mejor su tratamiento doctrinario?</b>	Son derechos considerados básicos o esenciales inherentes a todo ser humano y que se caracterizan por ser reconocidos y garantizados constitucionalmente.	62	28.44%
	Son derechos irrenunciables, indisponibles, para los poderes públicos e innegociables, ante los poderes privados, que protegen la dignidad humana.	114	52.29%
	Son derechos básicos y al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.	42	19.27%
<b>T O T A L</b>		<b>218</b>	<b>100%</b>

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de Setiembre de 2017.

**GRÁFICO 05**

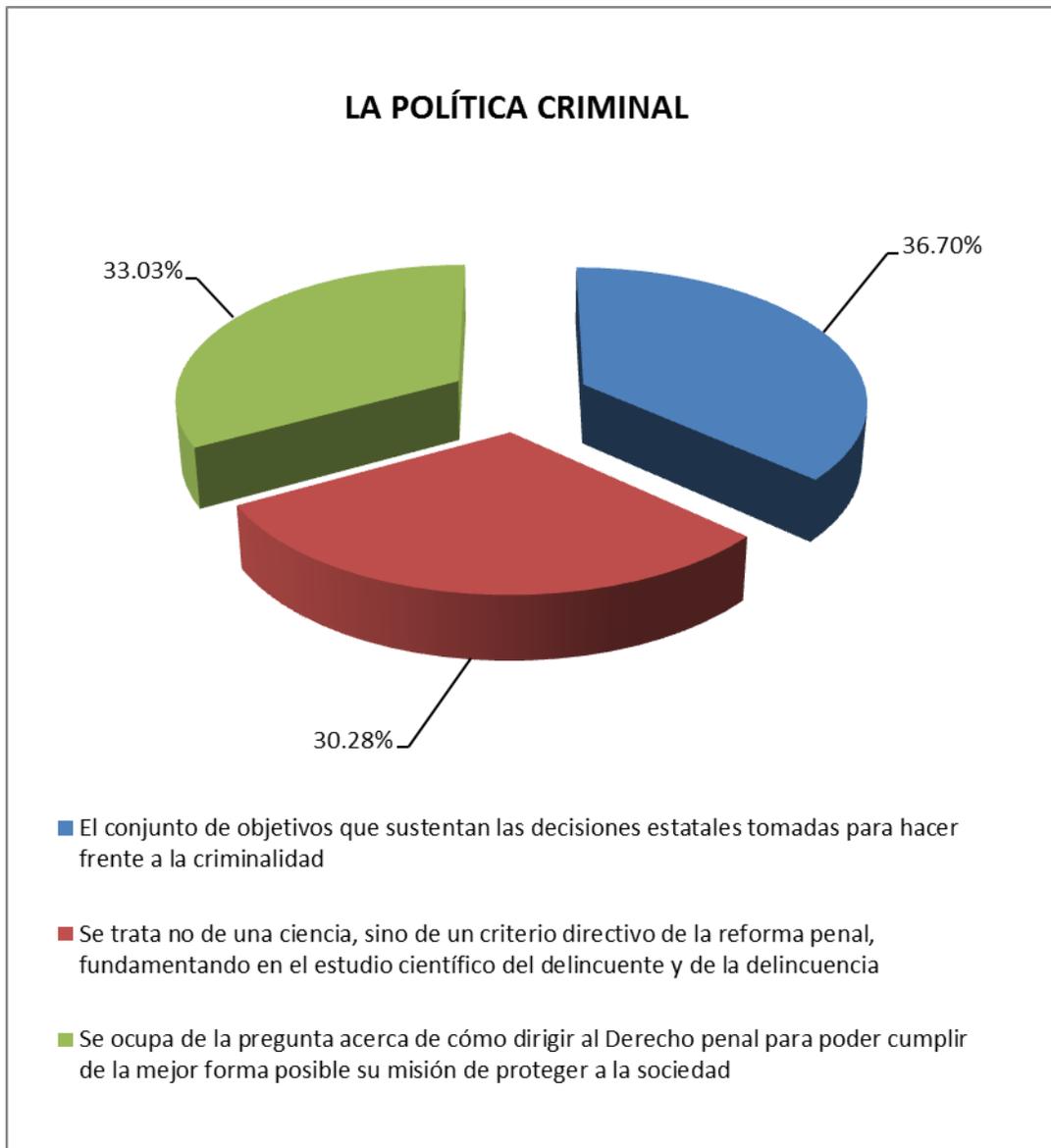


**CUADRO N° 06 : DEFINICIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL**

<b>PREGUNTA</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>6.- ¿Cuál de los siguientes conceptos que a continuación se detallan nos brindan con mejor detalle la idea de la Política criminal?</b>	El conjunto de objetivos que sustentan las decisiones estatales tomadas para hacer frente a la criminalidad.	<b>80</b>	<b>36.70%</b>
	Se trata no de una ciencia, sino de un criterio directivo de la reforma penal, fundamentando en el estudio científico del delincuente y de la delincuencia.	<b>66</b>	<b>30.28%</b>
	Se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir al Derecho penal para poder cumplir de la mejor forma posible su misión de proteger a la sociedad.	<b>72</b>	<b>33.02%</b>
<b>T O T A L</b>		<b>218</b>	<b>100%</b>

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de Setiembre de 2017.

**GRÁFICO 06**



**CUADRO N° 07 : APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA NORMA PENAL**

<b>PREGUNTA</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
7.- ¿Considera que la política criminal dirigida a erradicar la delincuencia refleja la aplicación del derecho penal del enemigo con la elevación o endurecimiento de penas, dictamen excesivo de prisión preventiva, restricción o eliminación de beneficios penitenciarios, la abolición del Principio de Absorción de penas, la inclusión de la reincidencia y habitualidad como agravantes de la pena, la imprescriptibilidad de los delitos, la flagrancia delictiva, entre otros?	SÍ.	86	39.45%
	NO.	81	37.16%
	Ns/No.	51	23.39%
<b>T O T A L</b>		<b>218</b>	<b>100%</b>

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de Setiembre de 2017.

**GRÁFICO 07**

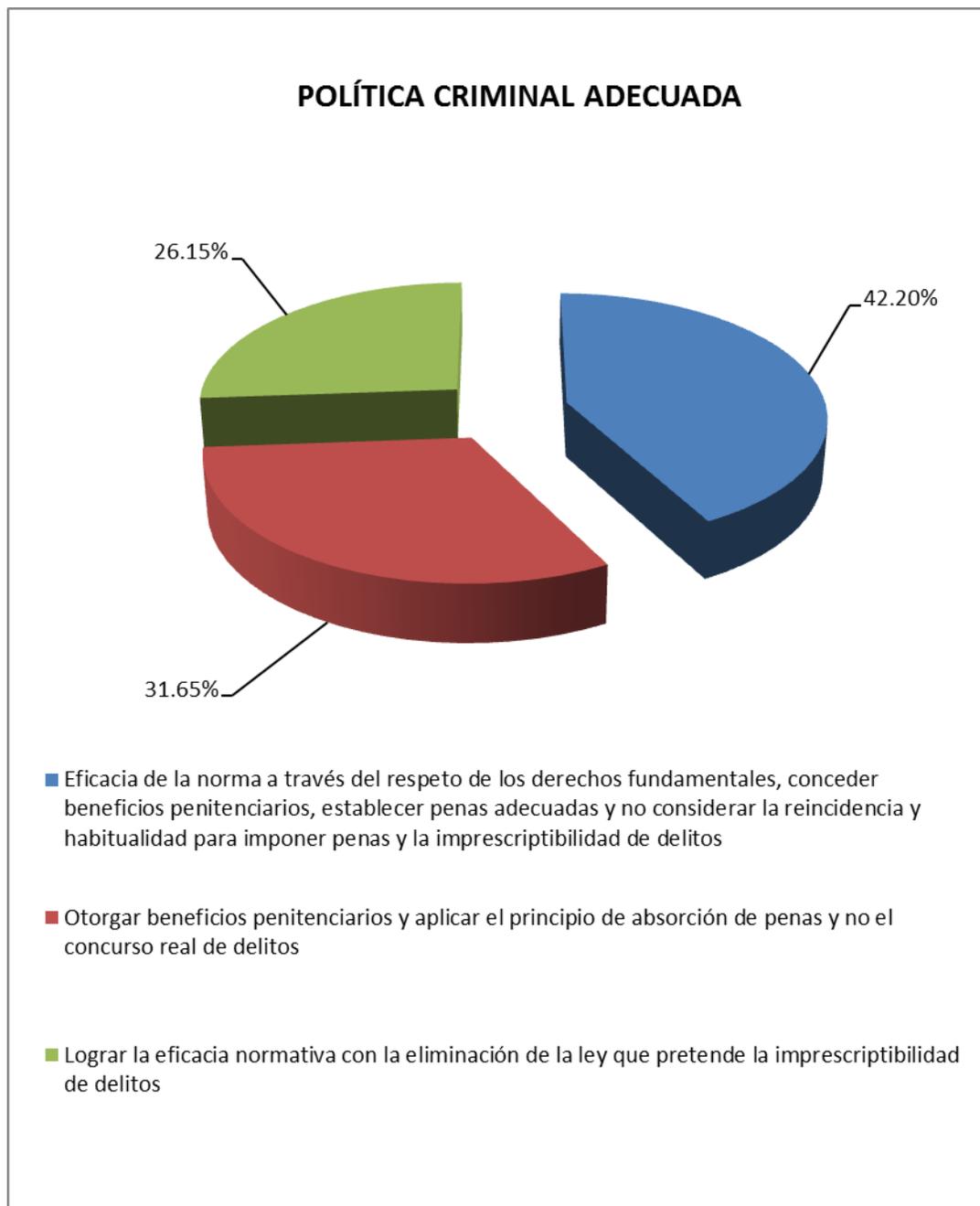


**CUADRO N° 08 : ADOPCIÓN DE UNA ADECUADA POLÍTICA CRIMINAL**

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
8.- ¿Considera que para adoptar una adecuada política criminal en nuestro país es necesario?:	Eficacia de la norma a través del respeto de los derechos fundamentales, conceder beneficios penitenciarios, establecer penas adecuadas y no considerar la reincidencia y habitualidad para imponer penas y la imprescriptibilidad de delitos.	92	42.20%
	Otorgar beneficios penitenciarios y aplicar el principio de absorción de penas y no el concurso real de delitos.	69	31.65%
	Lograr la eficacia normativa con la eliminación de la ley que pretende la imprescriptibilidad de delitos.	57	26.15%
<b>T O T A L</b>		<b>218</b>	<b>100%</b>

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de Setiembre de 2017.

**GRÁFICO 08**



**CUADRO N° 09 : AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL ENEMIGO**

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
9.- ¿Cuándo el Derecho penal del enemigo considera a un sujeto delictivo como enemigo que está al margen de la norma penal, pretende el desorden y contraviene la paz social, éste debe ser tratado no como persona y por lo tanto debe vulnerarse sus derechos fundamentales?	SÍ.	74	33.95%
	NO.	80	36.69%
	Ns/No.	64	29.36%
<b>T O T A L</b>		<b>218</b>	<b>100%</b>

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de Setiembre de 2017.

**GRÁFICO 09**



**CUADRO N° 10 : APLICACIÓN TAXATIVA POR DELITOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

<b>PREGUNTA</b>	<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<p>10.- Atendiendo a su experiencia laboral, le preguntamos:  <b>¿Considera que el Derecho Penal del enemigo se aplica taxativamente en los siguientes delitos?:</b></p>	Delitos graves, delitos leves y de mínima intervención penal.	50	<b>22.94%</b>
	El delito de terrorismo, la criminalidad organizada, violación sexual, secuestro y extorsión.	93	<b>42.66%</b>
	Delito de Femicidio, parricidio y lesiones en violencia familiar.	75	<b>34.40%</b>
<b>T O T A L</b>		<b>218</b>	<b>100%</b>

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de Setiembre de 2017.

**GRÁFICO 10**



### 3.2. Análisis de los resultados

De la aplicación de la encuesta aplicada a la comunidad jurídica chiclayana, entre Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se ordenó dicha información dentro de un apartado denominado **“Datos encuesta dirigida a Jueces, Fiscales y Abogados”**, el mismo que contiene diez cuadros.

En ese sentido, se tiene que del **“CUADRO N° 01: CONCEPTO DEL DERECHO PENAL”**, que contiene la pregunta sobre el Derecho Penal: ¿cuál de las siguientes alternativas considera el que mejor lo define?, y dentro de una población muestral de 218 personas entre Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque se tiene que para el 36.24% define al derecho penal como aquel que dentro del frondoso árbol del derecho, ocupa un lugar importante, por tratarse de una parcela jurídica que afecta bienes indispensables para la convivencia social, por su parte, un 47.71% de los encuestados indicó que el derecho penal es el conjunto de preceptos jurídicos por medio de los cuales se determina cuándo, cómo y bajo qué condiciones previas debe alguien sufrir una pena, y el restante 16.05% lo conceptúa como el conjunto de normas y disposiciones jurídicos y regulatorias del ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, siendo que todo lo señalado se demuestra con el GRÁFICO 01.

Ahora bien, con respecto al **“CUADRO N° 02: EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO”**, que explica sobre el Derecho penal del Ciudadano y según su opinión: ¿es considerado cómo?, teniendo en cuenta a los 218 encuestados

entre Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se desprende que para el 44.04% del total de encuestados el derecho penal del ciudadano es aquel que define y sanciona los comportamientos antijurídicos que son expresión de una simple extralimitación de los ámbitos de libertad que subyacen al estatus de persona o ciudadano en el contexto social y dentro del derecho; de otro lado, un 32.11% de ellos indicó que es denominado también derecho penal liberal u ordinario y el otro 23.85% señaló que en el derecho penal del ciudadano, la persona actúa conforme al orden social y a las leyes establecidas de convivencia dentro del Estado, a diferencia del enemigo, quien es un sujeto que actúa en forma discordante al derecho, considerado peligroso. Lo dicho anteriormente se demuestra con el GRÁFICO 02.

Por su parte, el **“CUADRO N° 03: EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”**, que contiene la interrogante: ¿Cuál de los conceptos transcritos nos brinda una idea más cercana del derecho penal del enemigo?, y teniendo en cuenta la población encuestada entre 218 personas conformadas por Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se tiene que para el 20.64% del total de los encuestados señalo que el enemigo es aquel que no se deja obligar a entrar en la comunidad jurídica, por lo que las personas pueden excluirlo de su vecindad y tratarlo como no persona, por su parte un 33.95% de los encuestados expresó que es un derecho excepcional en donde la pena cumple una función de aseguramiento del ejercicio de los derechos personales, mientras que para el otro 45.41% de los encuestados manifestó que el derecho penal del enemigo es el conjunto de preceptos jurídicos

dirigidos para las personas consideradas enemigos que no respetan la norma, viven al margen de la ley y generan un descontrol y caos social y debe afectarse sus derechos fundamentales, lo cual se demuestra con el GRÁFICO 03.

Luego, con respecto al Enemigo y atendiendo a la experiencia laboral del encuestado, se le preguntó: ¿El Derecho Penal del enemigo considera que los enemigos son los que están o actúan en contra o al margen del derecho penal y del sistema social, en consecuencia, para nuestro caso, vendrían a ser los terroristas, los narcotraficantes, los que pertenecen a una organización criminal, los violadores, los secuestradores, etc.?, contenida en el **“CUADRO N° 04: EL CONCEPTO DE ENEMIGO”**, y de un total de 218 encuestados entre Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque muestra que para el 44.95% de los encuestados enfatizó que el Derecho Penal del enemigo sí considera que los enemigos son los que están o actúan en contra o al margen del derecho penal y del sistema social, en consecuencia, para nuestro caso, vendrían a ser los terroristas, los narcotraficantes, los que pertenecen a una organización criminal, los violadores, los secuestradores, etc., siendo que de opinión contraria lo indicó un 33.95%, mientras que el restante 21.10% de los encuestados prefirió no emitir opinión alguna, demostrándolo todo lo explicado en este cuadro por el GRÁFICO 04.

De otro lado, con respecto a los derechos fundamentales, y ante la pregunta: ¿Cuál de los siguientes conceptos aborda mejor su tratamiento

doctrinario?, contenida en el **“CUADRO N° 05: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”**, y considerando a 218 encuestados entre Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, muestra que el 28.44% de los encuestados considera que los derechos fundamentales son derechos considerados básicos o esenciales inherentes a todo ser humano y que se caracterizan por ser reconocidos y garantizados constitucionalmente, por su parte un 52.29% mayoritario indicó que son derechos irrenunciables, indisponibles, para los poderes públicos e innegociables, ante los poderes privados, que protegen la dignidad humana, y el restante 19.27% de los encuestados señaló que los derechos fundamentales son derechos básicos y al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas. Lo expresado anteriormente se corrobora con el GRÁFICO 05.

Del **“CUADRO N° 06: DEFINICIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL”**, se desprende que ante la inquietud: ¿Cuál de los siguientes conceptos que a continuación se detallan nos brindan con mejor detalle la idea de la Política criminal?, y atendiendo a una población encuestada de 218 personas entre Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se desprende que para el 36.70% del total de encuestados conceptúa a la Política criminal como el conjunto de objetivos que sustentan las decisiones estatales tomadas para hacer frente a la criminalidad, por su parte el 30.28% de los encuestados propone que se trata no de una ciencia, sino de un criterio directivo de la reforma penal, fundamentando en el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, y el otro 33.02% de los encuestados preciso

que se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir al Derecho penal para poder cumplir de la mejor forma posible su misión de proteger a la sociedad. Lo cual se demuestra en el GRÁFICO 06.

Por otra parte, ante la interrogante: ¿Considera que la política criminal dirigida a erradicar la delincuencia refleja la aplicación del derecho penal del enemigo con la elevación o endurecimiento de penas, dictamen excesivo de prisión preventiva, restricción o eliminación de beneficios penitenciarios, la abolición del Principio de Absorción de penas, la inclusión de la reincidencia y habitualidad como agravantes de la pena, la imprescriptibilidad de los delitos, la flagrancia delictiva, entre otros?, contenida en el **“CUADRO N° 07: APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA NORMA PENAL”**, y de una población de 218 personas encuestadas entre Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque muestra que el 39.45% sí considera que la política criminal dirigida a erradicar la delincuencia refleja la aplicación del derecho penal del enemigo con la elevación o endurecimiento de penas, dictamen excesivo de prisión preventiva, restricción o eliminación de beneficios penitenciarios, la abolición del Principio de Absorción de penas, la inclusión de la reincidencia y habitualidad como agravantes de la pena, la imprescriptibilidad de los delitos, la flagrancia delictiva, entre otros, mientras que un 37.16% de los encuestados es de opinión contraria a la anterior afirmativa, y el restante 23.39% prefirió o emitir opinión valedera, lo cual se corrobora con el GRÁFICO 07.

Del “**CUADRO N° 08: ADOPCIÓN DE UNA ADECUADA POLÍTICA CRIMINAL**”, que contiene la inquietud: ¿Considera que para adoptar una adecuada política criminal en nuestro país es necesario? Y atendiendo a una población muestral de 218 personas conformada por Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se desprende que para el 42,20% de los encuestados que una adecuada política criminal debe estar basada en la eficacia de la norma a través del respeto de los derechos fundamentales, conceder beneficios penitenciarios, establecer penas adecuadas y no considerar la reincidencia y habitualidad para imponer penas y la imprescriptibilidad de delitos, por su parte un 31.65% de los encuestados señaló que una adecuada política criminal debe otorgar beneficios penitenciarios y aplicar el principio de absorción de penas y no el concurso real de delitos y el restante 261.5% de ellos señaló que esta se debe lograr a través de la eficacia normativa con la eliminación de la ley que pretende la imprescriptibilidad de delitos. Lo señalado anteriormente se demuestra con el GRÁFICO 08.

Ahora bien, atendiendo a una población encuestada de 218 personas conformada por Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque cuando se le formula la interrogante: ¿Cuándo el Derecho penal del enemigo considera a un sujeto delictivo como enemigo que está al margen de la norma penal, pretende el desorden y contraviene la paz social, éste debe ser tratado no como persona y por lo tanto debe vulnerarse sus derechos fundamentales?, contenida en el “**CUADRO N° 09: AFECTACIÓN DE**

**DERECHOS FUNDAMENTALES AL ENEMIGO**”, se desprende que para el 33,95% de los encuestados Cuándo el Derecho penal del enemigo considera a un sujeto delictivo como enemigo que está al margen de la norma penal, pretende el desorden y contraviene la paz social, sí debe ser tratado no como persona y por lo tanto debe vulnerarse sus derechos fundamentales, mientras que de opinión contraria el 36.69% de los encuestados precisó que cuando Cuándo el Derecho penal del enemigo considera a un sujeto delictivo como enemigo que está al margen de la norma penal, pretende el desorden y contraviene la paz social, éste no debe ser tratado no como persona y por lo tanto no debe vulnerarse sus derechos fundamentales Y el restante 29.36% de los encuestados prefirió no responder a la interrogante, lo cual se corrobora plenamente con el GRÁFICO 09.

Finalmente, con el **“CUADRO N° 10: APLICACIÓN TAXATIVA POR DELITOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”** en atención a la experiencia laboral del encuestado, se le preguntó: ¿Considera que el Derecho Penal del enemigo se aplica taxativamente en los siguientes delitos? y considerando una población muestral de 218 personas conformadas por Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se tiene que para el 22.94% de los encuestados considera que el derecho penal del enemigo se aplica taxativamente en delitos graves, delitos leves y de mínima intervención penal, mientras que un acertado 42.66% considera que el derecho penal del enemigo se aplica en los delitos de terrorismo, la criminalidad organizada, violación sexual, secuestro y extorsión, y el restante

34.40% de los encuestados señaló que se aplica en los delitos de Femicidio, parricidio y lesiones en violencia familiar. Lo manifestado anteriormente queda corroborado con el GRÁFICO 10.

### **3.3. Discusión y contrastación de hipótesis**

En cuanto a la discusión de los resultados de la investigación se llega a determinar que el derecho penal del enemigo ha influenciado mucho y de manera negativa en el ordenamiento penal de un país democrático como el nuestro, siendo que taxativamente se ha determinado su influencia en los delitos cometidos por miembros pertenecientes a una organización criminal, así como también en el delito de terrorista, violación sexual, el secuestro, extorsión.

Así pues se demuestra que con las normas que regulan el aumento de penas o la sobrecriminalización, el incremento de pena cuando es habitual o reincidente, la restricción o eliminación de beneficios penitenciarios, la eliminación del principio de absorción o concusión de penas, la flagrancia delictiva se nota la influencia del derecho penal del enemigo, así como también se demuestra que es una campaña populista no basada en una política criminal adecuada, sino en una política social para lograr votos en campañas políticas para acceder al gobierno de turno.

De otro lado, los resultados de la encuesta aplicada a la comunidad jurídica chiclayana entre Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque se desprende que la mayoría de los encuestados (47.71%) conceptúa al derecho penal como el conjunto de preceptos jurídicos por medio

de los cuales se determina cuándo, cómo y bajo qué condiciones previas debe alguien sufrir una pena. en igual sentido la posición dominante de los encuestados (44.04%) definió el derecho penal del ciudadano como aquel derecho que define y sanciona los comportamientos antijurídicos que son expresión de una simple extralimitación de los ámbitos de libertad que subyacen al estatus de persona o ciudadano en el contexto social y dentro del derecho.

Con respecto al derecho penal del enemigo, la inclinación preferente (45.41%) es por conceptualizarlo como el conjunto de preceptos jurídicos dirigidos para las personas consideradas enemigos que no respetan la norma, viven al margen de la ley y generan un descontrol y caos social y debe afectarse sus derechos fundamentales. En ese mismo sentido, para el 44.95% de los encuestados indicó que el Derecho Penal del enemigo considera que los enemigos son los que están o actúan en contra o al margen del derecho penal y del sistema social, en consecuencia, para nuestro caso, vendrían a ser los terroristas, los narcotraficantes, los que pertenecen a una organización criminal, los violadores, los secuestradores, etc.

En cuanto a los derechos fundamentales el dominio de los encuestados es por considerarlos como derechos irrenunciables, indisponibles, para los poderes públicos e innegociables, ante los poderes privados, que protegen la dignidad humana. De otro lado, la posición preferencial (36.70%) de los encuestados considera que la política criminal es el conjunto de objetivos que

sustentan las decisiones estatales tomadas para hacer frente a la criminalidad.

Luego, el porcentaje mayoritario de 39.41% de los encuestados considera que la política criminal dirigida a erradicar la delincuencia sí refleja la aplicación del derecho penal del enemigo con la elevación o endurecimiento de penas, dictamen excesivo de prisión preventiva, restricción o eliminación de beneficios penitenciarios, la abolición del Principio de Absorción de penas, la inclusión de la reincidencia y habitualidad como agravantes de la pena, la imprescriptibilidad de los delitos, la flagrancia delictiva, entre otros. Así también, la posición predominante (42.20%) de los encuestados considera que para adoptar una adecuada política criminal en nuestro país es necesario una eficacia de la norma a través del respeto de los derechos fundamentales, conceder beneficios penitenciarios, establecer penas adecuadas y no considerar la reincidencia y habitualidad para imponer penas y la imprescriptibilidad de delitos.

La postura mayoritaria de los encuestados (36.69%) precisa que cuándo el Derecho penal del enemigo considera a un sujeto delictivo como enemigo que está al margen de la norma penal, pretende el desorden y contraviene la paz social, éste debe no ser tratado no como persona y por lo tanto no debe vulnerarse sus derechos fundamentales. Y, finalmente, la inclinación dominante (42.66%) de los encuestados precisó que el derecho penal del enemigo taxativamente se aplica en los delitos de terrorismo, la criminalidad organizada, violación sexual, secuestro y extorsión.

En consecuencia, la hipótesis se ha contrastado, confirmándola, en primer término con la opinión especializada de juristas nacionales, extranjeros y por la comunidad jurídica de Chiclayo entre Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, quienes entienden, también que el derecho penal del enemigo aplicado en una sociedad democrática como la nuestra deja mucho que desear porque afecta derechos fundamentales, siendo incluso declarado por el Tribunal Constitucional algunas normas bajo su influencia como inconstitucionales. Por lo tanto, el estudio de la doctrina, las recientes reformas penales sobre incrementos de penas, la eliminación de beneficios penitenciarios, la abolición del Principio de Absorción de penas, la inclusión de la reincidencia y habitualidad como agravantes de la pena, la imprescriptibilidad de los delitos, la flagrancia delictiva, entre otros supuestos normativos, muestra claramente que están influenciadas por el derecho penal del enemigo como política criminal para erradicar la delincuencia tanto común como organizada, no hacen más que confirmar que el derecho penal del enemigo vulnera o afecta derechos fundamentales como el derecho a la dignidad humana, el derecho a la libertad personal, ambulatoria o de libre tránsito, el derecho a la rehabilitación, reeducación, reinserción y resocialización del penado.

## CONCLUSIONES

1. El incremento de las penas en el ordenamiento penal es en parte expresión del Derecho penal del enemigo, así como también de la voz popular que pide endurecer o sobrecriminalizar las penas en la creencia errada que esta es la única manera de frenar la inseguridad ciudadana generada por la delincuencia.
2. La eliminación de beneficios penitenciarios, en la legislación penitenciaria, como orientación de la política criminal penitenciaria es expresión de considerar a la persona que delinque como enemigo de la sociedad, por contravenir la norma.
3. La abolición del principio de absorción o consunción de penas que se opone al concurso real de delitos es una influencia negativa de considerar al ciudadano que comete un delito como enemigo por encontrarse al margen de la ley, por generar el caos y desorden social.
4. Al considerar las instituciones jurídicas de la reincidencia y la habitualidad como agravantes al momento de imponer para controlar la delincuencia resulta ser influencia del derecho penal del enemigo.
5. La imprescriptibilidad de los delitos en el ordenamiento penal nacional resultan ser la expresión de considerar al transgresor penal como enemigo, pues

deviene en aquel que no merece la sobreprotección de sus derechos fundamentales y ser tratado no como persona o ciudadano.

6. La flagrancia delictiva resulta ser una política criminal de actuar rápidamente frente a un delito, tanto por parte de la autoridad competente, como por parte de cualquier ciudadano, y con cierta influencia del derecho penal del enemigo.

## RECOMENDACIONES

1. El derecho penal del enemigo no debe ser aplicado en un Estado democrático, como el nuestro, porque vulnera o transgrede derechos fundamentales, como la dignidad humana, la libertad personal, la libertad ambulatoria o de libre tránsito, la rehabilitación, reeducación, reinserción, esto es, la resocialización del condenado a pena privativa de la libertad.
2. Una persona no puede ser considerada como ciudadano solo por respetar las normas penales y que al cometer un delito debe aplicársele una pena justa de acuerdo al ordenamiento penal y por estar al margen de la ley que genera un desorden, descontrol de la paz social y no respeta la norma, debe ser considerado enemigo y por lo tanto pasible de restringirse todos sus derechos.
3. El Estado peruano debe efectuar campañas de debate jurídico entre todos los Distritos Judiciales de nuestro País con la finalidad de incrementar el conocimiento y descubrir aún más a que otros derechos y ámbitos en los que la aplicación del derecho penal del enemigo viene vulnerando.
4. Orientar una política criminal basada en la protección de los derechos fundamentales, adecuando las normas sin incrementos excesivos en las penas, sin eliminar beneficios penitenciarios, sin abolir el Principio de Absorción de penas, sin incrementar la pena por la reincidencia y habitualidad, que exista una prescripción de los delitos, entre otros supuestos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

### LIBROS

- ALEXY, Robert. "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales". En: Teoría de los derechos fundamentales. Segunda Edición. Editorial centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2008.
- ALEXY, Robert. "Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional". En: Neoconstitucionalismo (s). Editorial Trotta. Madrid. 2003.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1997). "La Constitución de 1993. Análisis comparado". Tercera Edición. Editorial Constitución y Sociedad ICS. Lima.
- BIDART CAMPOS, Germán (1987). "La Interpretación y el Control Constitucionales en la jurisdicción constitucional". Editorial Ediar. Buenos Aires.
- BRAMONT ARIAS, Luís y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto (1995). "Código Penal Anotado". Editorial San Marcos. Lima.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen (1996). "Manual de Derecho Penal. Parte Especial". Segunda Edición Aumentada y actualizada. Editorial San Marcos. Lima.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y JAKOBS, Gunther (2003). "Derecho Penal del Enemigo". Editorial Civitas. Madrid.
- CANCIO MELIÁ, Manuel (2006). "Derecho Penal del Enemigo". Editorial Edisofer. Madrid.

- CASTILLO ALVA, José Luis y Otros (2004). “Código Penal Comentado”. Tomo I “Título Preliminar. Parte General”. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luís (2005). “Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general”. Editorial Palestra. Lima.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luís (2008). “Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales”. Editorial Grijley. Lima.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl (2007). “Diccionario de Derecho Constitucional”. Quinta Edición. Abogados editores. Lima.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl (2008). “Comentarios a la Constitución”. Quinta Edición. Editorial Jurista Editores. Lima.
- CUELLO CALÓN, Eugenio (1975). “Derecho penal”. Tomo I: “parte General”. Volumen 1. Editorial Bosch. Barcelona.
- DÍAZ ARANDA, Enrique; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; JÄGER, Christian y ROXÍN, Claus (2002). “Problemas fundamentales de Política criminal y derecho penal”. Fondo Editorial del Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco (2002). “Estudios Constitucionales”. Editorial ARA Editores. Lima.
- ESER, Albin, HASSEMER, Winfried y BURKHARDT, Björn (2004). “La Ciencia del Derecho Penal ante el cambio de Milenio”. Traducción de Teresa MANZO, Francisco MUÑOZ CONDE (Coord.). Valencia.
- ETO CRUZ, Gerardo (2011). “Teoría de la Constitución y teoría de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

- En: Tribunal Constitucional reescribe el Derecho. Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia Constitucional en las diferentes especialidades del derecho. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.
- FERRERO REBAGLIATI, Raúl (2004). "Ciencia Política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional". Octava Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima.
- FOUCAULT, Michel (2010). "Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión". Traducción de surveiller el punir. Primera reimpresión de la segunda edición revisada y corregida. Editorial Siglo XXI de España editores s.a. Madrid.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (1990). "Derecho Penal". Fondo Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- HURTADO POZO, José (2000). "Nociones básicas de derecho penal de Guatemala. Parte General". Guatemala.
- JAKOBS, Günther (1996). "Sociedad, Norma y Persona". Editorial Civitas. Madrid.
- JAKOBS, Günther (2003). "Derecho Penal del Enemigo". Editorial Hammurabi. Buenos Aires.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELÍA, Manuel (2003). "Derecho Penal del Enemigo". Editorial Civitas. Madrid.
- JAKOBS, Günther y POLAINO-ORTS, Miguel (2011). "Persona y Enemigo". Editorial Ara. Lima.

- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (2002). "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Quinta Edición corregida y ampliada. Editorial COMARES. Granada.
- JÍMENEZ DE ASÚA, Luis (1964). "Tratado de Derecho Penal". Tomo I. Tercera Edición. Editorial Lozada. Buenos Aires.
- LÓPEZ GUERRA, Luís; ESPÍN, Eduardo; GARCÍA MORILLO, Joaquín; PÉREZ TREMP, Pablo; SATRÚSTEGUI, Miguel (2007). "Manuales de Derecho Constitucional". Volumen I "El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos". Séptima Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.
- MARQUÉZ PIÑERO, Rafael (2006) "Derecho Penal. Parte General". Editorial Trillas. México.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2002). "Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacional Socialismo". Cuarta Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2005). "De Nuevo Sobre el Derecho Penal del Enemigo". Editorial Hammurabi. Buenos Aires.
- NAVARRETE MALDONADO, Alejandro José (2012). "El respeto de los derechos fundamentales en el procedimiento de despido a través de la jurisprudencia constitucional". En: Gaceta Constitucional. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 57, Lima, Setiembre.
- ORTECHO VILLENA, Víctor (2006). "Los Derechos Humanos. Su desarrollo y Protección." BLG Ediciones. Lima.

- PAZO PINEDA, Oscar Andrés (2014). “Los Derechos Fundamentales y el Tribunal Constitucional”. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco (1974). “Manual de Derecho penal mexicano. Parte General”. Editorial Porrúa. México.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1999). “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”. Editorial Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Madrid.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1998). “Los derechos fundamentales”. Editorial Tecnos S. A. Séptima Edición. Madrid.
- PRIETO SANCHIS, Luis (1992). “Estudios sobre Derechos Fundamentales”. Editorial Debate. Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). “Apuntes de Teoría del Derecho”. Segunda Edición. Editorial Trotta. Madrid.
- QUISPE CORREA, Alfredo (2007). “Derecho Constitucional I”. Comité Editorial de derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Lima.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos (2007). “Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento- Y cómo sustentar expedientes”. Cuarta Edición Revisada-Aumentada. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.
- RAMOS SUYO, J. A (2004). “Elabore su Tesis en Derecho Pre y Post Grado”. Editorial San Marcos. Lima.

- ROXÍN, Claus (2000). “La evolución de la Política criminal, el derecho penal y el proceso penal”. Editorial Tirant Lo Blanch Alternativa. Traducción de Carmen Gómez Rivera y María del Carmen García Cantizano. Valencia.
- ROXÍN, Claus (2002). “Política criminal y el sistema del derecho penal”. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Segunda Edición. Primera reimpresión. Editorial Hammurabi. José Luís Depalma Editor. Buenos Aires.
- RUBIO CORREA, Marcial (1999). “Estudio de la Constitución Política de 1993”. Tomo 1. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2000). “La Interpretación Constitucional de los Derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos”. Editorial La Ley. Buenos Aires.
- SILVA SÁNCHEZ, José María (1997). “Política criminal y el nuevo derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxín). Editorial José María Bosch Editor. Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, José María (2000). “Política Criminal y Persona”. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires.
- SMALL ARANA, Germán (2006). “Situación carcelaria en el Perú y Beneficios Penitenciarios”. Editorial Grijley. Lima.
- SOSA SACIO, Juan Manuel (2008). “Sobre el carácter indisponible de los derechos fundamentales”. En: Gaceta Constitucional. Tomo 9, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, setiembre.

TOLLER, Fernando (2005). "Interpretación Constitucional". Editorial Porrúa. México.

VON BELING, Ernst (2002). "Esquema de Derecho penal. La doctrina del Delito-Tipo". Editorial Librería El Foro. Buenos Aires.

VON LISZT, Franz (2014). "La idea fin en el derecho penal". Editorial Instituto Pacífico. Lima.

### **Hemerográficas**

ÁLVAREZ DOULE, Daniel (2017). "La doctrina Parot y el fantasma del derecho penal del enemigo. A propósito del caso del río contra el Reino de España". En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Información especializada para abogados, jueces y Fiscales, Editorial Gaceta Jurídica, tomo 92, Febrero, Lima.

ARAYA VEGA, Alfredo (2017). "Flagrancia Delictiva y actuaciones Policiales". En: Actualidad Penal Al día con el Derecho Penal, Procesal Penal, Penitenciario y Criminología, Editorial del Instituto Pacífico, Volumen N° 33, Marzo, Lima.

ARBULÚ RAMÍREZ, José Antonio (2016). "Los derechos del enemigo. Perspectiva de política criminal para enfrentar la delincuencia". Actualidad Penal al día con el Derecho penal, procesal penal, penitenciario, criminología, Editorial Instituto Pacífico, N° 26, Agosto, Lima.

BROUSSET SALAS, Ricardo Alberto y VILCHEZ LIMAY, Roberto Carlos (2017). "¡Vae Victis! El tratamiento de los beneficios penitenciarios en la encrucijada y su resignada regla de aplicación temporal". En: Gaceta Penal

- & Procesal Penal. Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales. Editorial Gaceta Jurídica, Mayo, Tomo 95, Lima.
- CASTILLO CORDOVA, Luis (2005). “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”. En: Revista Mexicana de derecho Constitucional, N° 12, Enero-Junio.
- CIANCIARDO, Juan (2001). “Los límites de los derechos fundamentales”. En: Revista de Fundamentación Jurídica.
- CHANJAN DOCUMENT, Rafael H. (2016). “Las comunidades indígenas y el derecho penal del enemigo”. En: Actualidad Penal al día con el Derecho penal, procesal penal, penitenciario, criminología, Editorial Instituto Pacífico, N° 26, Agosto, Lima.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1989). “Algo más cerca del coto vedado”. En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N° 6, Lima.
- GUILLERMO PISCOYA, Juan Riquelme (2016). “La Importancia de la imputación necesaria en el proceso inmediato”. En: Actualidad Penal Al día con el Derecho, Editorial del Instituto Pacífico, Volumen N° 21, Marzo, Lima.
- JIMÉNEZ CORONEL, Eiser Alexander (2016). “La delimitación jurídica del derecho penal del enemigo en un Estado de derecho”. En: Actualidad Penal al día con el Derecho penal, procesal penal, penitenciario, criminología, Editorial Instituto Pacífico, N° 26, Agosto, Lima.
- MILLA VÁSQUEZ, Diana Gisella (2016). “Política criminal de tolerancia cero en España y Perú”. En: Actualidad Penal al día con el Derecho Penal.

- Procesal Penal. Penitenciario y Criminología, Editorial Instituto Pacífico, N° 28, Octubre, Lima.
- NAVARRETE MALDONADO, Alejandro José (2012). “El respeto de los derechos fundamentales en el procedimiento de despido a través de la jurisprudencia constitucional”. En: Gaceta Constitucional. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 57, Setiembre, Lima.
- PACHECO MANDUJANO, Luis Alberto (2011). “La dialéctica de la teoría de la pena en el derecho penal del ciudadano de Günther Jakobs. ¿Hegel y Jakobs o Hegel en Jakobs?”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Información Especializada para abogados y Jueces, Tomo 22, Abril, Lima.
- PARMA, C. (2006) “El enemigo del Derecho Penal del enemigo. En ámbito Jurídico.
- REYES TELLO, Roxanna (2015). “El Derecho penal del Enemigo”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Información especializada para abogados, jueces y Fiscales, Editorial Gaceta Jurídica, tomo 75, Setiembre, Lima.
- SALAS ARENAS, (2016). “Reflexiones sobre el proceso inmediato en flagrancia y otros supuestos en aplicación del Decreto Legislativo N° 1194”. En Gaceta Penal & Procesal Penal. Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales, Editorial Gaceta Jurídica, tomo 79, Enero, Lima.
- SILVA SÁNCHEZ, José María (2000). #Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”. En Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Piura.

SOSA SACIO, Juan Manuel (2008). “Sobre el carácter indisponible de los derechos fundamentales”. En: Gaceta Constitucional. Tomo 9, Editorial Gaceta Jurídica, setiembre, Lima.

### **Linkográfica**

SCHONEMANN, Bernd. “La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal”.

En:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjettuKmOzWAhUGQ5AKHZXhD8sQFggsMAE&url=https%3A%2F%2F Dialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F46401.pdf&usg=AOvVaw0hWRVggHU2GfFcZ1roSxPh>

Derecho Penal del Enemigo. En:

<http://www.enfoquejuridico.info/wp/biblioteca/publico/derecho-penal/derecho-penal-del-enemigo/>

ARBUROLA VALVERDE, Master Allan. “Derecho Penal del Enemigo”. En:

<http://www.monografias.com/trabajos76/derecho-penal-enemigo/derecho-penal-enemigo.shtml>

MARÍN FRAGA, Facundo J. “El Derecho Penal del Enemigo”. En

<http://correalex.blogdiario.com/1141495980/derecho-penal-del-enemigo/>

"El enemigo tiene menos derechos", dice Günther Jakobs. En:

<http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>

HAZRÚN, Betsabé. "Derecho Penal del Enemigo". En:

<http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/derecho-publico/derecho-penal-del-enemigo>

López Capdevila, Javier. "Derecho Penal del Enemigo La sombra del autoritarismo en la Política Criminal contemporánea". En:

[https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2015/133006/TFG\\_jlopezcapdevila.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2015/133006/TFG_jlopezcapdevila.pdf)

RÍOS ALVAREZ, Rodrigo. "Derecho Penal del Enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores". En:

<http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2012/07/03-Rodrigo-R%C3%ADos.pdf>

CANCIO MELÍA, Manuel. "De nuevo: ¿"Derecho Penal" del enemigo?". En:

<http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/cancio-enemigo.pdf>

<http://www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.

<http://www.alfonsozambrano.com>

Reincidencia y habitualidad. En:

<http://laleyenelperu.blogspot.pe/2014/03/reincidencia-y-habitualidad.html>

GRACIA, L. (2005). "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo". En: Revista electrónica de

Ciencia Penal y Criminología (en línea). Pág. 10. En:

<http://www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.

ZAMBRANO, A. "Derecho Penal del enemigo y la impronta del terrorismo".

Pág. 10. Ponencia. En: <http://www.alfonsozambrano.com>