

DE NUEVO, EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: UNA NECESIDAD PARA ASEGURAR LAS CONDICIONES DE JURIDICIDAD*

*Elian Mauricio Camere Figueroa***

Resumen: En el presente trabajo se explican los fundamentos y puntos de partida del derecho penal del enemigo en sentido funcionalista. De esta forma, se busca desmitificar su contenido y evidenciar su potencial dogmático-práctico en diferentes tipos de la parte especial. Ejemplo de ello son los delitos de sicariato, conspiración y ofrecimiento al mismo, y el delito de feminicidio, que, bajo esta perspectiva, son expresiones del derecho penal del enemigo. Así, se intenta aplicar estos tipos penales de forma legítima, limitada y respetuosa de las garantías de toda persona en derecho.

Palabras clave: derecho penal del enemigo, norma, persona, aseguramiento cognitivo, despersonalización, lesividad.

* Fecha de recepción: 18 de enero de 2022. Fecha de aceptación: 2 de septiembre de 2022. Para citar el artículo: Camere Figueroa, Elian Mauricio. "De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad", *Revista Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, vol. 44, n.º 116, enero-junio de 2023, pp. 65-93.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.04>

** Miembro principal del Taller de Dogmática Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Abogado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Correo electrónico: salomonator25@gmail.com

AGAIN, THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY: A NECESSITY TO ENSURE THE CONDITIONS OF LEGALITY

Abstract: This paper explains the foundations and starting points of the criminal law of the enemy in a functionalist sense. In this way, it seeks to demystify its content and demonstrate its dogmatic-practical potential in different types of the special part. Examples of this are the crimes of contract killing, conspiracy and offering to commit the same; and the crime of femicide, which, under this perspective, are expressions of the criminal law of the enemy. Thus, the aim is to apply these criminal offenses in a legitimate and limited manner, respecting the guarantees of every person under the law.

Keywords: Criminal law of the enemy, norm, person, cognitive assurance, de-personalization, harmfulness.

INTRODUCCIÓN

Uno de los tópicos más discutidos en la dogmática penal ha sido el “derecho penal del enemigo”. Ya hace un par de años se desató la polémica respecto a su concepto y contenido. Si bien ahora la discusión no es tan intensa como la que hubo en ese momento¹, existe aún mucha confusión respecto a su verdadero significado y el potencial dogmático-práctico que puede ofrecer. Como se expone a continuación, el derecho penal del enemigo no es ajeno a nuestra realidad normativa, por el contrario, es un claro contraste de esta; precisamente, lo que Jakobs en 1985 expone con su artículo “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”², es que en la normativa penal alemana (e igualmente en la peruana, y, de hecho, ¡en la de todos los Estados democráticos!), del numeroso catálogo de normas penales, se observa que existen algunos pocos tipos que presentan ciertas características peculiares: 1) adelantamiento de las barreras de punibilidad, 2) penalidad elevada, 3) reducción de garantías y 4) tránsito de una legislación de lucha³. En ese sentido, el tratamiento del ordenamiento jurídico-penal frente a este tipo de comportamientos no puede ser desconocido y ajeno a un fundamento dogmático, pues se trata de que podamos encontrar su fundamento y, de este modo, su aplicabilidad. Mantenerse al margen de esta realidad es, sin duda alguna, peligroso, ya que al desconocerla se entremezclan normas del derecho penal del enemigo con el resto de las normas del derecho penal del ciudadano que tienen

1 Sobre las diversas opiniones respecto a este concepto, cfr. Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Madrid, BdeF, vols. I y II, 2006.

2 Publicado posteriormente en Jakobs, Günther. *Estudios de derecho penal*, Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá (trad.), Madrid, Civitas, 1997, p. 293

3 Polaino-Orts, Miguel. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009, p. 82.

su normal aplicabilidad frente a infractores que cometen un *desliz reparable* y, en consecuencia, se trata –combate– de forma arbitraria, desigual e ilegítima a toda persona infractora de ellas.

A este tema se dedican las siguientes líneas: así, en principio se expone a grandes rasgos qué se entiende por derecho penal del enemigo propio del funcionalismo jurídico-penal; inmediatamente después, se aborda el significado y las características del concepto de *enemigo en sentido funcionalista*; finalmente, se concluye con algunas manifestaciones del derecho penal del enemigo en la normativa peruana actual.

1. ¿EXISTE UN DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

El concepto de derecho penal del enemigo tiene su origen en Fráncfurt, en las conferencias de penalistas de 1985, en donde Jakobs introdujo el concepto al debate científico en el ámbito penal de una forma muy peculiar y con temas de gran actualidad. Como bien lo ha puesto de relieve Miguel Polaino-Orts⁴, de manera engañosa se da a entender falsamente que el derecho penal del enemigo consiste en esa lucha de combate contra enemigos políticos o bélicos desarrollada tras los ataques del 11-S y tras la Guerra de Irak, cuando en realidad tiene su origen mucho antes y, sobre todo, no tiene nada que ver con esos casos de la realidad bélica. Por ello, toda valoración de la postura científica del derecho penal del enemigo debe analizarse desde la misma perspectiva en que ella ha sido planteada⁵, esto es, la perspectiva jurídico-penal.

En la señalada ponencia, Jakobs (1985), desde una perspectiva crítico-descriptiva, expone tres problemáticas de la legislación penal alemana⁶: 1) *la anticipación de la barrera de punición por lesión de las normas de flaqueo*; esto es, lanza una alarma sobre la técnica legislativa y político-criminal de adelantar barreras de protección (límites de la tentativa, actos preparatorios, asociaciones ilícitas, etc.) mediante la criminalización de la acción –normas de flaqueo– desde los más tempranos signos de peligro para el bien jurídico, con lo que se pretende evitar su efectiva lesión. En ese sentido, el principio de protección de bienes jurídicos se muestra incompatible con los límites de las técnicas de anticipación porque termina legitimando todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva

4 Cfr. Polaino-Orts, Miguel. “Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), Madrid, BdeF, 2006, vol. 2, pp. 951-952.

5 Así la advertencia que realiza Reyes Alvarado, Yesid. “Normativismo y derecho penal del enemigo”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 2, cit., p. 783, respecto a las nociones de ciudadano y enemigo.

6 Así la síntesis de la primera contribución de Polaino-Orts. “Derecho penal del enemigo”, cit.

con el concepto de bien jurídico⁷, por ejemplo, los pensamientos peligrosos o conductas cotidianas como comprar un cuchillo. Efectivamente, si se trata de proteger bienes jurídicos, entonces se anticipará lo más que se pueda las barreras de intervención para evitar su lesión, con lo cual el concepto de bien jurídico se muestra compatible con las técnicas de anticipación, pero no para fundamentar su limitación, lo cual solo podría lograrse desde fuera del derecho penal; 2) *la necesidad de una mínima libertad privada como garantía de la persona*, es decir que el principio del hecho no puede sucumbir en las incriminaciones de un estadio previo, por el contrario, el sujeto debe haber realizado “algo” (solo así se podrá atribuir un significado al hecho, en la medida en que se ha convertido en *deudor* de una explicación), y mientras no lo haga el pensamiento no generará relevancia penal⁸. En consecuencia, son necesarias ciertas garantías penales al aplicar este tipo de normas, ya que el autor es definido, también, por su derecho a una esfera exenta de control (un estatus mínimo, un ámbito interno, privado y socialmente irrelevante)⁹; y 3) *la compleja configuración del concepto de norma*, lo que significa que la norma no solo se defrauda desde la perspectiva del autor (sujeto que cometió homicidio, lesiones, estafa, etc.), sino que es necesario tomar en cuenta

-
- 7 Jakobs, Günther. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles y Manuel Cancio Meliá (trad.), Madrid, Civitas, 1997, p. 295. Al respecto, el concepto de bien jurídico, aun con más de 100 años de discusión sobre su contenido y concepto, mantiene la posición dominante en la mayoría de los países; sin embargo, las críticas más contundentes a este concepto las realizan Jakobs y sus discípulos. Cfr., por ejemplo, Jakobs, Günther. “¿Qué protege el derecho penal: bien jurídico o vigencia de la norma?”, y, de igual manera, Polaino-Orts, Miguel. “Vigencia de la norma: el potencial sentido de un concepto”, ambos en AA. VV. *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. Recientemente, Jakobs, Günther. *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del derecho penal*, Buenos Aires, BdeF, 2020; Pawlik, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, *Revista InDret*, n.º 02-2016. Disponible en: <https://indret.com/el-delito-lesion-de-un-bien-juridico/>; Müssig, Bernd. “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 9, 2002, pp. 169-208. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24812> En esa misma línea, sostenemos que el derecho penal no protege bienes jurídicos tal cual como si fueran piezas de museos que nadie puede tocar, sino que de lo que se trata es de regular los comportamientos respecto a esos bienes, esto es, la expectativa normativa de conducta. En ese sentido, al derecho penal no le corresponde la labor de proteger bienes jurídicos sino de asegurar la vigencia de la norma.
- 8 Así, el principio “*cogitationis poenam nemo patitur*” significa que ni si quiera los pensamientos de los que puede predicarse una posible orientación delictiva pueden alterar la adecuación social de un comportamiento si no existen motivos fundados para investigar tales pensamientos. Cfr. Jakobs, Günther. “El intento de tentativa”, *Revista InDret*, n.º 04.2020, p. 495. Disponible en: <https://indret.com/el-intento-de-la-tentativa/>
- 9 Günther. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, cit., p. 295, variando la terminología, en páginas siguientes, por “esfera civil interna”, esto es, “parte del ciudadano como sujeto. Cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto; *sin su ámbito privado el ciudadano no existe*” (cursiva fuera de texto).

la perspectiva de la víctima (y otros sujetos potencialmente afectados); es decir, la norma también se defrauda mediante el menoscabo de la confianza que se tiene en ella¹⁰; así por ejemplo, el abusador de mujeres no solo lesiona los derechos de la víctima, sino que imposibilita que la norma cumpla sus efectos protectores (imposibilita el normal desarrollo de la personalidad), con lo que la norma se vuelve ineficaz porque la mujer no puede disfrutar de sus derechos. De ahí que la confianza en la norma solo pueda existir con una base cognitiva asegurada; dicho de otro modo, no basta con saber que *nadie debe lesionar mis derechos, sino que probablemente nadie los vulnerará*.

Lo manifestado por Jakobs sienta las bases del derecho penal del enemigo, de modo que este es un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro, desvaloradas por el legislador y que este considera necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de los supuestos¹¹; en consecuencia, la perspectiva adoptada por el ordenamiento jurídico-penal frente a estos comportamientos tiene como fin, en términos de Jakobs, *la eliminación de un peligro*¹². Esta “eliminación” debe entenderse, no como la eliminación del sujeto infractor, por el contrario, lo que se busca eliminar es la inseguridad generada por este, de modo que, el ordenamiento jurídico-penal reacciona imponiendo especiales medidas de aseguramiento¹³, como, por ejemplo, el adelantamiento de la punibilidad (criminalización de actos preparatorios o tentativas autónomas), la optimización de esferas de protección de bienes jurídicos (seguridad pública o ciudadana, paz social, etc.), medidas de seguridad (medidas de alejamiento del autor respecto de la víctima) o penas de aseguramiento (prisión preventiva), etc.

10 *Ibid.*, p. 315, agregando, en páginas siguientes, que la vigencia de las normas puede menoscabarse por el “anuncio de su futuro quebrantamiento; un anuncio semejante infringe una norma de flaqueo”. Al respecto, Reyes Alvarado. “Normativismo y derecho penal del enemigo”, cit., p. 783, señala que “desde esta perspectiva, todos los tipos penales pueden ser considerados normas de flaqueo por estar erigidos para la protección de los bienes jurídicos frente a determinada clase de ataques, en forma tal que el Derecho penal no debe necesariamente aguardar a que se produzca una efectiva lesión al bien jurídico para intervenir, como ocurre en las tentativas o en los delitos de peligro”.

11 Así Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., p. 80.

12 Principalmente en JAKOBS. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, cit., p. 295, al señalar que el autor es solo fuente de peligro o enemigo del bien jurídico. De manera expresa en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 33, distinguiendo la finalidad de la pena se señala que “el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias”.

13 Esta reacción excepcional y diferenciada se debe al plus de inseguridad que genera el sujeto –enemigo–, de modo que, para suplir ese déficit de seguridad, el ordenamiento jurídico reacciona de forma proporcional a la inseguridad generada por el enemigo.

Justamente si revisamos la normativa penal vigente, podemos observar normas con estas características (delitos de organización criminal¹⁴, delitos de posesión¹⁵, delitos de conspiración¹⁶, delitos de tentativa autónoma¹⁷, etc.); por tanto, diferenciar este tipo de normas frente a las demás se torna una labor imperiosa, pero de ninguna manera podemos mezclar indistintamente las normas del derecho penal del ciudadano y del derecho penal del enemigo, ya que estas últimas: 1) *se dirigen a sujetos que generan inseguridad y desconfianza en la norma* –imposibilitan que los ciudadanos puedan desarrollar sus vidas dentro de parámetros de normalidad, es decir, habitabilidad o seguridad ciudadana¹⁸– debido a su peligrosidad manifestada, por ejemplo, por su actividad económica (sicarios o empresas criminales) o por su modo de vida (habitualidad y reincidencia); y 2) *buscan compensar el déficit de seguridad cognitiva*; es decir que, debido a la mayor peligrosidad e inseguridad, estas normas, que tienen una penalidad más elevada y penas asequerativas, buscan suplir ese déficit¹⁹.

En definitiva, la existencia del denominado “derecho penal del enemigo”, como un episodio de nuestra realidad legislativa y político-criminal, es innegable²⁰. Lo cierto es que una gran parte del derecho penal del ciudadano se entremezcla con el derecho penal del enemigo, por lo cual no le falta razón a Jakobs al señalar que “quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos ‘guerra’ y ‘proceso penal’”²¹; en consecuencia, se convierte en un derecho penal del enemigo incorrectamente aplicado e ilegítimo.

14 El artículo 317° del Código Penal regula la organización criminal. En ese sentido, el Decreto de Ley n.º 25475° regula los delitos de terrorismo.

15 El artículo 279-F° del Código Penal regula el porte de armas sin autorización. Igualmente, el artículo 279-A° regula la tenencia ilegal de armas químicas.

16 El artículo 108-D° del Código Penal regula la conspiración y ofrecimiento para el delito de sicariato.

17 El artículo 368-A° del Código Penal regula el intento de ingreso o el ingreso indebido de equipos o sistemas de comunicación en centros de detención.

18 En esa línea, Polaino-Orts, Miguel. *Derecho penal del enemigo ante el Estado de derecho*, México, Flores Editor, 2013, p. 34, precisando que es necesario garantizar las condiciones del normal despliegue de la personalidad en derecho, ya que solo así los ciudadanos gozan de una situación de tranquilidad y estabilidad que les permite ejercer de forma libre y responsable los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente.

19 Este es el *quid* de la cuestión, como lo señala Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., p. 297.

20 Cfr. Piña Rochefort, Juan Ignacio. “La construcción del enemigo y la reconfiguración de la persona. Aspectos del proceso de formación de una estructura social”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 2, cit., p. 571.

21 Jakobs y Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 42.

2. SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE JURIDICIDAD: ¿REALMENTE NECESARIOS?

En este punto, nos preguntamos: ¿el Estado de *derecho puede conducir la lucha contra el crimen organizado, la delincuencia económica, el sicariato, la violencia contra la mujer, etc. con los instrumentos del derecho penal?* Frente a las diversas manifestaciones de la criminalidad actual, el ordenamiento jurídico ha proliferado varias y diversas leyes que buscan, en su contenido esencial, combatir dichos fenómenos. Así, por ejemplo, en 1992 se promulgó la Ley n.º 25475 que “establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio”²²; al paso que en 2015 se promulgó la Ley n.º 30364 “para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”²³; o la Ley n.º 30077, de 2013, “contra el crimen organizado”; y no se trata simplemente de una ley que regula aisladamente un delito, sino que tiene un contexto específico donde, por ejemplo, el legislativo delega al ejecutivo “la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, fortalecer la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado”²⁴; así, mediante dicha delegación se incorporó²⁵ el “delito de sicariato” y el de “conspiración y ofrecimiento” al mismo. De hecho, es común que el Estado de derecho busque

22 Así, respecto a su contenido general, el artículo 1.º señala que “el presente Decreto Ley establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación policial, la Instrucción y el Juicio, *así como las medidas de protección que la Sociedad está obligada a proporcionar a los Magistrados, miembros del Ministerio Público y Auxiliares de Justicia que intervengan en dichos procesos*” (cursiva fuera de texto).

23 Respecto a su contenido general, el artículo 1.º señala que “la presente Ley tiene *por objeto prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia* producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar; en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física[.] como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad. Para tal efecto, establece mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención y protección de las víctimas, así como reparación del daño causado; y dispone la persecución, sanción y reeducación de los agresores sentenciados con el *fin de garantizar a las mujeres y al grupo familiar una vida libre de violencia asegurando el ejercicio pleno de sus derechos*” (cursiva fuera de texto).

24 Ley n.º 30336. Así, mediante el Decreto Legislativo n.º 1182 se reguló el “uso de los datos derivados de las comunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha contra la delincuencia y crimen organizado”; en ese sentido, el artículo 1.º señala que el objeto de este decreto es “*fortalecer las acciones de prevención, investigación y combate de la delincuencia común y el crimen organizado*”. Asimismo, mediante el Decreto n.º 1180, se estableció el “beneficio de recompensa para promover y lograr la captura de miembros de organizaciones criminales, organizaciones terroristas y *responsables de delitos de alta lesividad*”. También, el Decreto Legislativo n.º 1244 “*fortalece la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas*” (cursiva fuera de texto).

25 Decreto Legislativo n.º 1181.

dar respuesta a diversos fenómenos criminales (la lucha contra la corrupción²⁶ o tráfico ilícito de drogas²⁷, por citar otros ejemplos) que, sin lugar a duda, generan zozobra e inseguridad en la sociedad. Entonces, “*lucha*”, “*combate*”, “*erradicación*”, ¿son sólo palabras?; si es así, no habría que tomarlas demasiado en serio. Si, por el contrario, son conceptos, entonces implica la existencia de un enemigo contra el que hay que proceder²⁸.

Estas leyes que se refieren en general al fenómeno delictivo se aplican al infractor –enemigo–; sin embargo, la imposición de la pena tiene como objetivo principal combatir el fenómeno en su conjunto, y solo mediatamente se castiga al infractor; de lo contrario, ¿para qué regular dichas leyes? Efectivamente, el Estado de derecho reacciona de forma distinta en casos de *especial lesividad*²⁹, o para decirlo mejor, existen dos formas de combate o reacción frente a determinados sujetos (dos tipos de derecho penal de diversa intensidad en función de la gravedad del hecho)³⁰. Esto permite explicar, por ejemplo, por qué el ordenamiento jurídico-penal regula un delito de homicidio, asesinato, parricidio (derecho penal de ciudadano) y un delito de feminicidio, sicariato y conspiración y ofrecimiento (derecho penal del enemigo), e igualmente, en el ámbito de las lesiones, un delito de lesiones graves y un delito de lesiones por violencia de género³¹.

De lo expuesto, muchos se preguntarán: ¿no que todos deben ser tratados, *al menos en la época actual, como personas en derecho*? Inmediatamente se sumarán argumentos en contra de un trato diferencial debido a que se estaría vulnerando la “dignidad humana” o “derechos fundamentales” y que tal discurso no puede ser legítimo³². Al respecto, cabe responder, junto con Jakobs, que el que todos

26 Cfr. la Ley n.º 30506, de “seguridad ciudadana y lucha contra la corrupción”; o la Ley n.º 29976, “ley que crea la comisión de alto nivel de anticorrupción”, la cual tiene como finalidad “prevenir y combatir la corrupción” (art. 1.º).

27 Decreto Legislativo n.º 1241, “que fortalece la lucha contra el tráfico ilícito de drogas”.

28 En esa misma línea, Jakobs, Günther. “¿Terroristas como personas en derecho?”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 2, cit., p. 78.

29 Así Polaino-Orts, Miguel. “Discriminación positiva y violencia contra la mujer. La legitimación de un enemigo de género”, en Polaino-Orts, Miguel y Ugaz Heudebert, Juan Diego, *Feminicidio y discriminación positiva en derecho penal*, Lima, Ara Editores, 2012, p. 31.

30 *Ibid.*

31 En esa medida, se pueden realizar diversas sistematizaciones en función de la reacción del ordenamiento jurídico-penal, no solo como regulación autónoma de un delito de derecho penal del enemigo, sino también como agravante. Esto último se evidencia en la tan utilizada técnica de agravación por formar parte de una organización criminal, por ejemplo, en el delito de robo agravado (art. 189.º).

32 Así, respecto a las discusiones que han proliferado respecto de si el “derecho penal del enemigo” es una expresión tan solo descriptiva o entraña alguna valoración (legitimación), cfr. Piña Rochefort. “La construcción del enemigo y la reconfiguración de la persona”, cit., p. 572.

deben ser tratados como personas (lo cual no deja de ser un mero postulado) es solamente un modelo *ideal* para una sociedad, de hecho, es una aspiración que, en la medida de lo posible, se debe alcanzar; sin embargo, “aún no se trata de una parte de una sociedad que realmente acontezca”³³, esto es, no es una realidad en la sociedad actual, ni mucho menos de todos los Estados democráticos existentes. Ello merece una explicación.

¿Cuándo el derecho deja de ser un mero postulado y es real? A la cuestión de la realidad del derecho, Feuerbach, entendía que el derecho es real solamente cuando no se cometen delitos, y esto se logra mediante la prevención de todo delito, lo cual es tarea del Estado³⁴. Lo que pretende Feuerbach es incorrecto, pues, como señala Jakobs, “el fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, y, en la época moderna, la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad”³⁵; por esto, el derecho sigue vigente aun cuando se cometen delitos; en definitiva, *el derecho es real en la medida que posibilita orientación*³⁶.

En efecto, nadie se orienta en sociedad, ni mucho menos interacciona con los demás, con base en el “deber ser”; con un ejemplo, que exista la prohibición de robar no significa que los ciudadanos creen fielmente en ella y, por tanto, no aseguran las puertas de su casa, no cierran las ventanas, no aseguran su bicicleta o el auto cuando lo estacionan; por el contrario, sucede lo opuesto, las personas aseguran sus puertas, ventanas, autos, bicicletas y demás³⁷. La máxima juridicidad postulable es una cosa, la óptima realidad jurídica alcanzable es otra distinta; pero, ¿acaso la norma no es la estructura de orientación en sociedad?, ¿por qué tiene que aportar el ciudadano por sus propios medios un plus al déficit de protección normativa³⁸. La norma que contiene una expectativa normativa (no matar, no robar, etc.) se dirige hacia las personas en derecho, es decir, destinatarios de las expectativas sociales, y titulares de derechos y deberes; no obstante, para que

33 Jakobs, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 2, cit., p. 96.

34 Así Günther Jakobs. *La pena estatal: significado y finalidad*. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez (trad.), Civitas, 2006, p. 137.

35 Jakobs. “¿Terroristas como personas en derecho?”, cit., p. 80. En ese sentido, Jakobs, Günther. *Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004, p. 43, al señalar que “un estado de juridicidad es un estado de validez del Derecho, dicha validez puede, ahí está incluso el quid de la cuestión, mantenerse contrafácticamente en cuanto que un comportamiento corruptor de la norma es marginalizado. Pero sin algún cimiento cognitivo, la sociedad constituida jurídicamente no funciona” (cursiva fuera de texto).

36 *Ibid.*

37 Similarmente, Caro John, José Antonio. *Normativismo e imputación jurídico-penal*, Lima, Ara Editores, p. 118.

38 *Ibid.*

ofrezca una orientación real y no sea un mero postulado necesita ser asegurada cognitivamente³⁹, de lo contrario, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía; vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida⁴⁰. Esto, por un lado, implica que no basta con declarar como “infractor” a quien cuestiono la vigencia de la norma, sino que es necesario tratarlo como tal; en ese sentido, la pena que contradice la afirmación del delito debe, en el plano real, producir dolor penal (coacción jurídica): solo de esta forma la norma que ha sido cuestionada, y cuyo autor es competente de dicha defraudación –y no la orientación de la víctima–, es asegurada cognitivamente. Por otro lado, para poder orientarme cotidianamente con base en la norma y confiar en las expectativas vigentes de la sociedad es imprescindible un apoyo cognitivo por parte de los ciudadanos. Esto se debe, como afirma Jakobs, a que “ser persona en Derecho es algo sinalagmático, el otro ha de participar”⁴¹; en efecto, el mandato mínimo del ciudadano expresado en la máxima hegeliana “*sé persona y respeta a los demás como personas*” debe entenderse *bidireccionalmente*⁴², es decir que el respeto a la persona opera en un doble sentido: 1) *el sujeto ha de ser persona*, lo que implica un respeto hacia uno mismo; esto es, “cuidar de las bases de la presunción de una conducta futura conforme a ley es una obligación de hacer elemental de todo ciudadano, pues solo cuando esta presunción se mantiene fundamentalmente es posible un trato tanto libre como sin temor de los ciudadanos entre ellos”⁴³; por ello, el ciudadano debe “participar”⁴⁴, o para decirlo mejor, posee un deber mínimo de civilidad⁴⁵, lo cual significa que debe poner de su parte para garantizar la suficiente fidelidad al derecho, pues solo así gozará de una personalidad completa, porque se lo ha ganado⁴⁶; y 2) *también ha de respetar a los demás como personas en derecho*, es decir, no ha de inmiscuirse de forma ilegítima en esferas de libertades ajenas. Bajo la posición que aquí se asume, ese

39 Jakobs y Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 37.

40 Así Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., p. 261.

41 Jakobs. “¿Derecho penal del enemigo?”, cit., p. 97.

42 Corcino Barrueta, Fernando. “Aportaciones de Miguel Polaino-Orts al concepto de derecho penal del enemigo”, en *RPDJP*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, n.º 7, 2007, p. 651.

43 Jakobs. “¿Terroristas como personas en derecho?”, cit., p. 82.

44 *Ibid.*, p. 106.

45 Así Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., p. 210.

46 *Ibid.*, p. 253, señalando que “el ciudadano que delictivamente abusa de alguno de los derechos de su personalidad (por ejemplo: del derecho de asociación si, en vez de conformar una agrupación perfectamente lícita, organiza una banda terrorista) entonces está echando a perder parte de su personalidad (esos derechos que manifestamente ha malogrado), de manera que el ordenamiento jurídico se ve obligado, en protección del resto de ciudadanos, a heteroadministrar dichos derechos hasta tanto el sujeto no manifieste idoneidad en la gestión de tales derechos”. Como se puede apreciar, el enemigo pierde *tan solo* aquellos derechos que él mismo no supo administrar.

“respeto hacia los otros” tiene un contenido negativo (*no dañar a los otros*) y uno positivo (*ayúdalos, tolera y sacrificate en situaciones de necesidad*)⁴⁷.

Finalmente, respecto a la proposición: “En Derecho, todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona”, ella es insuficiente⁴⁸. Esto sin duda tiene vigencia en tanto mero postulado, pero no en cuanto a la realización del derecho; en consecuencia, la proposición debe reformularse de la siguiente manera: “Todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona, y quien no lleve a cabo esta prestación, pues será heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona”⁴⁹. Este es el núcleo de las consideraciones respecto a este tópico; si el núcleo se mantiene y no se derrumba, todo lo demás solo afecta a cuestiones de detalle, no al principio⁵⁰. Asimismo, contestamos la cuestión planteada al inicio: la “lucha” contra los diversos fenómenos criminales no es solo un juego de palabras, sino un concepto, se trata de una empresa contra enemigos⁵¹, sujetos que, en lo esencial, no prestan la seguridad cognitiva necesaria y, en consecuencia, son heteroadministrados. De ahí que tanto la norma como la persona precisan de un aseguramiento cognitivo: “el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo”⁵².

47 Cfr. Piña Rochefort, Juan Ignacio. “La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal”, *Revista de Política Criminal*, vol. 14, n.º 27, 2019. Disponible en: <http://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf> En sentido similar, Perdomo Torres, Jorge Fernando. “Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad”, en AA. VV. *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Montealegre Lynett (coord.), cit., pp. 262-270; con una propuesta más sistemática respecto a los deberes, en Perdomo Torres, Jorge Fernando. *El deber de sacrificio en el estado de necesidad justificante. También sobre la omisión del deber de socorro*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021; igualmente, Polaino-Orts, Miguel. “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista”, en Miró Llinares, Fernando y Polaino-Orts, Miguel, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Lima, Ara Editores, 2010, pp. 73-86. Un desarrollo de esta posición excede la presente contribución.

48 Jakobs. “¿Terroristas como personas en derecho?”, cit., p. 83.

49 *Ibid.*, p. 83.

50 Así Jakobs. “¿Derecho penal del enemigo?”, cit., p. 106.

51 En ese sentido Jakobs, *ibid.*, p. 86.

52 Contundente, Jakobs. *Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, cit., p. 43.

3. ¿“ENEMIGO”, UN CONCEPTO INCONSTITUCIONAL Y “DEMONIZANTE”?

Antes que nada, solo puede comprenderse el verdadero significado del concepto de enemigo a partir del concepto de “norma” que emplea el funcionalismo jurídico-penal. Esto significa que el concepto de enemigo no es un concepto bélico, político ni religioso, sino que es esencialmente un concepto *descriptivo-normativo*⁵³. Así pues, comprender el concepto de enemigo presupone entender el significado de persona, pues “es de una ingenuidad rayana en el dolo pensar que la incipiente configuración de la estructura ‘enemigo’ no está, al mismo tiempo, reconfigurando la estructura ‘persona’”⁵⁴.

Que sea *descriptivo* implica que encuentra su correlato en la realidad, esto es, la realidad legislativa que existe en la normativa penal; de ahí que en nuestro Código Penal existan tipos penales que reprimen comportamientos que generan una mayor inseguridad social y conmueven las bases del Estado de derecho; en efecto, el ordenamiento jurídico da un trato diferenciado a aquellos supuestos de especial lesividad⁵⁵. Estas normas, que –como bien lo han resaltado el profesor Jakobs y su discípulo Polaino-Orts– son pocas, se diferencian del resto por su *excepcionalidad*⁵⁶. En ese sentido, no es creación de Jakobs el concepto de “derecho penal del enemigo”, por el contrario, él simplemente manifiesta que las normas de derecho penal del enemigo, que están vigentes, deben ser aplicadas con cautela, criterios racionales y el respeto de las garantías mínimas necesarias⁵⁷; de ahí que solo se apliquen a determinados sujetos (enemigos)⁵⁸. Por consiguiente, el concepto de “enemigo” es una categoría *científico-descriptiva* que encuentra su base en la realidad y no tiene cualidad fundante, es decir, no pretende convertir en “ene-

53 Similarmente Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., p. 192.

54 Cfr. Piña Rochefort. “La construcción del enemigo y la reconfiguración de la persona”, cit., p. 581.

55 Cuando se hace referencia al “trato diferenciado” no quiere decirse que esto se debe únicamente a la mayor penalidad que pueda tener ese tipo de comportamientos, sino a la forma de reacción del Estado, esto es, con penas asegurativas (la forma de criminalizar los comportamientos, las diferentes medidas de seguridad que se aplican para estos comportamientos, el trato diferencial en el proceso penal, entre otros).

56 Las particularidades típicas del derecho penal de enemigos son: 1) adelantamiento de la punibilidad; 2) falta de reducción penal en proporción al hecho; 3) paso de una legislación de derecho penal a una de “lucha” para combatir la delincuencia, y 4) supresión de ciertas garantías procesales; así Jakobs. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, cit., pp. 43-44.

57 Esta idea la defiende desde su primera contribución al tema: cfr. Jakobs. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, cit. p. 302.

58 Sin llegar aún a la cuestión de quiénes son considerados “enemigos”, ya realizamos una primera diferenciación sistemática en la medida en que el trato diferenciado no es para todos, sino solo para algunos.

migos” sino que solo describe una realidad⁵⁹. Se trata de realizar una distinción socialmente existente en atención a la estructura social de un país, plasmada en diferentes textos positivos que hacen referencia a sujetos que “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”⁶⁰.

Asimismo, es un concepto *normativo* porque a través del concepto de “norma” que emplea el funcionalismo se entiende su significado. La norma no es un simple imperativo o una regla de conducta descrita en el tenor literal de una ley, por el contrario, la norma es, ante todo, el conglomerado de las expectativas sociales de la sociedad. La sociedad, en tanto acuerdo normativo, solamente funciona mediante las pautas que posibilitan la relación e interacción entre personas, y justamente el derecho penal busca asegurar y posibilitar esa relación. De modo que, en un Estado de libertades, la persona es, en primer lugar, el destinatario de las expectativas sociales y, en segundo lugar, el titular de derechos y deberes⁶¹. Persona en derecho solo existe en una sociedad regulada por las normas, la mera individualidad no puede ser fundante de la sociedad (las representaciones subjetivas, el beneficio o interés del sujeto), sino que ser persona en derecho implica trascender a esa individualidad y posibilitar la confiabilidad en la orientación social. En ese sentido, la persona en derecho debe cumplir con las expectativas que se le asignan; por tanto, al cumplir con su rol garantiza la seguridad en la orientación de las demás personas en sociedad. Así pues, quien respeta la norma posibilita la orientación social, y, en tanto se le atribuyen derechos y deberes que *debe administrar*, es garante de no defraudar dichas expectativas; por ello, el padre de familia tiene derechos y deberes que se le asignan frente a su menor hijo; aquel tiene que velar por este, garantizar su seguridad, educación, alimentación, etc.: se espera, en general, que cumpla con su rol de padre. Así, que la norma pueda ser cuestionada, por ejemplo, por el padre que abandona a su hijo, es requisito para su realización, ya que “una norma que no pueda ser infringida por los destinatarios de la misma no puede ser una norma válida, esto es, real”⁶². Como se puede apreciar, la libertad del ciudadano juega un papel esencial, ya que no se pretende imponerle una determinada conducta, sino que él decidirá cumplir la norma o defraudarla, y en ambos casos responderá por el uso de su libertad: en el primer caso, afianzará las expectativas sociales y se le tratará como un ciudadano correcto y fiel a la norma;

59 Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., p. 192.

60 Jakobs y Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 40.

61 Jakobs, Günther y Polaino-Orts, Miguel. *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima, Grijley, 2009, p. 29.

62 Fundamental, Polaino Navarrete, Miguel. *Instituciones de derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2005, p. 142, precisando que la norma se configura por: 1) la posibilidad de infracción; 2) ser medio orientador de conductas, y 3) asegurar expectativas sociales.

en el segundo, defraudará las expectativas que se tenían sobre él y se reclamará respecto de él un reproche social de acuerdo a su proceder⁶³. Además, el concepto de persona es un concepto *relativo o elástico*⁶⁴, lo cual significa que el concepto de persona depende del contexto; por ejemplo, un niño no es persona para el ámbito electoral porque allí no posee derechos y deberes (a diferencia de un adulto); igualmente, el niño no es persona en el ámbito tributario, porque no tiene el deber de pagarlos; sencillamente “está excluido del ámbito de las personas aquel que no puede disfrutar de ningún derecho ni soportar ningún deber”⁶⁵. Lo anterior tiene una importancia determinante, pues *se es persona y se es enemigo al mismo tiempo*. El niño, pese a no poseer derechos en ese contexto determinado (ámbito electoral y tributario), sí los posee en otros, o para decirlo mejor, mantiene muchos derechos más⁶⁶, como el derecho a la vida, a la libertad, a la educación, etc. En consecuencia, cuando se menciona que el enemigo no tiene derechos, se alude a que en ese contexto parcial se ha despersonalizado (¡pero mantiene muchos otros más!) y el Estado ha decidido *heteroadministrar* sus derechos en dicho contexto, hasta que él nuevamente garantice esa seguridad que no ha prestado; por consiguiente, “una exclusión existe cuando el propio derecho no deja que el individuo avance hasta ser persona en Derecho”⁶⁷; y cabría añadir, para evitar confusiones: en un *contexto social determinado*. En ese sentido, el sujeto que comete delitos de forma reincidente o habitual manifiesta una mayor peligrosidad, esto es, tiene un poder de desestabilización normativa incomparablemente mayor que el delincuente ocasional o incidental; por ejemplo, la mayor gravedad se evidencia en aquel violador en serie que comete diversas violaciones, en aquellos asesinos a sueldo que se dedican a este servicio como su actividad profesional por sumas de dinero, o en aquel sujeto que reiteradamente o habitualmente da cachetadas a su mujer⁶⁸;

63 Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., p. 264.

64 Jakobs y Polaino-Orts. *Delitos de organización*, cit., p. 33.

65 JAKOBS. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, cit., pp. 51-52, añadiendo que “parcialmente excluido está quien no participa de determinados derechos y deberes. Es evidente que la exclusión no ha de entenderse como mero no tener, pues en la gran mayoría de casos un mero no tener no resultara de una capacidad jurídica deficiente, sino de un determinado modo de existencia personal, o de un determinado uso por la persona de sus derechos y deberes, o puede tratarse, en cambio, de la consecuencia de impedimentos fácticos”.

66 Que en un sector social determinado, como lo son el ámbito electoral y el tributario, el menor no sea considerado “persona” significa, como es evidente, que en esos contextos determinados o ámbitos parciales a él no le compete administrar dichos segmentos sociales, que no se le reconocen derechos y deberes; en consecuencia, no se le puede responsabilizar por la defraudación de un rol que no le obliga ni le compete: en el caso concreto, el menor jamás responderá por un delito electoral o tributario. Por tanto, que no se le considere persona en esos ámbitos es, pues, *una calificación garantista*, porque protege al sujeto de injustas imputaciones, describiéndolo de la forma más justa posible en atención a su posición en la sociedad y en determinados ámbitos sociales. Cfr. Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*, cit., p. 184.

67 *Ibid.*

68 Sobre la reincidencia y habitualidad como formas fenomenológicas del derecho penal del enemigo, cfr. Polaino-Orts, Miguel. *Derecho penal del enemigo ante el Estado de derecho*, México, Flores

de ahí que quien gestiona su ámbito de competencia oponiéndose frontalmente al reconocimiento de los demás como personas no actúa como persona, sino como enemigo; por ello, el concepto de enemigo es opuesto al de persona en derecho.

Es así como, de manera implacable, el profesor Polaino-Orts ha descrito seis principales características del concepto de enemigo⁶⁹:

- Es una *categoría científico-descriptiva*, fruto de una observación racionalmente fundada en una realidad ya existente, a la que sirve de referencia.
- Es un *concepto normativo*, en tanto que únicamente puede ser enemigo quien se opone frontalmente al concepto de norma (el enemigo representa el mayor grado de oposición a la norma), de manera que sin el *tertium comparationis* de la norma jurídica no se puede definir quién sea o no enemigo.
- Es *relativo*, porque se refiere a una situación concreta y no tiene alcance ni sentido absoluto: abarca únicamente una faceta de la personalidad del sujeto.
- Es *potestativo*, en tanto en cuanto que el enemigo dispone siempre de la posibilidad de abandonar su estatus, y además, a través de una solución precisa, esto es, la de adecuar su comportamiento a la norma y prestar la suficiente garantía cognitiva para ser tratado como persona fiel al Derecho.
- Es *puntual*, porque no se es siempre enemigo –ni tampoco persona– sino únicamente en aquellos casos en los que el sujeto no preste la mínima seguridad cognitiva de acatamiento de la norma y, además, en la medida en que no la preste.
- Y es *proporcional*, porque en el tratamiento del enemigo no todo está permitido: no pueden sobrepasarse las barreras de lo estrictamente necesario en el Estado de derecho.

En definitiva, el concepto de “enemigo” no es ni inconstitucional ni demonizante, como pretenden explicar algunos autores⁷⁰, sino que con este término *se designa*

Editor, 2013, p. 241, señalando: “el legislador concede un mayor desvalor de injusto a los hechos delictivos cometidos por un delincuente reincidente o habitual que al mismo hecho cometido por un delincuente principiante, ocasional, puntual o incidental. Y es normal que así sea. ¿Por qué? Pues muy sencillo: por una distinción que no se les escapa en general a los legisladores penales de países democráticos del mundo, a saber: que el primero es enemigo, y el segundo es individuo (persona en derecho que comete un desliz reparable, un error en forma de delito, pero no deja de respetar substancialmente el estatus de los demás como personas)”.

69 Polaino-Orts, Miguel. *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Lima, Ara Editores, 2012, p. 58.

70 Así Cancio Meliá, Manuel. “¿Derecho penal del enemigo?”, en Jakobs, Günther y Cancio Meliá,

una diferenciación socialmente necesaria en función de su posición frente a la norma, a saber: persona en derecho es quien respeta la norma, se respeta a sí mismo y permite que los demás sean ciudadanos, es decir, que disfruten de manera plena y libre su personalidad en derecho; por el contrario, enemigo es quien, con su conducta, impide que los demás sean personas en derecho al imposibilitar que puedan orientarse por la norma jurídica, por lo que la norma se vuelve ineficaz y pierde su normal vigencia, en cuanto ya no brinda protección y lo que postula (no debes matar o lesionar, etc.) se convierte en un mero ideal; por ello, el derecho penal del enemigo se dirige al restablecimiento de unas condiciones sociales aceptables⁷¹, es decir, busca garantizar que la norma tenga una real vigencia y eficacia. ¿Cómo? Mediante una pena asegurativa que busca suplir ese déficit de seguridad generado por el enemigo.

4. ALGUNAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA NORMATIVA PENAL PERUANA

El fundamento dogmático anteriormente explicado, tiene incidencia práctica en diferentes tipos penales de la parte especial –y no se limita solamente al “núcleo duro”⁷² del derecho penal del enemigo–, esto es, delitos de terrorismo, organización criminal, marcaje o reglaje, etc. Mediante una diferenciación socialmente necesaria y en atención a la especial lesividad de algunos hechos, se puede sistematizar y aplicar los tipos de derecho penal del enemigo de una forma legítima y respetuosa de las garantías jurídico-penalmente reconocidas. Como muestra de esto, desarrollaremos algunos alcances respecto a los delitos de feminicidio y sicariato de nuestro Código Penal⁷³. Así, bajo la perspectiva que aquí se defiende, los delitos de feminicidio y sicariato son tipos penales del derecho penal del enemigo, por lo que su aplicación en la práctica judicial no puede automatizarse ni darse por presupuesta, sino que *debe probarse fehacientemente*⁷⁴.

Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003; Feijoo Sánchez, Bernardo. “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), Madrid, BdeF, 2006, vol. 1, p. 341.

71 Cfr. Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., p. 187.

72 Sobre un estudio completo de la “parte general” del derecho penal del enemigo y la “parte especial”, cfr. Polaino-Orts. *Derecho penal del enemigo ante el Estado de derecho*, cit.; Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit.; Polaino-Orts, Miguel y Jakobs, Günther. *Persona y enemigo: teoría y práctica del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley; Jakobs, Günther y Polaino-Orts, Miguel. *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima, Grijley, 2009.

73 A continuación se desarrollarán de manera general estos tipos penales; una explicación exhaustiva requeriría un estudio especializado, que no se pretende desarrollar en este trabajo, por lo cual solo se indicarán algunos alcances.

74 Contundente en este aspecto respecto a la violencia contra la mujer, Gimbernat Ordeig, Enrique.

Respecto al delito de feminicidio, en primer lugar, la posición del ordenamiento jurídico frente a los agresores de las mujeres se evidencia no solo en la incorporación de este delito sino también con la Ley n.º 3064, que busca “prevenir, sancionar y *erradicar* la violencia contra las mujeres”; esto es lo que Jakobs denomina “el tránsito a una legislación de lucha”. Si revisamos el contenido de esta ley y en general de los diferentes pronunciamientos autorizados que abordan el problema de la violencia de género⁷⁵, podremos concluir que para el Estado de derecho no basta para estos comportamientos un tipo penal de “homicidio o lesiones” (derecho penal del ciudadano), sino que, debido a su *especial lesividad*⁷⁶, se impide que los demás ciudadanos se sientan amparados por la norma jurídica, en tanto se crea inseguridad cognitiva en la vigencia de la norma y con su comportamiento peligroso se imposibilita que los demás ciudadanos puedan desarrollar, dentro de parámetros de normalidad, su personalidad en derecho⁷⁷; es necesaria una respuesta distinta a la habitual. En concreto, el feminicida, con su comportamiento, realiza algo más que un maltrato físico: *vulnera la propia idea de ciudadanía, ya que no respeta a la mujer como persona en derecho e impide que desarrolle su personalidad con una mínima seguridad*⁷⁸. En ese sentido, el ordenamiento jurídico combate de forma proporcional a determinados sujetos que se han despersonalizado en un ámbito concreto y decide heteroadministrar sus derechos. Ejemplo de esta heteroadministración son pues las diferentes medidas de protección⁷⁹ que se le conceden a la víctima (retiro del agresor del domicilio, impedimento de acercamiento o proximidad, prohibición de comunicación con la víctima, etc.). Por tanto, “despersonalización” y “heteroadministración” son dos rasgos clave del enemigo, en donde el primero indica que el sujeto no presta

“La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional”, en *El Mundo*, Madrid, 16 de junio de 2008, Tribuna libre.

- 75 Así la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Para, que afirma que “*la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades*” (cursiva y subraya fuera de texto).
- 76 Cfr., en la jurisprudencia española, STC 59/2008, fundamentos jurídicos 8 y 9, pp. 35-36, donde se afirma que “*la violencia contra la mujer atenta de modo intolerable contra la igualdad sustancial, porque todo ello supone atentar contra el propio elemento definidor de la noción de ciudadanía*” (cursiva fuera de texto).
- 77 Esto es lo que sucede con la mujer o el integrante familiar que es víctima de la violencia doméstica. En efecto, la mujer o el integrante familiar que están inmersos en un contexto de violencia y sufren las diferentes agresiones no se sienten amparados por la norma, ni mucho menos pueden gozar plenamente de su personalidad. El enemigo de género o doméstico imposibilita que la norma sea real para sus víctimas e impide el normal disfrute de la personalidad.
- 78 Polaino-Orts, Miguel y Ugaz Heudebert, Juan Diego. *Feminicidio y discriminación positiva en derecho penal*, Lima, Ara Editores, 2012, p. 35.
- 79 Cfr. el artículo 22.º de la Ley n.º 30364. Así también los alcances respecto al proceso penal y la investigación policial. Como se ve, en casos de especial lesividad el ordenamiento jurídico reacciona –combate– de forma distinta a la habitual.

seguridad cognitiva, sino lo opuesto, inseguridad; al paso que el segundo se refiere a la pérdida temporal de los derechos que el mismo ha malogrado, que no supo gestionar; esto último no significa que se le “quitan” todos los derechos al feminicida, sino solo algunos: esto en atención al plus de inseguridad que genera, y en referencia al contexto social determinado. A modo de ejemplo, el feminicida se despersonaliza en ese ámbito concreto, en el ámbito familiar, en donde interactúa con su esposa o conviviente, de modo que ante ese plus de inseguridad el ordenamiento jurídico responde de forma proporcional, heteroadministra los derechos que él no supo administrar (se puede acercarse a otras personas, pero no a ella; puede vivir donde desee, mas no con la víctima; puede conversar con sus amigos, pero no con ella), porque en ese ámbito, maltrato, abuso e intento o mato a la mujer en un contexto de discriminación, superioridad e imposición de un estereotipo. Cabe aclarar, como lo hace Jakobs, que “esto no significa que el deber de comportarse legalmente quede disuelto –como es evidente, un deber no decae por el hecho de que sea continuamente quebrantado–, sino que lo que sucede es que ya no se espera el cumplimiento del deber, la autoadministración ordenada de la persona, de modo que desaparece el elemento central de una personalidad que presta orientación; es decir, la presunción de la fidelidad al ordenamiento jurídico, y, con ello, la “base del negocio jurídico” de la libre autoadministración”⁸⁰; sin embargo, *el feminicida es enemigo en ese contexto, pero no en todos*, ya que puede ser el mejor trabajador de la empresa, el de mayor empeño, el más puntual y sobresaliente; puede también ser un buen hijo frente a su ya anciano padre, pagando los gastos que este necesite, e igualmente puede ser un correcto ciudadano que cumple de manera puntual la obligación de pagar sus impuestos; por tanto, no existe heteroadministración alguna en esos ámbitos, por el contrario, él autoadministra sus derechos, o mejor dicho, sigue siendo persona en derecho en esos contextos. En segundo lugar, el delito de feminicidio es un delito pluriofensivo⁸¹ (se vulnera el derecho a la vida, así como también el derecho a la igualdad material); esto es crucial, ya que, al ser un supuesto de especial lesividad, lo que nos permite distinguirlo del delito de homicidio o lesiones es el *plus de antijuridicidad*

80 Jakobs. “¿Terroristas como personas en derecho?”, cit., p. 82.

81 Casación n.º 851-2018, Puno. La cuestión de si debe ser la “igualdad material” el otro bien jurídico vulnerado, no puede abordarse en estas líneas, pero desde esta perspectiva, definitivamente, no lo es; sin embargo, se reafirma que este tipo penal y, en general, todos los tipos de derecho penal del enemigo son pluriofensivos. Esto no debería sorprender, la interpretación de los tipos penales no puede ser meramente formal y deducirla de la sección de los delitos, que es como usualmente entiende la doctrina, una interpretación de la parte especial de esta forma es totalmente rechazable, sobre todo teniendo en cuenta el proceso de “normativización” de diferentes institutos de la teoría del delito, esto es, la parte general. La interpretación de los diferentes elementos del delito debe ir en sintonía con los procesos de normativización más actuales, y en ese sentido urge una labor de reinterpretación de los diversos delitos de la parte especial en atención a las exigencias sociales de la época actual.

que emana de estos comportamientos⁸². Por último, este tipo penal solo se aplica a sujetos que son considerados por el ordenamiento jurídico como enemigos, de modo que no puede presuponerse que la conducta del varón sea manifestación de la discriminación de la mujer, de aprovechamiento de la situación de desigualdad, de las relaciones de poder y machismo⁸³, sino que debe acreditarse fehacientemente⁸⁴ en atención a indicios de enemistad⁸⁵ y al contexto de discriminación y abuso; solo así se permite aplicar de forma segura y más garantista este delito. Con un ejemplo, que el esposo llegue cansado del trabajo y, al ver que su mujer no ha preparado la cena ni limpiado la casa, por ello la apuñale y le dé muerte, no configura el delito de feminicidio, sino simplemente un parricidio calificado por ferocidad (art. 107); en efecto, el matarla por “no preparar la cena, no tenerla lista o no limpiar la casa” simplemente acredita la agravante de ferocidad que la doctrina suele definir como “matar por un móvil fútil”: de esta forma se da un tratamiento adecuado a los casos y no se presupone aquello que no existe: *contexto de inseguridad cognitiva*⁸⁶.

Respecto al delito de sicariato, en la doctrina se discutió arduamente acerca de su legitimidad y necesidad, y en ese sentido, hasta donde conozco, existen dos posiciones que merecen ser destacadas. Por un lado, algunos autores consideran que es innecesario este tipo penal, ya que el mismo ya estaba regulado por el delito de homicidio calificado por lucro⁸⁷; por otro lado, un sector de la doctrina considera

82 Esto es lo que un sector de la doctrina exige de los partidarios de tipificar estos delitos. A la pregunta: ¿es la violencia de género una violencia más lesiva?. ¿por qué?, se trata de encontrar un fundamento a su trato diferenciado. Definitivamente existe un fundamento objetivo, y desde la perspectiva que aquí se asume, el fundamento dogmático lo ofrece la doctrina funcionalista con el derecho penal del enemigo. Crítico respecto a los intentos de fundamentar este tipo de delitos por los partidarios de una interpretación de género, cfr. Molina Fernández, Fernando. “Desigualdades penales y violencia de género”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 13, 2009. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=231646&info=open_link_ejemplar

83 Cfr. Gimbernat Ordeig. “La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional”, cit., p. 3; en esa misma línea, Polaino Navarrete. *Instituciones de derecho penal*, cit., p. 57; igualmente, Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., p. 511.

84 Bajo esta idea, no se trata de corroborar fácticamente un estereotipo (¡esto en sí mismo no fundamenta nada!), como pretende un sector de la doctrina y la jurisprudencia, sino de que el trato asegurativo se da una vez acreditado un contexto real de discriminación hacia la mujer; en ese sentido, sin esa base objetiva debidamente acreditada no puede configurarse el delito de feminicidio ni tampoco el de lesiones por violencia de género.

85 Al respecto, ampliamente, Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., p. 214.

86 Esta es la denominación que utilizo para referirme al contexto de violencia, abuso o discriminación en donde la mujer sufre diversas agresiones, desde las lesiones hasta el acto homicida. Con ello se hace referencia, en términos funcionalistas, a que *la mujer no puede gozar plenamente su personalidad en derecho*.

87 Cfr. Hurtado Pozo, José. “Breves anotaciones al margen del D. Leg. N.º 1181, relativo al delito de sicariato”; Salinas Siccha, Ramiro. “El innecesario delito de asesinato por sueldo: sicariato”;

que se puede realizar una diferenciación sistemática entre el homicidio por lucro y el sicariato⁸⁸. Sin entrar en detalle en la discusión y las diferentes posturas al respecto⁸⁹, consideramos que una interpretación del delito de sicariato desde la dogmática funcionalista del derecho penal del enemigo ofrece soluciones seguras y mucho más garantistas que las hasta ahora propuestas. Así pues, en nuestro Código Penal, en lo que respecta a los delitos de homicidio por un beneficio, tenemos dos formas de respuesta en atención a la intensidad del hecho: un delito de homicidio calificado por lucro (norma de derecho penal del ciudadano) y un delito de sicariato (norma de derecho penal del enemigo). Mientras que el primero se configura por la arrogación antinormativa y arbitraria de un derecho en un ámbito de organización ajeno⁹⁰ –de ahí que el arrogarse por el lucro, esto es, el beneficio no solo económico, sino en general⁹¹, es el fundamento de su mayor penalidad–, en el delito de sicariato no solo existe una arrogación de un derecho ajeno, sino que además se genera una situación de *alarma, preocupación e inseguridad en la sociedad*⁹². Así, ante determinados comportamientos altamente peligrosos, que niegan expresamente la seguridad cognitiva del Estado, su regulación pretende garantizar y mantener la convivencia segura y normal en la sociedad. En consecuencia, el sicario es aquel enemigo que por su comportamiento (¡no solo de manera incidental!), su ocupación profesional y modo de vida se ha despersonalizado y no garantiza seguridad cognitiva alguna, ya que ha abandonado de forma aparentemente duradera el derecho⁹³. En ese sentido, el ordenamiento jurídico combate

Álvarez, Jorge Hugo. “El delito de sicariato en la ley penal peruana”; Peña Cabrera Freyre, Alonso. “Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato”; Rivas La Madrid, Sofía. “El tipo penal de sicariato. ¿Era realmente necesario?”, todos ellos en *Revista Actualidad Penal*, Lima, vol. 15, setiembre de 2015, pp. 32-158; igualmente, Prado Saldarriaga, Víctor. *Delitos y penas. Una aproximación a la Parte especial*, Ideas, 2017, p. 35; Caro Coria, Carlos. “A propósito de la reciente modificación al código penal. Necesarias correcciones del delito de sicariato”, en *La Ley*, Lima, 30 de julio de 2015. Disponible en: <https://laley.pe/art/2640/necesarias-correcciones-del-delito-de-sicariato>

88 Cfr. Delgado Castro, César. “El delito de sicariato y la conspiración a su comisión en el D. Leg. N° 1181”; Heydegger, Francisco. “El delito de sicariato. Breves consideraciones”; Villar Ramírez, Manuela. “El delito de sicariato: comentarios D. Leg. N° 1181”; Núñez Pérez, Fernando. “El tipo penal de sicariato como expresión del derecho penal del enemigo”, todos ellos en *Revista Actualidad Penal*, Lima, vol. 15, setiembre del 2015, pp. 88-134.

89 La valoración y crítica de cada una de estas posturas excede los límites de este trabajo.

90 Polaino-Orts, Miguel. *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, México, Flores Editor, 2013, p. 108.

91 Así se ha venido interpretando el delito de homicidio por lucro desde el polémico caso de Abencia Meza y Alicia Delgado; cfr. Recurso de Nulidad n.º 1192-2012, Lima.

92 “Alarma”, “preocupación” e “inseguridad” son tres palabras que sintetizan el contenido de los proyectos de leyes que respaldan la promulgación y necesidad de un delito de sicariato como delito autónomo; cfr. proyecto de Ley n.º 1652/2012-CR; proyecto de Ley n.º 1912/2012-CR; proyecto de Ley n.º 2049/2012-CR; proyecto de Ley n.º 3179/2013-CR; proyecto de Ley n.º 3454/2013-CR; proyecto de Ley n.º 3590/2013-CR; y proyecto de Ley n.º 3876/2014-CR.

93 Similarmente Jakobs y Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 40.

su comportamiento altamente lesivo y desestabilizador de forma proporcional al déficit de seguridad que genera, razón por la cual decide heteroadministrar ciertos derechos⁹⁴, como por ejemplo: los derechos de gracia, amnistía, indulto y conmutación de las penas; el derecho de poseer todos los beneficios penitenciarios, ya que se le prohíben, por ejemplo, el acceso a los beneficios de semilibertad y liberación condicional, o el derecho a la responsabilidad restringida por la edad. De esta forma, realizamos una diferenciación socio-normativa en atención al grado de desestabilización de la norma que nos permite diferenciar diversos supuestos. A modo de ejemplo, A –estudiante de derecho, quien acepta matar a B porque su mejor amigo se lo pide y le ofrece cierta cantidad de dinero– merece ser condenado con una pena que restablezca el cuestionamiento emitido por este; de ninguna manera podremos sancionarlo con el delito de sicariato, que tiene penas mucho más elevadas y reduce ciertas garantías, ya que el comportamiento de A no genera ese déficit de seguridad que se necesita para que se configure este delito; por el contrario, que D, sea aquella persona que ofrece sus servicios de matar por cierta suma de dinero, y se dedique de modo habitual, porque esta es la forma de generar sus ingresos, a esta actividad, o lo haga porque es miembro de una organización criminal vinculada al tráfico ilícito de drogas o de una dedicada a matar personas, sin lugar a dudas, merece un tratamiento proporcional a ese plus de inseguridad que genera, por lo cual se aplica el delito de sicariato que busca suplir ese déficit. La mayor lesividad que generan estos comportamientos se evidencia no solo por la lesión de un bien jurídico (vida), sino porque produce la erosión de la seguridad cognitiva de la norma, ya que el sicario imposibilita la confiabilidad en las normas jurídicas y que las personas se orienten con base en ellas; pero, sobre todo, impide la juridicidad completa, esto es, la afectación a la confianza en la vigencia de la norma⁹⁵. Como se puede apreciar, esto permite una aplicación segura y mucho más justa, a diferencia de lo que considera la Corte Suprema⁹⁶, que entiende que el problema de diferenciación entre el homicidio por lucro y el sicariato se resuelve por el principio de especialidad ya que estamos ante un caso de concurso aparente de leyes, de modo que en todos los supuestos en donde ambas normas entren en conflicto se debe aplicar el delito de sicariato. Esto, sin lugar a duda, representa un derecho penal *sui generis* del enemigo, que, por su ausencia de prueba, aplicación indiscriminada y automática, se extiende la aplicación de un derecho especialmente agravado a un círculo mayor de personas (en nuestro ejemplo, al estudiante). De esta forma, se trata como focos de peligro (enemigos) no solo a aquellos que realmente se han despersonalizado,

94 Cfr. Decreto Legislativo n.º 1181.

95 Los ciudadanos no pueden vincular su bienestar a la norma (libertad real) porque un sujeto impide ello. Esto solo es posible cuando la seguridad del ciudadano es garantizada estatalmente por medio de los mecanismos legítimos y propios del Estado de derecho (en este caso, la tipificación del delito de sicariato); cfr. Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., p. 276.

96 Recurso de Nulidad n.º 1821-2019-Lima (f. j. 10-11).

sino también a aquellas personas que de manera incidental (un desliz reparable) han cometido este delito⁹⁷.

Finalmente, el delito de conspiración y ofrecimiento para el delito de sicariato⁹⁸ solo encuentra su sentido, en tanto técnica de anticipación de las barreras de punibilidad, en aquellos sujetos que no prestan la seguridad cognitiva necesaria para la orientación en sociedad, es decir, enemigos. En efecto, un adelantamiento de la punibilidad no se puede realizar de forma arbitraria, sino que ha de tener su fundamento en aquellas personas que se han despersonalizado; de lo contrario, de forma ilegítima se anticipará la intervención del derecho penal respecto de toda persona que “conspire” y “ofrezca”, cuando estas conductas en sí mismas no son un delito, sino el disfrute de un derecho fundamental. En efecto, “conspirar” y “ofrecer” son conductas socialmente adecuadas, dentro del ámbito del riesgo permitido, es decir, una zona libre de responsabilidad⁹⁹; por consiguiente, ambas conductas son delictivas cuando incorrectamente se ejerce esos derechos, esto es, por ejemplo, en relación con el sicariato. De este modo, solo en relación con aquellos sujetos que se han despersonalizado, que no generan seguridad cognitiva suficiente en cuanto a seguir y orientarse con base en la norma (enemigos), es que se puede entender que conspirar¹⁰⁰ y ofrecer¹⁰¹ son comportamientos que generan ya una lesividad. No se trata de sancionar para prevenir, en atención a la finalidad o intención¹⁰², sino que conspirar y ofrecer ya lesiona la vigencia de la norma, vale decir, genera en el resto de conciudadanos una situación de inseguridad o zozobra. Justamente, aquellos que infringen su deber mínimo de civilidad lesionan la seguridad ciudadana de las personas en derecho¹⁰³. En consecuencia,

97 En esa misma línea, respecto a la violencia de género, Polaino-Orts y Ugaz Heudebert. *Feminicidio y discriminación positiva en derecho penal*, cit., p. 47. Igualmente, respecto a la regulación terrorista, JAKOBS. “¿Terroristas como personas en derecho?”, cit., p. 91, señalando que “cuando el Estado establece una regulación, debería distinguir con claridad entre aquello que solo está dirigido al terrorista u otro sujeto que disienta activamente y de modo grave y permanente y aquello que también se dirige al ciudadano, ya que, de lo contrario, el Derecho penal del enemigo contamina el Derecho penal del ciudadano” (cursiva y subraya fuera de texto).

98 Artículo 108-D1° del Código Penal.

99 Caro John, José Antonio. *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, Lima, Ara Editores, 2014, p. 52.

100 Significa que dos o más (unión) personas se ponen de acuerdo/acuerdan ejecutar en el futuro un delito determinado, decidiéndose ejecutarlo conforme a lo pactado (planificación delictiva). La concertación de personas se consuma en atención a las conductas típicas.

101 Proposición al sicariato, ya que el agente sugiere a otro la perpetración de un injusto penal, identificándose una actuación unilateral, donde el proceder del agente radica en proponer a un tercero cometer el delito de sicariato, sin necesidad de requerirse la aceptación por parte de la otra persona.

102 Críticamente en encontrar el fundamento en la prevención e intención, JAKOBS. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, cit., p. 295.

103 Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., p. 378.

la incriminación del artículo 108-D del Código Penal peruano es legítima en la medida en que *estas conductas desestabilizan las condiciones de la normal vigencia de la norma en su aspecto positivo: orientador de conductas*. Ante ese déficit, la norma de flaqueo viene a suplirlo, posibilitando la normal vigencia de las normas principales.

A mi juicio, existen grandes ventajas en el hecho de reconocer el derecho penal del enemigo, el cual se dirige contra situaciones que conmocionan las bases de la convivencia social y así poder delimitarlo con el derecho penal del ciudadano¹⁰⁴. Como señala el profesor Polaino-Orts,

... precisamente para evitar la contaminación existe –y debe existir– en los Estados de Derecho un Derecho penal del enemigo nítidamente delimitado del Derecho penal del ciudadano. La razón de dicha propuesta delimitadora es que sólo así puede obtenerse un Derecho más garantista, y solo así puede evitarse que el Derecho penal del ciudadano (garantista) se contamine con normas contra enemigos ya existentes (más agravadas).

Por ello, aunque no se comparta el fundamento dogmático que aquí se asume, es innegable que el Estado de derecho reacciona de forma diversa ante ciertos fenómenos altamente lesivos; lo que acá se propone es darles un contenido sólido y, de este modo, una interpretación adecuada a diversos tipos penales para que no se apliquen de forma arbitraria¹⁰⁵, labor que muchas veces se prescinde de realizarla a cabalidad, reduciéndola a una cuestión de “política-criminal”.

CONCLUSIONES

Lo expuesto nos permite concluir que, en un Estado de libertades, esa garantía debe ser *real* y no meramente un postulado¹⁰⁶. La respuesta del ordenamiento jurídico frente a determinados sujetos que provocan una mayor lesividad es necesaria porque solo así se posibilitan las condiciones de juridicidad (el mantenimiento

104 Crítico con la “normalización” de la respuesta excepcional, Miró Llinares, Fernando. “Democracias en crisis y derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 septiembre de 2001”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 87, 2005, p. 214.

105 ¿Qué mayor seguridad de interpretar los tipos penales con la dogmática penal normativista! Doctrina científica que ha ofrecido una base teórica sólida para entender el derecho penal y sus diversas instituciones.

106 En ese sentido, Pawlik, Michael. *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Madrid, Atelier, 2016, p. 42, señalando que “las normas del Derecho requieren la cimentación cognitiva. Pues si las leyes del Derecho del Estado, es decir, las libertades públicas, solamente se basan en preceptos sin fuerza, entonces –dicho otra vez con palabras de Spinoza– no solo les faltará a los ciudadanos la seguridad de que estas leyes sean observadas, sino que será la *ruina de la libertad*” (cursiva fuera de texto).

de la norma como esquema de orientación¹⁰⁷), en donde las personas se sientan seguras de sus derechos, *pues se es ciudadano solo en la medida en que no se está atemorizado*. En efecto, un Estado de libertades no solo debe garantizar los derechos (personalidad abstracta), sino, sobre todo, el uso de los mismos, *pues los derechos valen solo en cuanto derechos para su disfrute: por lo demás, en cuanto nudos derechos, son inútiles*.

Un Estado que pretenda ser real no puede poner en juego negligentemente su configuración por aquellos sujetos que desestabilizan las bases de las mismas; por ello, es la propia sociedad la que decide quién está incluido en ella y quien no, y –dicho sea de paso– el enemigo, probablemente, por regla general prefiere quedar incluido¹⁰⁸. Además, la sociedad decide *en qué medida incluye o excluye*, y no libera ni al delincuente recalcitrante de su deber de no cometer delitos, pues en tanto personas en derecho, tenemos que cooperar para su mantenimiento; en otras palabras,

... la posición correspondiente de alguien no se decide por su naturaleza o por su origen, sino por sus prestaciones. Si no cumple con sus mínimas prestaciones de seguridad, entonces es el Estado el que, a efectos de mantener los derechos fundamentales de los ciudadanos, se arroga el derecho de aseguramiento social¹⁰⁹.

En definitiva, el derecho penal del enemigo no es una legislación “aniquiladora ilimitada” ni “antigarantista”, sino que en un Estado de juridicidad respetuoso de las libertades de sus ciudadanos es una *ultima ratio* que debe ser aplicada conscientemente en cuanto excepción; pero, “para llegar a esa autorrestricción, primero ha de saberse qué es ‘lo que se tiene entre manos’ con las reglas del Derecho penal del enemigo”¹¹⁰.

BIBLIOGRAFÍA

Cancio Meliá, Manuel. “¿Derecho penal del enemigo?”, en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.

Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (eds.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, BdeF, 2006.

107 Así, Jakobs, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*, Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez (trad.), Madrid, Civitas, 2006, p. 138.

108 Jakobs. “¿Derecho penal del enemigo?”, cit., p. 107.

109 Así se radicaliza uno de los dogmas básicos del liberalismo, la idea de prestación; cfr. Polaino-Orts. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, cit., pp. 210-211.

110 Jakobs. “¿Derecho penal del enemigo?”, cit., p. 107.

Caro Coria, Carlos. “A propósito de la reciente modificación al código penal. Necesarias correcciones del delito de sicariato”, en *La Ley*, Lima, 30 de julio de 2015. Disponible en: <https://laley.pe/art/2640/necesarias-correcciones-del-delito-de-sicariato>

Caro John, José Antonio. *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, Lima, Ara Editores, 2014.

Caro John, José Antonio. *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, Lima, Ara Editores, 2012.

Corcino Barrueta, Fernando. “Aportaciones de Miguel Polaino-Orts al concepto de derecho penal del enemigo”, en *RPDJP*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, n.º 7, 2007.

Feijoo Sánchez, Bernardo. “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), Madrid, BdeF, 2006, vol. 1.

Gimbernat Ordeig, Enrique. “La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional”, en *El Mundo*, Madrid, 16 de junio de 2008, Tribuna libre.

Heiko, H. *La función de la pena*, Dykinson, 1999.

Heiko, H. *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*, Marcial Pons, 2016.

Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.

Jakobs, Günther. *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del derecho penal*, Buenos Aires, BdeF, 2020.

Jakobs, Günther. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), Madrid, BdeF, vol. 2.

Jakobs, Günther. “¿Qué protege el derecho penal: bien jurídico o vigencia de la norma?”, en AA. VV. *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Jakobs, Günther. “¿Terroristas como personas en derecho?”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), Madrid, BdF, 2006, vol. 2.

Jakobs, Günther. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá (trad.), Madrid, Civitas, 1997.

Jakobs, Günther. “El intento de tentativa”, *Revista InDret*, n.º 04.2020. Disponible en: <https://indret.com/el-intento-de-la-tentativa/>

Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., Marcial Pons, 1995.

Jakobs, Günther. *Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004.

Jakobs, Günther. *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*, Editores del Centro, 2015.

Jakobs, Günther. *Estudios de derecho penal*, Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá (trad.), Madrid, Civitas, 1997.

Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*, Civitas, 1996.

Jakobs, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*, Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez (trad.), Madrid, Civitas, 2006.

Jakobs, Günther. *Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, 1996.

Jakobs, Günther; Cancio Meliá, Manuel y Feijoo, Bernardo. *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid, Civitas, 2004.

Jakobs, Günther y Polaino-Orts, Miguel. *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima, Grijley, 2009.

Miró Llinares, Fernando. “Democracias en crisis y derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 septiembre de 2001”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 87, 2005.

Molina Fernández, Fernando. “Desigualdades penales y violencia de género”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º

13, 2009. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=231646&info=open_link_ejemplar

Müssig, Bernd. “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 9, 2002, pp. 169-208. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24812>

Pawlik, Michael. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Pawlik, Michael. *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Madrid, Atelier, 2016.

Pawlik, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, *Revista InDret*, n.º 02-2016. Disponible en: <https://indret.com/el-delito-lesion-de-un-bien-juridico/>

Pñaranda, R.; Suárez, C. y Cancio Meliá, Manuel. *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Grijley, 1998.

Perdomo Torres, Jorge Fernando. *El deber de sacrificio en el estado de necesidad justificante. También sobre la omisión del deber de socorro*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021.

Perdomo Torres, Jorge Fernando. “Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad”, en AA. VV. *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Perdomo Torres, Jorge Fernando. *Justicia penal internacional. Reflexiones acerca del delito político, extradición y amnistía*, Lima, Grijley, 2006.

Piña Rochefort, Juan Ignacio. “La construcción del enemigo y la reconfiguración de la persona. Aspectos del proceso de formación de una estructura social”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), Madrid, BdeF, 2006, vol. 2.

Piña Rochefort, Juan Ignacio. “La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal”, *Revista de Política Criminal*, vol. 14, n.º 27, 2019. Disponible en: <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>

Polaino Navarrete, Miguel. *Instituciones de derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2005.

Polaino-Orts, Miguel. “Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), Madrid, BdeF, 2006, vol. 2.

Polaino-Orts, Miguel. “Discriminación positiva y violencia contra la mujer. La legitimación de un enemigo de género”, en Polaino-Orts, Miguel y Ugaz Heudebert, Juan Diego, *Feminicidio y discriminación positiva en derecho penal*, Lima, Ara Editores, 2012.

Polaino-Orts, Miguel. “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista”, en Miró Llinares, Fernando y Polaino-Orts, Miguel, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Lima, Ara Editores, 2010.

Polaino-Orts, Miguel. *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Lima, Ara Editores, 2012.

Polaino-Orts, Miguel. *Derecho penal del enemigo ante el Estado de derecho*, México, Flores Editor, 2013.

Polaino-Orts, Miguel. *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, México, Flores Editor, 2013.

Polaino-Orts, Miguel. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2009.

Polaino-Orts, Miguel. “Vigencia de la norma: el potencial sentido de un concepto”, en AA. VV. *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Polaino-Orts, Miguel y Jakobs, Günther. *Delitos de organización: un desafío al Estado*, Lima, Grijley, 2009.

Polaino-Orts, Miguel y Jakobs, Günther. *Persona y enemigo: teoría y práctica del derecho penal del enemigo*, Lima, Grijley, 2012.

Polaino-Orts, Miguel y Ugaz Heudebert, J. *Feminicidio y discriminación positiva en derecho penal*, Lima, Ara Editores, 2012.

Prado Saldarriaga, Víctor. *Delitos y penas. Una aproximación a la Parte especial*, Ideas, 2017.

Reyes Alvarado, Yesid. “Normativismo y derecho penal del enemigo”, en AA. VV. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), Madrid, BdeF, 2006, vol. 2.

Silva, J.; Queralt, J.; Corcoy, M. y Castiñeira, M. (coords.). *Estudios de derecho penal. Libro homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Madrid, BdeF, 2017.