

## PENA DE MUERTE: PAROXISMO DEL «DERECHO PENAL» DEL ENEMIGO

MANUEL CANCIO MELIÁ

**Sumario:** **I.** Introducción. **II.** El discurso político–criminal. **1.** La percepción social de los sucesos delictivos se reduce progresivamente a la perspectiva de la víctima. **2.** Existe consenso político y social en el discurso político–criminal expansivo. **3.** El discurso político–criminal expansivo se globaliza. **III.** «derecho penal» del enemigo: la exclusión como fin (latente) de la pena. **IV.** Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

1. La tarea planteada por el profesor Hurtado Pozo —emitir una opinión sobre los actuales proyectos legislativos de reinstaurar la pena de muerte en el Perú— que reúne en estas páginas a un grupo de penalistas, no es común.

Puede parecer, en primer lugar, extemporánea; un espectro redivivo. Puede afirmarse que la evolución del sistema jurídico–penal regido por el principio de legalidad, que comparten América Latina y diversos países europeos, ha conducido en esta materia a un consenso: la pena de muerte queda excluida de los sistemas penales de estos países (en concreto, en la Unión Europea este es uno de los pocos consensos políticos básicos). Por ello —después de todo lo escrito y debatido en este punto hace décadas— puede generar un extraño y triste *déja vu* que en una joven —en términos comparativos— república americana se presente ahora este fantasma, el de la pena de muerte, con sorprendente vitalidad y en vestimentas

políticas igualmente sorprendentes. Sin embargo, esta es solo una apariencia: la historia no se repite, y hay buenas razones para pensar que los actuales planes para la (re) instauración de la pena de muerte en el Perú —esta será una de las tesis a plantear aquí— no constituyen un anacronismo. Por el contrario, son muestra de una evolución actual en el conjunto de los ordenamientos penales. En efecto, cabe observar cómo se produce en todo Occidente una evolución en la que el derecho penal pasa a primera línea de la política cotidiana en un clamor que demanda en todas partes una mayor intervención de la pena pública. En correspondencia, en el plano del Derecho positivo, se va construyendo un marco general en el que una legislación puramente simbólica e impulsos punitivistas de diversa proveniencia se potencian mutuamente cada vez con mayor intensidad, desembocando en una expansión cuantitativa y cualitativa del derecho penal.<sup>1</sup>

En segundo lugar, puede pensarse que resulta poco idóneo que sea un jurista extranjero quien opine sobre una reforma de tanta importancia política, careciendo de los necesarios conocimientos tanto acerca del ordenamiento jurídico peruano como de la realidad política peruana. Sin embargo —dejando de lado la proximidad, debida a factores históricos y culturales, entre el ordenamiento peruano y los europeo–continentales—, hay también elementos que indican que quizás el alejamiento del observador pueda convertirse en un factor potencialmente útil: quien no conoce el debate político en torno al proyecto, opinará más en Derecho. Más allá de esto, concurre otro factor —aparte del «clima» político–criminal compartido en

---

1 Sobre la situación político–criminal general, ver por todos la fundamental síntesis elaborada por SILVA SÁNCHEZ, 2001, y, muy recientemente, el profundo estudio de BRANDARIZ GARCÍA, 2007. En este contexto, en la discusión ha adquirido enorme protagonismo la noción de «derecho penal del enemigo»; sobre el concepto, Ver solo JAKOBS, 1985: 753 ss.; 2004a; 2004b: 40 ss.; en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ 2006: 93 ss. Subrayando la potencia analítica del concepto, y en contra de su compatibilidad con un Derecho (penal) de un estado de Derecho CANCIO MELIÁ, 2005: 267 ss.; en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, 2006, T. II: 85 ss. (escépticos se muestran, sin embargo, GRECO, 2006: 96 ss., 104 ss. y ROXIN, 2006 T I: 2/126 ss., 128, respecto de su utilidad en cuanto concepto crítico (considerando que es demasiado amplio y con demasiada carga emocional); frente a ello hay que afirmar que el concepto de «derecho penal del enemigo», para un uso diagnóstico, de hecho no es idóneo —quizás con la excepción de los delitos de terrorismo— para ser usado directamente en el análisis de los tipos en la Parte Especial; pero lo cierto es que se trata de un objetivo de gran angular que no es adecuado para las imágenes cercanas, de detalle, pero sí para los paisajes, para las imágenes panorámicas). En todo caso, desde el punto de vista aquí adoptado la polémica internacional generada en torno a este concepto está siendo muy fructífera; Ver solo los numerosos trabajos recogidos en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *derecho penal del enemigo*, 2 volúmenes (Ver *supra*). Ha de subrayarse, en todo caso, que más allá de la valoración político–criminal del derecho penal del enemigo existente en la realidad del Derecho positivo, este también desde la perspectiva de JAKOBS, 2004b: 30, no es materialmente derecho penal, sino Derecho de excepción.

todo Occidente— común: también aquí, en el caso peruano —como sucede en España—, es en el ámbito de los delitos de terrorismo y en el de determinados delitos sexuales (sobre todo aquellos en los que de algún modo están implicados menores) en donde se plantea la *última frontera* del populismo punitivo,<sup>2</sup> en donde el legislador foguea sus más *atrevidas* novedades en materia de legislación criminal. Solo que aquí, en Europa, no hemos llegado aún tan lejos en el plano cuantitativo.

2. Con lo poco dicho hasta ahora queda esbozado qué es lo que aquí puede hacerse y qué no. No es posible, ni deseable, reeditar aquí el amplísimo debate —referido a elementos aplicativos,<sup>3</sup> a las bases filosóficas y jurídico-constitucionales— respecto de la pena de muerte. Por un lado, porque este debate habrá tenido lugar en el plano nacional, en la discusión jurídico-constitucional peruana, estimo, en torno a la aprobación de la Constitución de 1993, que en su artículo 140 deja entreabierta la puerta<sup>4</sup> que ahora quiere abrirse con decisión por diversos agentes políticos.<sup>5</sup> Por otro lado, porque lo decisivo sobre este debate fundamental se dice —en la vivísima discusión estadounidense del momento— o se dijo —en los procesos de abolición de la pena de muerte en los distintos países europeo-occidentales— en otros lugares, *in extenso*, por las voces más autorizadas.<sup>6</sup> Y, finalmente, porque la cuestión fundamental en torno a la pena de muerte —permítaseme cortar así aquí una discusión que merece mucha atención— es *política*. Es una cuestión de progreso. En qué enumeración ha de estar la República del Perú, ¿en la lista que contiene a Afganistán, Arabia Saudita, China, Corea del Norte, muchos de los Estados miembros de los EE.UU., Irán, etc.? ¿O junto con la mayoría de sus repúblicas hermanas, junto con los países miembros de la Unión Europea?<sup>7</sup>

Las páginas que siguen adoptarán otra perspectiva distinta de la consideración aislada de la pena de muerte: la del sistema jurídico-penal en su conjunto.

---

2 LARRAURI PIJOAN 2006: 15 ss.

3 Aunque parece que alguno de los proyectos legislativos ha *resuelto* este problema; así, el PL 164/2006-CR afirma categóricamente que gracias a las pruebas de ADN «no se producirán errores judiciales» (p. 10).

4 CARO 2007: 77 s., califica esta decisión de «falla estructural» en el sistema jurídico peruano.

5 Ver solo la síntesis argumentativa ofrecida en aquel momento por UGAZ, 1993: 181 ss., y las reflexiones actuales de HURTADO POZO, [http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte\\_jhp.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte_jhp.pdf).

6 Respecto de la actual situación peruana, Ver solo CARO JOHN 2007: 77 ss.

7 En relación con la República Federal de Alemania —en cuya Constitución quedó abolida la pena de muerte después de los horrores del régimen nazi—, en sentido similar CARO JOHN 2007: 80.

En lugar de hablar de la pena de muerte como institución, se planteará cuál es el derecho penal en el que se propone la introducción de la pena de muerte. Ello debe hacerse en dos pasos, atendiendo a dos momentos: el momento de la génesis político-legislativa del *nuevo* derecho penal, primero, y sus resultados jurídico-positivos, después. Entonces, partiendo de que la pena de muerte es hoy una carga de profundidad en un Estado que pretenda ser «de Derecho» —y no solo «con» Derecho, en famosa expresión de Elías Díaz—, ha de plantearse, en primer lugar, la cuestión de cuál es la política criminal que hace posible la actual evolución, y de si, efectivamente —como antes se ha planteado—, pueden inscribirse los actuales proyectos de reforma constitucional y legislativa en el Perú en la común evolución político-criminal de los países de Occidente a la que antes se ha aludido (*infra* II). En segundo lugar, debe intentarse caracterizar el ordenamiento jurídico-penal positivo que deriva de esa política criminal (*infra* III.). Estas breves consideraciones se harán, ante todo, dejando hablar al (pre)legislador peruano de los Proyectos de Ley 164/2006-CR, 281/2006-PE, 282/2006-CR (violación sexual de menores seguida de muerte) y 669/2006-PE (terrorismo).

## II. EL DISCURSO POLÍTICO-CRIMINAL

Como antes se ha dicho, se aprecia con toda claridad un cambio del discurso político-criminal en las últimas décadas. Este cambio puede caracterizarse —muy sintéticamente— a través de tres tesis:

### 1. La percepción social de los sucesos delictivos se reduce progresivamente a la perspectiva de la víctima

Ya el tratamiento jurídico-dogmático de la figura de la víctima concreta —en el plano de la aplicación, por tanto— muestra que se trata de un elemento extraordinariamente ambivalente en términos político-criminales: se plantea un verdadero *dilema victimológico*, en el que la introducción de este factor oscila entre la retirada de la protección del poder público (privatización) que puede significar atribuirle responsabilidad (*blaming the victim*) y la exacerbación de la desvaloración jurídico-penal de la conducta del autor que puede implicar colocar en primera línea de un supuesto el sufrimiento individual de la víctima.<sup>8</sup> Esta ambivalencia es expresión de la relevancia estructural que para el moderno derecho penal público tiene la posición de la víctima: Hassemer ha llegado a vincular el mismo nacimiento de este derecho penal a la «neutralización de la víctima»,

8 Ver solo CANCIO MELIÁ 2001: 221 ss., 229 ss.

a su disolución en el Estado como una especie de «víctima general».<sup>9</sup> Pues bien: cualquier análisis superficial de la comunicación acerca de los fenómenos criminales muestra que esta se centra, progresivamente, en la perspectiva de la víctima. En el tratamiento de los sucesos acaecidos (víctima concreta) en los medios de comunicación, y en el discurso político–criminal activista en el que se adopta la posición —compartida por casi toda la población— de posible víctima, de víctima potencial.<sup>10</sup> Parece claro cuál es el sesgo que toma tal reducción unilateral de la perspectiva acerca del delito: la absolutización de la *prevención fáctica*; la víctima (potencial) —definida solo como tal— lo que desea es no llegar a serlo.<sup>11</sup> Cabe detectar este rasgo en el discurso criminal también en los textos prelegislativos peruanos que pretenden la introducción de la pena de muerte. Como es sabido, las víctimas especialmente vulnerables —los niños— tienen una capacidad especialmente intensa de movilización; invocarlas es un argumento definitivo: «Es hora de que hagamos algo. Debemos empezar por reconocer que las niñas, los niños y adolescentes, tienen derechos los que necesitan ser protegidos, reivindicados y respetados...»;<sup>12</sup> con toda claridad: «Ante la intención abolicionista [¿?] de los grupos de derechos humanos que abogan por los derechos del violador, nos preguntamos ¿quiénes abogan y defienden los derechos humanos de los niños y adolescentes víctimas de tan monstruosos crímenes?».<sup>13</sup>

## **2. Existe consenso político y social en el discurso político–criminal expansivo**

Aún sin entrar aquí en la concreta génesis de estos procesos de evolución político–criminal,<sup>14</sup> parece que es esencial subrayar que es un verdadero lugar común afirmar que existe un amplísimo *consenso social* respecto de segmentos decisivos de la nueva legislación penal. El consenso se convierte en práctica unanimidad,

---

9 HASSEMER 1990: p. 70.

10 El ejemplo más acabado de este proceso, con una movilización social autónoma más que notable, hay que verlo en el «movimiento de defensa de los derechos de las víctimas» en los Estados Unidos, que ha tenido una influencia decisiva en la adopción de reglas de *three strikes* en muchos estados; Ver solo DUBBER, 2003: 13 ss.

11 Ver, por todos, la exposición de SILVA SÁNCHEZ 2001: 52 ss.

12 EM PL 164/2006-CR (p. 5).

13 EM PL 164/2006-CR (p. 8 s.)

14 Ver CANCIO MELIÁ 2006 90 ss., con referencias. En todo caso, debe subrayarse aquí que en el plano fáctico, cabe constatar que ese consenso político–criminal es a veces un consenso inducido, fabricado: Ver solo los *case studies* respecto del ámbito estadounidense (comenzando por la famosa utilización de la llamada *war on drugs* en la campaña presidencial de Bush I) contenidos en BECKETT, *Making Crime Pay, passim*.

en particular, en lo que se refiere a la regulación, precisamente, de las infracciones en materia de terrorismo<sup>15</sup> y de los delitos sexuales dirigidos contra menores: puede afirmarse que este ámbito de regulación ha ejercido una función precursora en la evolución expansiva de las posiciones político–criminales. Parece claro, a grandes rasgos, que la población es favorable a «reacciones firmes»; pero es muy discutible que pueda darse por probada la existencia de ese pretendido consenso social respecto de concretas medidas o instituciones jurídico–penales.<sup>16</sup> En este ámbito, aparte de la utilización política del fenómeno criminal, entra en juego la propia posición y dinámica de los medios de comunicación de masas, en particular, la televisión.<sup>17</sup> En todo caso, este supuesto consenso social fáctico —en una sorprendente abdicación del legislador— es elevado a instancia decisiva y fundamento suficiente y único para la adopción de medidas de legislación criminal en los textos prelegislativos peruanos que ahora pretenden la instauración de la pena de muerte.<sup>18</sup>

En el plano del espectro político y sus posiciones sobre las reformas en este contexto, resulta especialmente llamativo el cambio de actitud de la izquierda política: de una línea —simplificando, claro está— que identificaba la criminalización de determinadas conductas como mecanismos de represión para el mantenimiento

15 «Desde luego, el ciudadano se acostumbra ante el trasfondo de determinados escenarios... [de acciones terroristas] a la completa abolición de su libertad sin reconocer el círculo vicioso: los Estados reaccionan frente al injusto con un mega-injusto» (ALBRECHT 2005: 854); los orígenes de esta evolución son, claro está, muy anteriores a la última década; Ver solo el relato respecto de la evolución en el espectro político español en los años ochenta del siglo pasado contenido en TERRADILLOS BASOCO 1988: 31 ss. En todo caso, debe subrayarse que este consenso es difuso —como no podía ser de otro modo-, no técnico, que se agota normalmente en pedir una «respuesta contundente»; ver a continuación en el texto.

16 Las afirmaciones en este ámbito son de una enorme vaguedad: «...las normas responden a la realidad social en la que se ejercen» (EM PL 282/2006-CR, p. 3); «Como es de público conocimiento, los casos... vienen incrementándose aceleradamente en nuestra sociedad». (sin ninguna referencia, EM PL 281/2006-PE, p. 2); en algún caso, se trata de afirmaciones manifiestamente falsas: así, por ejemplo, se afirma en la EM PL 164/2006-CR (p. 3) que existe «una fuerte corriente de opinión a favor de la aplicación de la pena de muerte como respuesta de la sociedad ante la alarmante proliferación de violadores de niños» entre otros países, en España. Eso es falso. No existe tal corriente de opinión.

17 La EM PL 164/2006-CR, p. 4, funda sus posiciones en «los medios de comunicación» —«no hay día en que no presenten casos...»— y en la revista *Caretas*, además de alguna tabla estadística (poco contextualizada), y, según parece, la fundamental instancia de la esposa del presidente de la República, que según parece habría declarado a una estación de radio que «la violencia sexual se ha convertido en deporte nacional» (p. 8); la EM PL 282/2006-CR, p. 5, por su parte, se limita a afirmar que «Es aberrante el incremento de casos de violación y muerte de menores de edad en nuestro país, la prensa informa diariamente sobre estos casos».

18 Así, por ejemplo, se afirma (EM PL 282/2006-CR, p. 3) que «la razonabilidad implica lo que se tiene por correcto en un determinado contexto social», sin más.

del sistema económico-político de dominación<sup>19</sup> a una línea que descubre las pretensiones de neo-criminalización específicamente de izquierdas:<sup>20</sup> delitos de discriminación, delitos en la que las víctimas son mujeres maltratadas, etc.<sup>21</sup> Sin embargo, evidentemente, el cuadro estaría incompleto sin hacer referencia a un cambio de actitud también en la derecha política: en el contexto de la evolución de las posiciones de estas fuerzas, también en materia de política criminal, nadie quiere ser «conservador», sino igual de «progresista» (o más) que todos los demás grupos (en este contexto, defensista). En este sentido, la derecha política ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos «progresistas». Igual que la izquierda política ha aprendido lo rentable que puede resultar el discurso de *law and order*, antes monopolizado por la derecha política, esta se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio, «perteneciente» a la izquierda —una situación que genera una escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario y en la que la demanda indiscriminada de mayores y «más efectivas» penas ya no es un tabú político para nadie. Nada distinto cabe decir, en lo que se alcanza a ver, respecto de los planes de modificar la legislación penal peruana para introducir la pena de muerte: como señala Hurtado Pozo, «mortícolas y abolicionistas se encuentran en todas las tiendas políticas».<sup>22</sup> En efecto, los diferentes proyectos de ley provienen del Gobierno, del grupo parlamentario de la mayoría presidencial y de otro grupo político: sin embargo, no cabe apreciar diferencias esenciales en la fundamentación que se ofrece en los diferentes proyectos de ley, hasta el punto de que los argumentos de los prelegisladores contra los opositores a la instauración de la pena de muerte no se dirigen —en absoluto— contra otras fuerzas políticas, sino que se centran en unos difusos «juristas y defensores de los derechos humanos»,<sup>23</sup> usándose esta denominación a modo de calificación despreciativa.<sup>24</sup> Por otra parte, aun para el observador extranjero no puede dejar de resultar sorprendente que estas iniciativas legislativas

---

19 Ver la exposición de SILVA SÁNCHEZ 2001: 57 ss.) acerca de este cambio de orientación; el movimiento paralelo en las ciencias penales podría ser identificado la criminología crítica con pretensiones abolicionistas; ver solo la panorámica trazada por SILVA SÁNCHEZ 1992: 18 ss.

20 «Go and tell a worker robbed of his week's wages or a raped woman that crime doesn't exist», frase significativa del criminólogo YOUNG citada por SILVA SÁNCHEZ 1992: 23, nota 36.

21 Ver sobre esto, con particular referencia a la socialdemocracia europea, SILVA SÁNCHEZ 2001: 69 ss., con ulteriores referencias.

22 HURTADO POZO, [http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte\\_jhp.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte_jhp.pdf), p. 3.

23 EM PL 164/2006-CR, p. 7, «desoyendo el clamor de la sociedad».

24 No puede dejar de reseñarse aquí la sorprendente circunstancia de que las respectivas Exposiciones de Motivos de los Proyecto de Ley 281/2006-PE y 669/2006-PE, referidos, respectivamente, al caso del delito de violación de menor y a las infracciones de terrorismo, son en gran medida idénticas! Parece que con la reproducción de unos folios cualesquiera se cumple un

recuperen, punto por punto, la política y las argumentaciones llevadas al debate público en 1993 por un gobernante —el hoy procesado Fujimori—<sup>25</sup> del que todas las fuerzas políticas significativas ahora reniegan al máximo, a la hora de ampliar la dicción del artículo 140 de la Constitución Política (dejando de lado la cuestión de la legitimidad que pueda corresponder a una Constitución dedicada a elaborar jurídicamente el *autogolpe* de 1992) al terrorismo.

### 3. El discurso político–criminal expansivo se globaliza

Como no podía ser de otro modo, el fenómeno de la globalización se manifiesta también en el mundo del Derecho,<sup>26</sup> y ello no solo en los segmentos de los ordenamientos que se ocupan de las relaciones comerciales internacionales, o en el plano del derecho internacional, sino que también llega a lo que puede parecer la esencia de la soberanía del Estado: el derecho penal.<sup>27</sup> Este proceso de internacionalización se produce —y esto es lo que más llama la atención— sobre todo en dos ámbitos: por un lado, en el plano internacional, en la regulación de determinados sectores de regulación que materialmente forman parte de los fenómenos económicos de globalización (por ejemplo, el medio ambiente o el cohecho en transacciones internacionales); por otro, en lo que puede denominarse el plano supranacional —y de modo especialmente destacado, en el caso de la Unión Europea—, en el que la construcción de nuevas formas supranacionales de organización política plantea también —al menos— la necesidad de armonización de los ordenamientos penales. Sin embargo, también se percibe —con menos claridad, más bien en el trasfondo— que no solo es que haya materias que necesitan de una aproximación penal global, sino que es la política criminal la que se está globalizando. Así, por ejemplo, el campo de la delincuencia sexual relacionada con menores ha adquirido una posición de preeminencia en las últimas décadas en los proyectos legislativos y en los medios de comunicación, no solo del Perú, sino —al menos— de los EE.UU., España, Alemania o Francia.<sup>28</sup> Estamos ante una política criminal globalizada bajo el mismo rótulo: el preventivismo fáctico.

---

trámite cualquiera, no la justificación ante el Parlamento —ante la soberanía popular— de una decisión tan grave como la introducción de la pena de muerte.

25 Sin que el hoy considerado gobernante ilegítimo se atreviera a dar el paso de implementar realmente, a través de una ley penal, la pena de muerte para terroristas que anuncia, desde entonces, la Constitución. El actual gobierno, por lo tanto, supera al de Fujimori en este punto.

26 Cf., por ejemplo, los trabajos reunidos en CANCIO MELIÁ 2006.

27 Ver solo VOGEL 2006: 113 ss.

28 Cf. respecto de las normas de excepción surgidas últimamente en diversos países occidentales solo la exposición de BRANDARIZ GARCÍA 2007: 212 ss.



### III. «DERECHO PENAL» DEL ENEMIGO: LA EXCLUSIÓN COMO FIN (LATENTE) DE LA PENA

1. ¿Qué derecho penal produce esta política criminal? Un modo de contestar a esta pregunta es el de someter a análisis el fin de la pena de las normas correspondientes. Se verá que este se presenta en dos niveles: aunque predomina en el discurso expreso la constante referencia a la seguridad, es decir, a la prevención fáctico-policial como fin de la aprobación de normas, también cabe apreciar la existencia de otro fundamento (latente) en determinados mecanismos de constitución de la identidad social.

Como es sabido, en los últimos tiempos se ha venido desarrollando en la teoría del derecho penal —con independencia de que se plantee como una cuestión perteneciente a la definición del injusto o a la teoría de la pena— una intensa discusión acerca de la idea (introducida en el debate teórico más reciente sobre todo por Jakobs) de que en el derecho penal positivo coexisten, en realidad, dos modelos de ordenamiento: por un lado, un segmento de regulación en el que se procede conforme —a grandes rasgos— al discurso de legitimación habitual, es decir, dicho en una frase, se reprimen las actuaciones erróneas (delictivas) de los ciudadanos. Por otro, existiría —de modo no explicitado— otro segmento de regulación —el «derecho penal» del enemigo— en el que el marco de legitimación es completamente distinto, pues se trataría de normas destinadas ante todo a la prevención, suspendiendo muchos de los elementos de garantía que caracterizan al ordenamiento penal habitual (tanto en el plano material como en el procesal), supeditándolos a la obtención de los objetivos preventivos específicos. Aquí se trataría no de reprimir, sino de evitar por todos los medios.

En efecto: si algo ha mostrado el debate generado en los últimos años acerca del concepto (general) del «derecho penal» del enemigo, es que la estrella en el arsenal argumentativo a favor de reglas completamente distintas para los *enemigos* está —de modo paralelo a lo que sucede en otros sectores de regulación implicados en esta evolución político-criminal, pero aquí con mucho mayor intensidad— en la cuestión de la *peligrosidad* de los actos de los delincuentes y en la consiguiente necesidad de su prevención instrumental,<sup>29</sup> al tratarse de una fuente de peligro especialmente significativa.<sup>30</sup> Este discurso, como es sabido, alcanza

---

29 Ver en Alemania solo JAKOBS, en: JAKOBS /CANCIO MELIÁ 2003: 42; 2005: 847; en el mismo sentido ROELLECKE 2006: 265 ss., 269; SCHÄUBLE 2006: 71; acepta estos términos de discusión, aún partiendo de una posición opuesta, por ejemplo, ALBRECHT 2005: 855.

30 Cf., por ejemplo, en términos más generales, SILVA SÁNCHEZ 2001: 163): «fenómenos... que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado»;

desde el año 2001 su máxima intensidad en el ámbito del terrorismo. Dicho en las palabras del actual Ministro federal del interior alemán:

En la lucha contra el terrorismo tenemos que hacer uso efectivo de todos los instrumentos que están a disposición del terrorismo. El derecho penal es parte de una misión de seguridad del Estado de orientación preventiva. Tenemos que combatir el terrorismo, también con el derecho penal, allí donde comience a ser peligroso, y no solo una vez que se hayan producido atentados.<sup>31</sup>

El mismo discurso aparece en los textos prelegislativos peruanos, si bien aquí se trata de la pena de muerte y en Alemania, de la ampliación del delito de colaboración con una organización terrorista: en el proyecto del gobierno respecto de determinadas infracciones terroristas,<sup>32</sup> el tenor dominante es la prevención: la pena de muerte es necesaria «...dada la altísima peligrosidad que representan [los delincuentes terroristas] para la sociedad en su conjunto»; «...en aras de garantizar la seguridad del país».<sup>33</sup> También en el *pot pourri* filosófico que ofrece el PL 669/2006-PE —desde Platón hasta el catecismo de la Iglesia católica, pasando por Santo Tomás de Aquino y una innominada *doctrina* («la doctrina»),<sup>34</sup> todo ello, en un folio y medio— dominan con claridad los razonamientos preventivistas: «...una persona nociva y pernicioso»; «defender la salud de la sociedad»; «medio de legítima defensa para la sociedad».<sup>35</sup>

Sobre todo en el ámbito del terrorismo,<sup>36</sup> por lo tanto, queda condensada toda la problemática de un modo que puede denominarse *terminal* en comparación con la utilización de esta argumentación en otros ámbitos, por las dimensiones apocalípticas que asume casi siempre en el discurso público la referencia a la peli-

---

«reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves» (SILVA SÁNCHEZ 2001: p. 166).

31 SCHÄUBLE 2006: 71; este discurso es una verdadera apoteosis del llamado «Estado de prevención»; ver por todos DENNINGER 1988: 1 ss.

32 Otro tema —dogmático y de legalidad— es el de la muy deficiente formulación típica de las distintas figuras, Ver PL 669/2006-PE, artículo 3. a) y b) respecto del terrorismo; en cuanto a la —igualmente: técnicamente muy deficiente— regulación de los delitos sexuales, Ver solo CANCIO MELIÁ, RPCP n° 11 (2002): 175 ss.

33 EM PL 669/2006-PE, p. 1.

34 Realmente produce intriga: ¿qué *doctrina* será esa que pretende citar, sin nombrarla, el ejecutivo del Perú? Dicho sea de paso —aunque este es un argumento secundario, como todos los de autoridad— que no hay en Europa ni un solo penalista de nombre que apoye la pena de muerte.

35 EM PL 669/2006-PE, p. 1.

36 Aunque no solo aquí; ver en relación con el delito de violación de menor seguido de muerte: «La defensa de la persona humana es el fin supremo del Estado, así también es obligación del Estado peruano la protección del menor» (EM PL 282/2006-CR, p. 4).

grosidad de los terroristas: ante los modos completamente irrestrictos que muestra el más reciente terrorismo de inspiración religioso-política de orientación islámica, condensados en los atentados del 11 de septiembre de 2001, del 11 de marzo de 2004 y del 7 de julio de 2005,<sup>37</sup> la cuestión que se plantea es, nada más y nada menos, la de si nuestra sociedad está dispuesta a *sucumbir* ante los riesgos emanados del terrorismo, o estará, en cambio, preparada para asumir *recortes en las libertades*.<sup>38</sup>

2. Sin embargo, en el plano empírico de la *eficacia preventiva* frente a esos riesgos terminales, la experiencia en otros países europeos respecto de organizaciones terroristas europeas surgidas en los años sesenta y setenta del siglo XX muestra, según algunas voces en la discusión, que la aplicación de las infracciones específicamente terroristas —con regularidad, con procesos de reforma puestos en marcha en momentos de especial crisis por la comisión de hechos especialmente significativos— no ha conducido tanto a evitar delitos como, por ejemplo, ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión, retrasando en cierta medida el proceso de disolución endógeno.<sup>39</sup> Por otra parte, en lo que se refiere a la pena de muerte, es un lugar común la constatación de su inutilidad preventiva: como dice Ugaz, «...lo único científica y universalmente demostrado es que no existe relación alguna entre la vigencia de la pena de muerte y la reducción de la delincuencia»;<sup>40</sup> compárense las tasas de delincuencia en países con y sin pena de muerte.<sup>41</sup> ¿Carece, entonces, el argumento estrella<sup>42</sup> de la discusión en este ámbito en realidad de peso?

---

37 Si se examinan las páginas que dedica LAQUEUR 1992: 446 ss., en una obra general al terrorismo en Europa en el año 1992, llama poderosamente la atención la tranquilidad de espíritu con la que se examina el fenómeno en comparación con la impronta de las aproximaciones en estos momentos.

38 Ver solo la formulación dramática de JAKOBS 2003: 75 s.): «...quien defienda la posición de que en el Estado de Derecho siempre *todo* debe convertirse en realidad, debería saber que aquel 'todo' en la realidad concreta se ve acompañado por un 'o nada'».

39 Ese parece ser el caso, en particular, en la República Federal de Alemania, del paso de la «primera generación» de la «Fracción del Ejército Rojo» [RAF, *Rote Armee Fraktion*] a las sucesivas oleadas de miembros de ese grupo terrorista; cf., por ejemplo, DENCKER 1987: 117 ss.; DÜX, 2003: 191 s.: respecto del caso paralelo de la legislación antimafia por todos MOCCIA 1997: 53 ss.

40 Ugaz Sánchez Moreno 1993: 182.

41 Por mucho que en las (idénticas) EM de los PL 669/2006-PE y PL 281/2006-PE se formule la petición de principio de que «genera» una «tremenda fuerza inhibitoria» (p. 2 y 1, respectivamente); en contra de esta argumentación en el caso peruano CARO JOHN 2007: 78.

42 Otro *argumento* utilizado en los textos prelegislativos peruanos (concretamente, en el PL 164/2006-CR, p. 10), el del coste del mantenimiento de los penados en prisión frente al ahorro que supone matarlos, es indigno. ¿Qué clase legislador compensa soles con vidas?

Aquí el punto de partida ha de estar en el reconocimiento de que es muy difícil evaluar cuál ha sido el papel concreto de la existencia de determinadas reglas jurídico-penales (mientras que sí parece razonable pensar que podrá cuantificarse, en alguna medida, la influencia de la organización de los servicios de policía preventiva):<sup>43</sup> esta cuestión, como en otros ámbitos de regulación, se sustrae a afirmaciones empíricas de cierta consistencia.<sup>44</sup> En última instancia, las argumentaciones que toman como base de su construcción exclusivamente elementos en clave de *protección*, de *eficiencia preventiva*, de *reacción frente a la peligrosidad* terminal de los fenómenos terroristas pide, tanto en el ámbito del derecho penal antiterrorista como en otros, demasiado al derecho penal.

De hecho, si observamos la realidad social en la que se aplican estas normas, se percibe con claridad que el carácter exacerbado del derecho penal del enemigo puede tener incluso efectos contrarios a los perseguidos. Piénsese en el caso del terrorismo: el espacio ilegítimamente pretendido por las organizaciones terroristas no es territorial. Como es opinión común en las ciencias sociales que se han ocupado de este fenómeno, se trata de una estrategia de comunicación: no se trata de violencia sin más, sino de un lenguaje violento.<sup>45</sup> Se pretende atacar (más exactamente: provocar, desafiar) al poder del Estado como parte de una estrategia: la estrategia del terrorismo no estatal consiste desde sus orígenes sobre todo en alcanzar la hegemonía en su «propio campo» *a través de la espiral acción-reacción*.<sup>46</sup> En lo que se refiere a la concreta orientación política de los actos, lo más indicado puede ser dejar hablar a los propios protagonistas:

[...] esta es la dialéctica de la estrategia de la lucha antiimperialista: que mediante... la reacción del sistema, la escalada de la contrarrevolución, la transformación del estado de excepción político en un estado de excepción

43 Ver solo los perturbadores datos que ofrece SCHEERER 2002: 67 ss., en torno a lo concretas que eran las predicciones de diversos ámbitos expertos respecto de la inminente producción de un atentado como los ocurridos el 11.9.2001.

44 Por supuesto, esta es una constatación de *doble uso*: al igual que es habitual —como aquí se hace— subrayar que no hay evidencia acerca de cuál es la medida en la que una determinada exasperación de la severidad punitiva tiene efectos preventivo-fácticos, tampoco puede haberla respecto de que tal eficacia preventivo-fáctica de una elevación *no* exista; de hecho, esta sería un caso claro de *probatio diabolica*. Esto no cambia en nada el hecho de que quien alega la necesidad de intervención en términos de prevención quizás tenga más razones para intentar fundamentar la eficacia de una determinada opción de incremento de la punibilidad.

45 SCHMID/DE GRAAF, 1982: 1; Ver también, por ejemplo, WALDMANN 1998: 49 (recordando la autoidentificación del terrorismo anarquista de finales del siglo XIX como «propaganda a través del hecho»), 29 ss., 56 ss. (en cuanto al papel de los medios de comunicación); DE LA CORTE IBAÑEZ 2006: 42, 48 s.

46 Ver, por ejemplo, SCHEERER, 2002: 34 ss., 50 ss.

militar el enemigo de identifique, ... y así, mediante su propio terror, levante las masas en su contra, intensifique las contradicciones, haga inevitable la lucha revolucionaria.<sup>47</sup>

Se observa que el derecho penal del enemigo forma parte del plan terrorista.

3. Más allá de la inconsistencia de la obsesión por la eficacia preventiva, sin embargo, lo decisivo está en que este discurso, que domina las expresiones públicas en materia de política criminal como si fuera una evidencia, no explica el verdadero fundamento, las bases reales de la nueva política criminal. Dicho en una frase: bajo la apariencia de la toma de medidas (dolorosas, pero) eficaces, del discurso preventivista, en realidad aparece el motor de la *demonización* como multiplicador social del derecho penal del enemigo. En este sentido, parece claro que en todos los campos importantes del derecho penal del enemigo («cárteles de la droga»; «criminalidad de la inmigración»; otras formas de «criminalidad organizada», determinados delitos sexuales, y, sobre todo, el terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados.<sup>48</sup> Se trata, por lo tanto, más de «enemigos» en este sentido pseudoreligioso que en la acepción tradicional-militar del término.<sup>49</sup>

---

47 Texto de la *Rote Armee Fraktion* [RAF] (1977), recogido en: WALDMANN 1998: 27.

48 Sin perder de vista que la legislación penal, como es sabido, es utilizada de modo masivo con fines de manipulación social en el discurso político. Sirva de ejemplo la siguiente consideración: en la EM PL 164/2006-CR (p. 4 s.) se recurre a un «caso emblemático» —extraído de la prensa— para «graficar el horror y la monstruosidad que significa una violación infantil». Se relata brevemente la biografía del delincuente —un autor reincidente detenido tras violar y asesinar a dos niñas—, incluyendo el dato de que en el año «1993, cuando prestaba servicio militar en la Base Contrasubversiva de Chanchamayo [...] violó por lo menos a 18 nativas», siendo expulsado del ejército y «mandado al penal de Huamancaca» durante menos de dos años. ¿No parece razonable preguntarse —antes de reclamar la pena de muerte para «resolver» casos como este— si el estado peruano, el ejército, el aparato de persecución penal, la Administración de Justicia, obró bien con el autor? ¿Es razonable que un soldado que comete 18 violaciones esté menos de dos años en prisión (a no ser que influya el hecho de que se tratara de «nativas», quizás incluso de «nativas subversivas»)? ¿Que no conste tratamiento alguno?

49 Respecto del terrorismo de nuevo cuño, SCHEERER 2002: 7 ss., 13 ss., con ulteriores referencias) identifica la patologización y la mitologización de las conductas en cuestión como verdaderas características decisivas en el discurso de combate contra el terrorismo. Hablaba ya de una «demonología política» y del fenómeno de la patologización en relación con el derecho penal antiterrorista español TERRADILLOS BASOCO 1988, 18. Con carácter general sobre este fenómeno de «demonización», en cuanto parte de un nuevo paradigma criminológico centrado en la noción de «exclusión», Ver solo el análisis de YOUNG 2003: 155 ss., planteado con un amplio enfoque y con ulteriores referencias.

Son muy significativas en este sentido las consideraciones de Enzensberger —hechas bajo la impresión de los atentados del 11.9.2001—<sup>50</sup> en torno al carácter psicopatológico-autodestructivo de los autores de esos atentados: lo único que importa es el impulso de auto y heterodestrucción; los motivos son intercambiables e irrelevantes:

[...] no importa de qué fantasma se trate... un mandato divino cualquiera, una patria sagrada cualquiera, una revolución cualquiera.

En varios de los textos prelegislativos peruanos que aquí interesa aparece este discurso de un modo aún mucho más descarnado y agresivo: [los autores de delitos sexuales gravísimos contra menores] «...no pueden ser llamados seres humanos. Se convierten en monstruos, en animales predadores»;<sup>51</sup> «¿Podemos reconocerles derechos humanos a los violadores que por su <sup>perverso</sup>, cruel y depravado accionar pierden toda dignidad y actúan como animales salvajes?»,<sup>52</sup> «seres abominables, execrables y monstruosos que no merecen vivir». <sup>53</sup> Dicho con toda la claridad deseable —aunque después de haber insistido en el argumento de la «legítima defensa» de la sociedad—: «El tema no es que la pena de muerte sea o no disuasiva. Su imposición es el justo castigo que la sociedad impone a estos desgraciados violadores». <sup>54</sup>

En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal no es, en realidad, primordialmente una calificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar,<sup>55</sup> sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización (¿monstruo!) y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído? Así se comprende que el «derecho penal» del enemigo —dedicado esencialmente a definir categorías de sujetos— es de modo estructural un derecho penal de autor.<sup>56</sup> Visto desde esta perspectiva el proceso simbólico, el elemento decisivo es que se produce una *exclusión* de una determinada categoría de sujetos del círculo de ciudadanos, por lo que puede afirmarse que en este ámbito, las cuestiones en torno a la defensa frente a riesgos

50 En: HOFFMANN/SCHOELLER, *Wendepunkt 11*. Setiembre 2001, p. 116 ss.

51 EM PL 164/2006-CR (p. 3).

52 EM PL 164/2006-CR (p. 5).

53 EM PL 164/2006-CR (p. 7).

54 EM PL 164/2006-CR (p. 11).

55 Una cuestión —la peligrosidad *terminal* especialmente del terrorista— que continuamente se da por supuesta; Ver, por ejemplo, ROELLECKE 2006: 265 ss., o EM PL 669/2006-PE, p. 1.

56 Ver CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ 2003: 137 ss.; por su parte, CARO JOHN, 2007: 77 ss., 78, basa su crítica a los proyectos legislativos peruanos en esta argumentación (principio del hecho).

—que es el denominador esencial de la agenda político–criminal explícita— es lo de menos.<sup>57</sup> En este sentido, la carga genética del punitivismo<sup>58</sup> (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad) se recombina con la del derecho penal simbólico<sup>59</sup> (la tipificación penal como mecanismo de *creación* de identidad social) dando lugar al código del derecho penal del enemigo,<sup>60</sup> o, dicho de otro modo, el derecho penal del enemigo constituye una nueva fase evolutiva sintética de estas dos líneas de desarrollo. Una nueva fase que, si se consolida, hará desaparecer el Estado de Derecho.<sup>61</sup>

#### IV. CONCLUSIÓN

Es poco lo que cabe concluir, pero —desde el punto de vista aquí adoptado— importante. El análisis del discurso político–criminal que está en la base de los proyectos legislativos que pretenden introducir la pena de muerte para algunos delitos no es muestra de elementos específicos del Perú, sino que se inscribe perfectamente en la orientación que cabe apreciar en todo Occidente en el tratamiento público del crimen. En este sentido, que se trate de la pena de muerte solo es un elemento cuantitativo (aunque, como es obvio, muy relevante), no cualitativo. Una vez identificado el contenido de este discurso —expreso: reflexiones preventivo–fácticas; implícito: una construcción mendaz de la identidad social mediante la exclusión de determinadas categorías de criminales-enemigos—, el diagnóstico es claro: se trata de un verdadero paroxismo de «derecho penal» del enemigo. Si el ordenamiento jurídico del Perú da este paso, habrá abierto una brecha mortal en el edificio del Estado de derecho.

---

57 Decía ya, por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO 1988: 19 s. que la regulación antiterrorista española era más simbólica que funcional.

58 Cf. CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, p. 122 ss., 131 ss.; un potente concepto paralelo, proveniente del ámbito anglosajón —y, en particular, de cierto sector de la criminología en los Estados Unidos.— el del «populismo punitivo», y que destaca los aspectos de comunicación política de esta evolución político–criminal, es descrito y desarrollado por LARRAURI PIJOAN 2006: 15 ss.

59 Ver las referencias en CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ *Conferencias*, p. 125 ss.

60 Cf. sobre esta relación de parentesco CANCIO MELIÁ, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ 2003: 93 ss., 107 ss.

61 CANCIO MELIÁ 2005: 267 ss.; en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ 2003: 85 ss.; respecto de la introducción de la pena de muerte en el Perú, es esta también la tesis de CARO JOHN 2007: 77 ss.: la pena de muerte es incompatible con el Estado de Derecho en que se constituye el Perú.