

DESENMASCARANDO AL DERECHO PENAL –DEL ENEMIGO– Una aproximación desde la Crítica de la Economía Política

UNMASKING THE CRIMINAL LAW –OF THE ENEMY– An approach from the Critique of Political Economy

Alejandro Jeremías Quezada Barrionuevo¹

El develamiento de las raíces de una ideología es el verdadero preludio de su fin.

Evgeny Pashukanis.

Resumen

Este trabajo pretende esbozar una explicación científica del fenómeno jurídico conocido como el “derecho penal del enemigo”, partiendo de las categorías de la Crítica de la Economía Política. El análisis se enmarcará específicamente en la contradicción interna del Derecho Penal entre los principios de retribución y prevención, así como entre las tendencias teórico-prácticas del garantismo y el funcionalismo. Bajo ese lineamiento, se abordará la concepción brindada por Günther Jakobs del “derecho penal del enemigo”, así como algunos comentarios a las propuestas de sus críticos, todo ello desde los lineamientos de una crítica que trascienda los estrechos márgenes de las posturas ya harto-conocidas al interior de la teoría del derecho.

Palabras clave: Derecho penal del enemigo, crítica de la Economía Política, crítica del derecho, Karl Marx, Evgeny Pashukanis, Günther Jakobs, funcionalismo, garantismo.

Abstract

This work aims to outline a scientific explanation of the legal phenomenon known as the “enemy criminal law”, based on the categories of the Critique of Political Economy. The analysis will specifically frame the internal contradiction of Criminal

¹ Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Agradezco a Myriam Barrionuevo, Brenda Bayona y a mi profesor Robinson Gonzales, que se tomaron la molestia de leer el borrador de este artículo y motivarme a su publicación.

Law between the principles of retribution and prevention, as well as between the theoretical-practical trends of garantismo and functionalism. In this context, the conception provided by Günther Jakobs of “enemy criminal law” will be addressed, along with some comments on the proposals of his critics, all from the perspective of a critique that transcends the narrow margins of the already well-known positions within legal theory.

Key words: Enemy criminal law, critique of Political Economy, critique of law, Karl Marx, Evgeny Pashukanis, Günther Jakobs, functionalism, garantismo.

Sumario

1. Introducción, 2. Crítica de la Economía Política como marco referencial, 3. Derecho privado y derecho público, 4. Orígenes del derecho penal, 5. Contradicción en el derecho penal, 6. El derecho penal del enemigo, 7. Todo enemigo es enemigo de clase, 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

■ **E**l presente trabajo pretende esbozar una aproximación científica, establecer un marco referencial y contribuir al debate sobre el carácter del derecho penal del enemigo, partiendo desde la Crítica a la Economía Política; en miras a actualizar el desarrollo de la crítica inmanente de la sociedad, siendo el presente un estudio que se encuentra enmarcado en la propuesta teórico-práctica que enarbó la ortodoxia marxista: la crítica del Derecho.

Nuestro objetivo responde a la necesidad práctica que surge de la exacerbación de las contradicciones entre las clases sociales que se vienen desarrollando en la sociedad peruana, en cuyo contexto la burguesía trae consigo una serie de propuestas normativas, políticas e ideológicas que, precisamente, sirven para aplastar el avance del proletariado en el desarrollo de estas pugnas. La finalidad de nuestro objetivo no abraza, sino un fin eminentemente práctico: servir como fundamento teórico para enarbolar una propuesta práctica coherente que le haga frente al avance de la ciencia

burguesa (*doctrina del derecho*) que busca legitimar la persecución y eliminación de los elementos más avanzados del proletariado.

Para ello, partiremos de las propuestas realizadas por los dos más grandes representantes de la crítica marxista en el campo del derecho: Oscar Correas y Evgeny Pashukanis. En primer lugar, Oscar Correas, en lo desarrollado de la tendencia teórica denominada Crítica Jurídica Latinoamericana sostiene que una *ciencia del derecho* no sería sino aquella que consiste en “la exposición misma del universo jurídico” siendo “a la vez un cuadro del sistema y la crítica del sistema a través de su propia exposición”², de modo que “la sola exposición del derecho sin tapujos es la crítica del mismo de la sociedad que lo genera”³.

Oscar Correas menciona que “los fenómenos sociales aparecen a veces de modo que ocultan su verdadero fondo”⁴, siendo que la “esencia está «oculta» por las formas exteriores o «apariencia» del fenómeno o la cosa”⁵. A su vez, ello implica que en la sociedad capitalista la realidad está *invertida*, puesto que nos muestra solo la envoltura que contiene las determinaciones de dicha sociedad: “es el mundo social el que está invertido, el que oculta su propio fondo”⁶.

Oscar Correas señala que la tarea de develar dicha apariencia “consiste en advertir la inversión de lo real” y por ello, dicha tarea es “crítica, de la sociedad y de la ciencia que la estudia”, puesto que “en esa sociedad donde existe semejante inversión, se genera una ciencia de lo aparente que capta precisamente la realidad tal cual es: invertida”⁷. Precisamente hacia esas tendencias teóricas que pretenden esconder la “esencia” de la realidad y no hacen más que reproducir los fundamentos de la realidad presente, es lo que se pretende hacer objeto de la crítica.

2 Óscar Correas, “¿Una dialéctica del derecho? (Acerca del libro de E.B. Pashukanis, La teoría general del derecho)”. *Dialéctica*, vol. 3, núm. 4, 1978, p. 246.

3 Óscar Correas, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, México, Fontamara, 2013, p. 73.

4 Ibidem, p. 40.

5 Ibidem, p. 41.

6 Idem.

7 Idem.

Nuestra tarea irremediablemente tiene que ser desentrañar la *esencia* de la *apariencia*, únicamente así podremos evitar instalarnos en una práctica fetichizada que impida la transformación del mundo⁸. Es decir, tenemos que evitar una práctica que se limite al análisis superficial de la realidad concreta y no ahonde en sus determinaciones internas, siendo que esta deviene en la reproducción de las formas y de la lógica de dicha inversión. De este modo podremos sostener una ciencia del derecho que tenga el objetivo de generar “el conocimiento de la sociedad (...), al mismo tiempo que aporte fundamental para su transformación”⁹, una ciencia jurídica que sea un “instrumento apto para la transformación social”¹⁰.

Es preciso señalar que el análisis de Óscar Correas se sostiene en la propuesta de Karl Marx esbozada en sus manuscritos inéditos, ordenados en el primer tomo de los Grundrisse o “Elementos fundamentales para la crítica de la economía política” cuando este último menciona que “lo concreto es concreto porque es la síntesis de múltiples determinaciones”¹¹. Para Karl Marx la realidad concreta, realidad inmediata que se despliega ante nuestra conciencia, no sería, sino la forma que adoptan las determinaciones de dicha realidad, es decir, es la *apariencia* que toma la *esencia* de dicha realidad: el desarrollo de dicha *esencia* de la realidad tiene que darnos por resultado la realidad presente.

En este orden de ideas, el gran jurista soviético Evgeny Pashukanis, quien fue uno de los primeros en realizar una crítica marxista del derecho, lo sintetiza de la siguiente manera:

“En este caso, igualmente la totalidad concreta, sociedad, población y Estado, debe ser el resultado y la etapa final de nuestras búsquedas, y no ya su punto de partida. Cuando se procede de lo más simple a lo más complejo, cuando se va de la forma más pura del proceso a sus formas más concretas, seguimos un camino

8 Idem.

9 Óscar Correas, “¿Una dialéctica del derecho? ...”, op. cit., p. 250.

10 Idem.

11 Karl Marx, *Elementos fundamentales para la crítica de la Economía Política (Grundrisse): borrador, 1857-1858*, trad. de Pedro Scaron, vol. 1, 20.^a edición, México, Siglo XXI, 2007, p. 21.

metodológicamente más preciso, más claro y por lo mismo, más correcto que cuando se avanza tanteando, no teniendo delante de sí nada más que una difusa e indiferenciada representación de la totalidad concreta.”¹²

Lo expuesto nos señala que el derecho tiene que estudiarse no como un objeto del cual tenemos que partir, sino todo lo contrario: es donde nuestro análisis tiene que desembocar. El derecho, pues, forma parte de la realidad concreta, la cual tenemos por tarea desenmascarar y, por ende, desenmascarar la verdadera *esencia* del derecho. Ello implica inevitablemente desarrollar la crítica de la *doctrina del derecho*, la cual precisamente consiste en reproducir dicha inversión de la realidad concreta a la que hace alusión Óscar Correas, es decir, que contribuyen al fetichismo de la *apariencia*, en el campo de la teoría.

2. CRÍTICA DE LA ECONOMÍA POLÍTICA COMO MARCO REFERENCIAL

El sustento material del avance de la sociedad se encuentra en la lucha de clases y en el capitalismo, en particular, de la lucha entre la burguesía y el proletariado. Esta es la contradicción principal desde la que tenemos que partir. Por ello, en las siguientes líneas trataremos de dar los alcances necesarios al respecto.

Los sujetos en el capitalismo se relacionan mediante sus mercancías. Nos encontramos ante una relación social indirecta, mediada por las mercancías, cuya mediación va a engendrar la conciencia de ambos participantes de aquella relación, determinándolas como personificaciones de las potencias sociales objetivadas en las mercancías que participan de esa relación¹³. El burgués no es sino la personificación del capital y el

12 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho y marxismo*, trad. de Virgilio Zapatero, 1.^a ed., España, Editorial Labor, 1976, p. 54.

13 Juan Iñigo, “El capital: determinación económica y subjetividad política”, México, *Crítica Jurídica*, núm. 34, 2012, p. 55.

proletario la personificación de su fuerza de trabajo: así entran en contacto ambos en la relación social¹⁴.

Ello nos indica que se trata de una relación donde el carácter personal de los sujetos pasa a un segundo plano y por ende no puede ser una relación social de carácter directo. No obstante, si en un plano interno de la dinámica de esta relación social entre los portadores de mercancías se puede evidenciar que se trata de una relación indirecta, en un plano externo¹⁵, la relación va a adquirir un carácter *directo*. Es decir, existirá a la vez de una relación social indirecta, también una relación social directa que brote de ella. Como menciona Karl Marx, “las mercancías no pueden ir por sí solas al mercado ni intercambiarse ellas mismas”¹⁶. Es decir, que para que exista un intercambio de mercancías se necesita que los portadores de las mercancías interactúen entre sí, generando con ello un tipo de relación *directa* entre ellos.

Efectivamente, Pashukanis da cuenta de este fenómeno y señala que:

“La conexión social de los hombres en el proceso de producción, objetivada en productos del trabajo y que reviste la forma de una regularidad espontánea, exige para su realización una relación particular entre los hombres en tanto que individuos que disponen de productos, es decir, como sujetos cuya «voluntad domina en las cosas».”¹⁷

Este tipo de relaciones directas se tratan, pues, de las relaciones jurídicas, que no son sino la *apariencia* que toman las relaciones mercantiles entre los portadores de mercancías. Lo que podríamos denominar como *superestructura jurídica* serían las relaciones que nacen a la par que las relaciones mercantiles y entrañan la lógica del intercambio: mientras que las relaciones mercantiles son relaciones indirectas entre los

14 Idem.

15 Al que llamaremos plano *fenoménico*.

16 Karl Marx, *El capital/ El proceso de producción del capital*, trad. de Pedro Scarón, vol. 1., 28.ª edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 103.

17 Op. cit., p. 95.

sujetos¹⁸, las relaciones jurídicas son las relaciones directas entre los sujetos. Relación mercantil y relación jurídica son dos caras de la misma moneda: sin mercancía no hay relación jurídica. Pashukanis nos señala ello:

“(…) La vida social se escinde, por una parte, en un conjunto de relaciones objetivadas de formación espontánea (tales son todas las relaciones económicas: nivel de precios, tasa de plusvalía, tasa de beneficio, etc.), esto es, de relaciones en las que los hombres no nos dicen más de lo que nos dicen las cosas. Por otra parte, en relaciones en las cuales el hombre no se determina de otra forma que, por su contraposición a la propia cosa, es decir, como sujeto, en relaciones jurídicas. Son estas dos formas fundamentales que se diferencian entre sí en principios y que, sin embargo, están estrechamente unidas del modo más estricto y se condicionan recíprocamente. La conexión social, productiva, se presenta en dos formas incoherentes: como valor de la mercancía y como capacidad del hombre de ser sujeto de derechos.”¹⁹

A su vez, las relaciones jurídicas se constituyen en la interacción entre las categorías jurídicas: las cosas, las personas, los contratos, etc. Las cuales no son, sino, la manifestación *fenoménica* (el ropaje, el envoltorio jurídico) de los elementos de la relación mercantil: las mercancías, los portadores de mercancías, el intercambio equivalente, etc. Las relaciones jurídicas son la mistificación de las relaciones mercantiles: enmascaran y ocultan la esencia de las categorías y las mismas relaciones jurídicas. La forma jurídica no es sino la contraparte de la forma mercantil. Las relaciones jurídicas invierten el orden de las cosas y le otorgan el lugar determinante a los fenómenos que son más bien los determinados. Como menciona Pashukanis, “el fetichismo de la mercancía se completa con el fetichismo jurídico”²⁰.

Por otro lado, las normas jurídicas serían la positivización de estas relaciones jurídicas y legitiman su realización concreta en el marco de la sociedad burguesa.

18 Por la interacción directa de las mercancías que reúne a sus propietarios en calidad de sus *personificaciones*.

19 Op. cit., p. 95-96.

20 Op. cit., p. 95.

La norma de acuerdo Pashukanis, “es una inferencia de relaciones ya existentes, o bien no representa, cuando es promulgada como ley estatal, más que un síntoma que permite prever con cierta verosimilitud el futuro nacimiento de las relaciones correspondientes”²¹.

Tenemos ante nosotros, pues, que el derecho se encuentra irremediamente atado no solo a las formas, sino al fundamento de la sociedad capitalista y, por ende, está dirigido a afirmarla.

3. DERECHO PRIVADO Y DERECHO PÚBLICO

Ahora bien, en el derecho existe una clara división en el marco de la sociedad burguesa: el derecho objetivo y el derecho subjetivo, o como también son denominados: el derecho privado y el derecho público. Haciendo a un lado las diferencias que se plantean en el marco de la doctrina jurídica, a efectos de la brevedad del presente artículo, abordaremos la diferencia entre ambos desde la Crítica a la Economía Política.

Desde nuestra perspectiva, podemos afirmar que derecho privado es aquel que se adscribe a la controversia derivada de la realización de las pretensiones de los intereses particulares, que emerge de la misma actividad de intercambio, como, por ejemplo, la relación entre el acreedor y el deudor. Por otra parte, el derecho público emerge de la división entre la sociedad civil y el estado político *que se abstrae de sus bases* y se posiciona como un ente social por encima de las clases sociales con carácter *neutral*.

La forma jurídica encuentra su plenitud en el derecho privado al ser precisamente el intercambio donde nace. La lógica del derecho es, pues, la lógica del intercambio equivalente que no es otra cosa que la lógica de un *trato justo* que encontramos en la circulación mercantil. Por ello, la crítica del derecho inevitablemente parte del análisis del Derecho Civil, tal como Óscar Correas y Evgeny Pashukanis lo hacen en su obra²². Ahora bien, la función principal del Estado es ejercer la dominación

21 Op. cit., p. 74.

22 Tanto en *Teoría General del Derecho y Marxismo* y en *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, podemos apreciar que ambos teóricos parten del derecho civil no por una decisión antojadiza, sino por una

de una clase sobre otra mediante el uso de la violencia organizada siendo que dicha dominación está dirigida a perpetuar un status quo, es decir, a preservar el estado de cosas existente, es necesario aquí recordar a Lenin cuando menciona que es “un órgano de dominación de clase, un órgano de opresión de una clase por otra es la creación del «orden» que legaliza y afianza esta opresión, amortiguando los choques entre las clases”²³. La función primordial del Estado no es, sino *afirmar* el modo de producción vigente, y, por ende, las relaciones que lo sustentan, es decir, las relaciones mercantiles. El Estado se encarga de garantizar la circulación de mercancías y de su correcto desenvolvimiento²⁴.

Ahora bien, las potestades del Estado para poder garantizar el tráfico de mercancías y el mantenimiento del estado de cosas existente vienen otorgadas por *derechos*. Estos derechos, por ejemplo, los podemos encontrar en la Constitución Política del Perú, en los Decretos Legislativos, en el Código Penal, etc. La forma jurídica que se encuentra diseñada por la lógica mercantil va a extenderse al amparo de la necesidad de legitimar al Estado para el cumplimiento de sus funciones. Esto conlleva la asunción de que el Estado es *el consenso de todas las voluntades particulares que lo conforman*, tomando el lugar del *interés general despersonalizado*, donde toda función social asume una caracterización jurídica, y de este modo, actúa como un sujeto jurídico (y se le otorgan *derechos y obligaciones*)²⁵. Sin embargo, dicha extensión de la lógica jurídica al derecho público va a traer dificultades que hacen que el derecho público siempre busque definiciones, conceptos o incluso instituciones del derecho privado²⁶.

Asimismo, el derecho público al asumir *el consenso entre las diversas voluntades individuales* va a presentar otro problema particular: la contradicción entre *técnica* y la *norma jurídica*. La técnica, de acuerdo a Pashukanis, se caracteriza por la *unidad*

cuestión de método: el análisis tiene que partir de la mercancía.

23 Vladimir Lenin, *El estado y la revolución*, República Popular China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Pekin, 1966, p. 8.

24 Óscar Correas, *Introducción a la crítica...*, *op. cit.*, p. 81.

25 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho...*, *op. cit.*, p. 86.

26 Idem.

de fines, mientras que “la premisa fundamental de la reglamentación jurídica es, por consiguiente, el antagonismo de los intereses privados... el momento jurídico comienza allí donde comienza el aislamiento y la oposición de los intereses”²⁷. El derecho público, en realidad, no es sino la mistificación de las funciones sociales del Estado bajo el ropaje de las formas jurídicas y aquí es donde encontramos una particularidad del derecho público²⁸.

En el derecho público, la forma jurídica, a diferencia del derecho privado, no solo puede contener el interés económico de las partes, sino que alberga, dentro de sí, una posición política. Es decir, las pugnas políticas revisten la forma de pugnas jurídicas y en última instancia, revisten la forma de un juicio. Al respecto, a lo que nos referimos es lo que Friedrich Engels señala que la pugna de intereses económicos, conforme se desarrolla la división del trabajo, *reviste distintas formas en las distintas esferas de la vida del hombre*, las cuales adquieren cierta independencia, pero no dejan de encontrarse unidas:

“La sociedad da origen a ciertas funciones comunes de las cuales no puede prescindir. Las personas elegidas para realizar estas funciones constituyen una nueva rama de la división del trabajo dentro de la sociedad. De esta manera adquieren intereses particulares, distintos, también de los intereses de quienes los emplearon; se independizan de estos últimos, y he aquí el Estado. Y, en lo sucesivo, el desarrollo es el mismo que el del comercio en mercancías y, más tarde, el comercio en dinero; la nueva fuerza independiente, si bien debe seguir en lo esencial el movimiento de la producción, también, debido a su independencia interna (la independencia relativa que se le confirió en un principio y que se sigue desarrollando) vuelve a actuar, a su vez, sobre las condiciones y el curso de la producción. Es la interacción de dos fuerzas desiguales: por una parte, el movimiento económico; por la otra, el nuevo poder político, que aspira a la mayor independencia posible y que, una vez establecido, tiene también él,

27 Ibidem, p. 67.

28 Ibidem, p. 86.

movimiento propio. En conjunto, el movimiento económico se abre camino, pero también debe sufrir reacciones del movimiento político que estableció, que tiene él mismo, relativa independencia: del movimiento del poder estatal, por una parte, y por otra, de la oposición simultáneamente engendrada. (...) así también la lucha entre las clases que existen y en conflicto...; pero también en forma invertida, no ya directa sino indirectamente, no como lucha de clases, sino como lucha por principios políticos”²⁹

Tal como lo señala, así como en la esfera política se pugnan intereses económicos revestidos de principios políticos, la esfera jurídica pública es el envoltorio de la pugna de intereses políticos que se encuentran revestidos por principios jurídicos y que, en última instancia nos remiten a intereses económicos. No obstante, Engels más adelante señala que “el curso del «desarrollo del derecho» solo consiste en gran medida: primero, en la tentativa de eliminar las contradicciones provenientes de la traducción directa de las relaciones económicas a principios jurídicos y de establecer un sistema jurídico armonioso; y luego en las repetidas brechas que se producen en este sistema por influencia y presión del desarrollo económico posterior, que lo arrastran a nuevas contradicciones”³⁰, cercando con ello la posibilidad de enmarcar a la forma jurídica en un plano político y acercarlo a un plano más económico, pero se debe tomar en cuenta que él mismo señala que “por el momento solo habla de derecho civil”³¹. El derecho privado se encuentra mucho más próximo a la pugna eminentemente económica, siendo que se desenvuelve en el tráfico directo de mercancías y pocas veces se podrá obtener jurisprudencia, doctrina o normas que expongan de manera *explicita* una posición política³². Queda aclarado, entonces, el punto de que Engels se refiere solo al campo del derecho privado y específicamente, el derecho civil.

29 Karl Marx y Friedrich Engels, “Carta a Konrad Schmidt del 27 de octubre de 1890”, *Correspondencia*, Buenos Aires, Editorial Cartago SRL, 1973, p. 383.

30 Ibidem, p. 384.

31 Idem.

32 Obviando, claro está, que todo el Código Civil es una eminentemente obra cuya posición política es afirmativa al sistema capitalista. No obstante, es posible encontrar jurisprudencia, normas o doctrina que remitan

Continuando con el derecho público, este se enmarca en las funciones sociales del estado: se encarga de regularlas y legitimarlas. ¿Dónde entra lo político? Las funciones sociales responden a las necesidades determinadas por los intereses de las clases sociales en el marco de la lucha de clases. Para poder cumplir con estas funciones e incluso para poder admitir la creación de nuevas funciones y de eliminar otras, se requiere un tipo de *dirección* que va a orientar el tratamiento de dichas funciones. Dicha dirección u orientación es lo conocemos como *posición política*. Cada orientación distinta viene determinada por una posición política distinta que va a conllevar diversas medidas: vas a reducir el dinero para el sector educativo y aumentar los sueldos de los congresistas, vas a aplicarle una pena desmedida a esta persona que salió a protestar, vas a eliminar el ministerio de la mujer, etc. La forma jurídica es el medio en el que pugnan las posiciones políticas, las cuales son el *fondo* del asunto. La forma jurídica, tanto las formas procesales como sustanciales, se encuentra diseñada para *pugnar*: es su naturaleza, para eso fue creada y para eso sirve. Pero a nivel del derecho público, esa pugna no se da entre meros particulares (como en el derecho privado), sino es una pugna que se da entre clases sociales. Nuestra tarea en este punto es exponer el carácter político que se esconde detrás de las pugnas jurídicas a nivel del derecho público, siendo que los juristas “se imaginan que operan con principios a priori”³³ y ello evidentemente se trata de una concepción ideológica.

Entonces, tenemos que el estado es la imposición de facto de la dominación de una clase social sobre otra, cuyas funciones sociales van a ser mediadas —revestidas— por la forma jurídica y por ende, por la lógica del intercambio equivalente. El estado no se trata de un sujeto jurídico, sino de un “aparato especial para aplicar sistemáticamente la violencia”³⁴, “no es una superestructura jurídica, sino que únicamente puede ser

explícitamente a una postura política, siendo que la gran parte se encuentra *implícita*. Podemos hallar diferencias en doctrina cuando nos remitimos al modelo económico señalado en la constitución de cada país vigente, el cual tiene sus consecuencias, por ejemplo, en la legislación financiera y el derecho de las obligaciones. De igual forma, en el derecho de familia podemos ver algo de lo que mencionamos.

33 Idem.

34 Vladimir Lenin, “Acerca del estado”, *Obras Completas*, tomo 39, URSS, Editorial Progreso, 1981, p. 73.

pensado como tal”³⁵. De este modo tenemos que el derecho público es la mistificación de las funciones sociales del Estado. Dichas funciones sociales, van a adoptar la forma jurídica y ello es precisamente lo que detiene a que se representen como simplemente funciones sociales y a sus normas como *meras reglas organizativas*, es decir, como *mera técnica*. La única forma de que aparezcan de manera totalmente sincera y expuesta las funciones sociales del Estado, es decir, que aparezcan como mera técnica, es suprimiendo la sociedad que precisamente se basa en la *unión de intereses particulares*, es decir, suprimiendo el sistema capitalista y con ello, la forma jurídica. Mientras no se supere la forma jurídica, no se podrá tampoco superar el derecho público.

4. ORÍGENES DEL DERECHO PENAL

Dentro del derecho público se encuentra el derecho penal y a fin de abordarlo, partiermos de lo que se conoce como *violación del derecho*:

“La no sumisión a la norma, la violación de la norma, la ruptura de la normalidad de las relaciones y el conflicto que resulta de ello constituye el punto de partida y el contenido principal de la legislación arcaica. La normalidad, por el contrario, no es definida como tal: únicamente existe. La necesidad de fijar y determinar de manera precisa la extensión y el contenido de derechos y deberes precisos, no surge sino donde ha desaparecido la coexistencia pacífica”³⁶

Ello quiere decir que la posibilidad de que exista un desacuerdo implica la existencia de intereses particulares y para ello es necesaria la noción de «individuo». Dicha noción de individualidad nace con la división del trabajo que da lugar a la propiedad privada:

“... Pero cuando en la comunidad penetró la división del trabajo, y sus miembros empezaron a ocuparse por separado en la producción de un objeto cualquiera, vendiéndolo en el mercado, entonces surgió la institución de la propiedad

35 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho...*, op. cit., p. 86.

36 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho...*, op. cit., p. 53.

privada como manifestación de este aislamiento material de los productores de mercancías”³⁷.

Es decir, que con el surgimiento de la propiedad privada se termina la coexistencia pacífica en el interior de la sociedad humana. Surge la disputa de dos intereses particulares, que para no romper con la normalidad, es decir, con las relaciones sociales establecidas, se crea la norma jurídica. Una sociedad sin disputa individual no necesita normas que tengan que delimitar esas cosas porque no existiría conflicto alguno entre particulares³⁸. Al derecho privado, le corresponden dichas pugnas de carácter eminentemente patrimonial e individual.

Asimismo, el surgimiento de las relaciones jurídicas (de la lucha de intereses particulares) va de la mano con el surgimiento de la no-sumisión de la norma, de la posibilidad y/o necesidad de violar las normas, producto de ese conflicto de intereses, o mejor dicho, la no-sumisión a las relaciones jurídicas establecidas, y es precisamente ahí donde se encuentra el origen del derecho penal como una respuesta frente a esta *agresión*.

El derecho penal “tiene el poder de agredir la personalidad individual lo más directa y brutalmente posible”, se encuentra, pues, “históricamente unido a la costumbre de la venganza de sangre”³⁹. Asimismo, la venganza de sangre en la antigüedad no solo se daba contra aquel que te generaba un perjuicio, sino que se extendía hasta las futuras generaciones:

“En una situación de la sociedad en la que no existen ni jueces ni leyes, la pena tiene siempre la forma de la venganza y esta permanece tanto más defectuosa, cuanto es la acción de una voluntad subjetiva y, por consiguiente, no es conforme al contenido (...) En cambio, lo injusto, no aparece para el perjudicado en su limitación cuantitativa y cualitativa, sino solo como injusto en general, y en

37 Vladimir Lenin, “Quiénes son los «amigos del pueblo» y como luchan contra los socialdemócratas”, *Obras Completas*, tomo 1, URSS, Editorial Progreso, 1981, p. 158.

38 La norma jurídica se arraiga en el conflicto de intereses de los portadores independientes de mercancías.

39 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho...*, op. cit., p. 144.

la represalia él puede excederse, lo cual llevaría nuevamente a una nueva injusticia. En los pueblos incivilizados la venganza es una venganza inmortal, como entre los árabes donde solo puede ser reprimida por un poder superior o por imposibilidad de ejecución y en la mayoría de las legislaciones actuales todavía ha permanecido un resto de venganza, puesto que queda permitido a los individuos si quieren o no llevar ante el tribunal una vulneración.”⁴⁰

Sin embargo, la venganza se empieza a regular bajo un criterio de intercambio equivalente en cuanto se desarrolla la forma mercantil:

“La venganza no comienza a ser regulada por la costumbre y a transformarse en una reparación según la regla del talión «ojo por ojo, diente por diente» sino cuando, al lado de la venganza, comienza a consolidarse el sistema de arreglos o de reparaciones en dinero. La idea del equivalente, esta primera idea puramente jurídica, encuentra de nuevo su origen en la forma de mercancía.”⁴²

Desde ahí se puede rastrear el origen histórico del delito, el cual, “puede ser considerado como una variedad particular del cambio en la cual la relación de cambio, es decir, la relación contractual, es fijada post factum; dicho de otra forma, después de la acción arbitraria de una de las partes”⁴³, donde “la proporción entre el delito y la reparación se reduce igualmente a una proporción de cambio...”⁴⁴ y “la sanción aparece entonces como un equivalente que compensa los perjuicios sufridos por la

40 Georg W. F. Hegel, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, trad. de Eduardo Vasquez, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, p. 174.

41 Cabe resaltar que en la obra se habla que el injusto no aparece *limitado ni cuantitativa ni cualitativamente*, sino que aparecía de *forma general*, lo cual no es, sino cómo los alumnos de Hegel ven el desarrollo del valor en el sistema capitalista, que otorga la posibilidad de cuantificar una cantidad de libertad abstracta en la aplicación de las penas. La *forma general* no significa, sino la incapacidad de cuantificar el daño infligido por el injusto.

42 Ibidem, p. 145.

43 Idem.

44 Idem.

víctima”⁴⁵. El derecho penal “asume el carácter de un contrato comercial”⁴⁶. La figura jurídica del delito tiene un componente evidentemente retributivo: si no es retributivo, es decir, si no tiene esa delimitación del intercambio equivalente, no es delito, es plena y llanamente venganza. Tan evidente es la lógica mercantil del delito que tiene en su raíz histórica atada la reparación dineraria del perjuicio que, más tarde, sería pasada a un segundo plano por las penas privativas de libertad.

Respecto al desarrollo de la pena pública, estas “fueron introducidas en su origen en razón principalmente a consideraciones de orden fiscal y sirvieron para alimentar las cajas de los representantes del poder”⁴⁷. Por su parte, la Iglesia también imponía penas públicas, con la particularidad de que, si bien estas mantienen el carácter de un intercambio equivalente, esta *reparación* “no está ya unida inmediatamente al perjuicio producido por la víctima y no está ya fundamentada en pretensiones de esta última, sino que, adquiere una significación superior, abstracta, en tanto que castigo divino”⁴⁸. De este modo, “la iglesia pretende asociar el carácter material del resarcimiento al motivo ideológico de la expiación y purificación y hacer así del derecho penal, construido sobre el principio de la venganza privada, un medio más eficaz de mantenimiento de la disciplina social, es decir, de la dominación de clase”⁴⁹.

De la misma forma, en el ejército “los jefes militares aplicaron dicha dominación de clase, disfrazada de disciplina militar”⁵⁰, sobre “los pueblos sometidos como sobre sus propios soldados en casos de motines, complots o simplemente desobediencia... la misma que, antes era tarea de la asamblea popular, hasta la llegada del poder real, esta función se volvió parte de las funciones del rey y se identificó con la defensa de sus privilegios”⁵¹.

45 Idem.

46 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho...*, op. cit., p. 146.

47 Ibidem, p. 147.

48 Idem.

49 Ibidem, p. 148.

50 Idem.

51 Idem.

Podemos apreciar como existe un tránsito del derecho privado al derecho público. Ahora que los reyes tienen el poder de aplicar la disciplina social, pues lo hacen para sus fines. Se identifica, pues, los fines del derecho penal con los fines de las clases dominantes. Así se construye el derecho penal moderno como una amalgama de diversos estratos históricos⁵².

Sin embargo, la finalidad originalmente económica de la jurisdicción penal se va a cambiar conforme se consolida el desarrollo de las clases sociales y el estado, siendo que ahora “el nacimiento de una jerarquía espiritual y laica hace de la protección de sus privilegios y de la lucha contra las clases inferiores oprimidas de la población, una tarea prioritaria”⁵³.

El derecho penal sirve abiertamente a la posición de la clase dominante en la lucha de clases, por ello mismo, Pashukanis, afirmaría que “la jurisdicción penal del Estado burgués es un terrorismo de clase organizado que no se diferencia más que hasta cierto punto de las llamadas medidas excepcionales utilizadas durante la guerra civil”⁵⁴, siendo esta *diferencia*, la lógica del intercambio equivalente sin la que no sería propiamente derecho, sino la aplicación *desmedida* de la violencia. Es evidente hasta este punto que el derecho penal se desarrolla en el marco de la fricción de dos situaciones *aparentemente* antagónicas: el uso de la violencia para la dominación de clase y a la vez, la aplicación del principio mercantil del intercambio equivalente. En la misma línea de ideas, Pashukanis menciona algo de vital importancia:

“... La jurisdicción penal es un arma inmediata en la lucha de clases. Cuanto más aguda y encarnizada se hace esta lucha, la dominación de clase tiene más dificultades para realizarse en el interior de la forma jurídica. En este caso, el tribunal «imparcial» con sus garantías jurídicas es sustituido por una organización

52 Idem.

53 Idem.

54 Ibidem, p. 149.

directa de la venganza de clase, cuyas acciones vienen guiadas exclusivamente por consideraciones políticas.”⁵⁵

Es decir, la función social del estado de ejercer la dominación por sobre las demás clases sociales, cuando se hace cada vez más acuciante y requiere de la utilización de más violencia por el desarrollo mismo de la lucha de clases, encontrará mucho más difícil la manera de mediar a través de la forma jurídica, o en otras palabras: la dominación de clase tendrá más dificultad en esconderse en la forma jurídica en los momentos donde las contradicciones de clase son más álgidas. En dichas situaciones, la función social del Estado sale a la luz y se expone su verdadero carácter de clase, su carácter eminentemente burgués: su función de matar proletarios y a todas las clases sociales que se le opongan. La forma jurídica, la lógica del intercambio equivalente, pasa a un segundo plano y más bien le estorba para llevar a cabo su función. Pashukanis lo expresa de manera clara:

“No es necesario imaginarse que en el derecho penal haya reinado inicialmente la falsa teoría de la reparación y que haya sido seguida suplantada por el justo punto de vista de la defensa de la sociedad. No se debe considerar su desarrollo exclusivamente en el plano de las ideas. En realidad, la política penal... tenía un contenido de defensa social (o más exactamente clasista). Pero, al lado de esto, contenía, y contiene, elementos que no derivan de esta finalidad técnica y que de esta forma no permiten al procedimiento penal expresarse enteramente bajo la forma racional y no mistificada de reglas técnicas sociales. Estos elementos cuyo origen deben buscarse no en la política penal como tal, sino mucho más profundamente, dan a las abstracciones jurídicas del delito y la pena su realidad concreta y les confieren una significación práctica en el cuadro de la sociedad burguesa, pese a todos los esfuerzos en contrato de la crítica teórica”⁵⁶

De lo citado, se puede constatar que en los inicios del derecho penal primaba la tendencia doctrinaria de la defensa de la reparación equivalente; sin embargo, conforme

55 Ibidem, p. 151.

56 Ibidem, p. 156.

el capitalismo avanza, el aspecto técnico del derecho penal toma el papel principal y el aspecto que abraza la forma equivalente pasa a un segundo plano. Y ello, precisamente va a tener sus repercusiones en la teoría (doctrina), donde aparecerá “la tendencia de hacer del concepto de reglamentación externa el elemento lógico fundamental del derecho”, la cual “conduce a la identificación del derecho con el orden social instaurado autoritariamente”, siendo que dicha tendencia en el pensamiento jurídico en que el libre mercado o la libre competencia fueron reemplazados por los grandes monopolios capitalistas y la política imperialista, puesto que “el capital financiero aprecia mucho más el poder fuerte y la disciplina que no los «eternos e intangibles derechos del hombre y del ciudadano»”⁵⁷.

Dichas tendencias terminan deviniendo en lo que se conoce como “formalismo jurídico” que, a la vez que cumple su rol ideológico en el marco del imperialismo, también expresan la tendencia misma de las relaciones mercantiles: de volverse cada vez más despersonalizadas y dejar atrás los rezagos de los modos de producción anteriores al capitalismo que involucraron en el comercio las *diferencias* que existían entre los individuos⁵⁸.

5. CONTRADICCIÓN EN EL DERECHO PENAL

El derecho penal, en su desarrollo, tiene irremediablemente atada la contradicción que padece el derecho público: la contradicción entre la técnica y la forma jurídica. De acuerdo a las diversas situaciones históricas, y situaciones políticas, el aspecto principal de dicha contradicción va a variar: o bien el fin social de la dominación de una clase sobre otra, o bien el rescate del principio del intercambio equivalente que se reviste bajo la forma jurídica de las *garantías procesales*. El derecho penal es derecho precisamente por la existencia de dicha contradicción.

57 Ibidem, p. 84.

58 Como señala Óscar Correas, por ejemplo, que en la sociedad romana, el padre no sea igual que el hijo.

En esa línea, Pashukanis menciona que la relación entre el Estado y el delincuente se va a plantear en los términos de “un cambio comercial de buena fe”⁵⁹, ya que “en esto consiste precisamente el significado de las garantías de procedimiento penal”⁶⁰, esto implica todo el sistema de garantías procesales que conocemos:

“... La justicia burguesa vigila cuidadosamente que el contrato con el delincuente sea concluido con todas las reglas del arte, es decir, que cada uno pueda convencerse y creer que el pago ha sido equitativamente determinado (publicidad del procedimiento judicial), que el delincuente ha podido libremente negociar (proceso en forma de debate) y que ha podido utilizar los servicios de un experto (derecho a la defensa), etc.” (p. 156)⁶¹

Es evidente que la jurisdicción penal y la concepción del delito entrañan la lógica eminentemente mercantil de la sociedad burguesa. El derecho penal no es sino derecho penal en cuanto se introduce la lógica del intercambio equivalente en la dominación de clase. El derecho penal, como parte del derecho público, es la fetichización de la función social del Estado de reprimir a las clases dominadas mediante el uso de las formas jurídicas. Es la lucha de clases mediada por la forma del intercambio equivalente. Antes del intercambio equivalente, no existía derecho penal: existía la venganza ilimitada. Existía la violencia y dominación de manera desnuda y desvelada: el fundamento del Estado (la violencia) y su función social de dominación era explícita. Con la llegada de la forma mercantil, la dominación de clases *se esconde* detrás de la forma jurídica, detrás del *Estado de derecho*: la dominación se encuentra de manera *enmascarada*. El fundamento del estado sigue siendo el mismo: la violencia organizada.

Asimismo, ello implica que en el campo teórico, los *valores* que representan las garantías pasen a un primer plano y se les confunda con los verdaderos fines del derecho penal. Empiezan a surgir ideas de que el derecho penal busca la justicia, la libertad, la verdad, etc. En otras palabras, la realidad se nos aparece de forma invertida: la

59 Ibidem, p. 156.

60 Idem.

61 Idem.

realidad concreta se despliega mediada por la inversión entre sus determinaciones y lo determinado. Dicha inversión, en el campo de la teoría del derecho penal, se expresa cuando los juristas ven que el fin del derecho penal no es la función social de dominación, sino *la defensa de los bienes jurídicos*, la búsqueda del *restablecimiento de la vigencia de la norma*, la *prevención del delito*, etc. Al momento de limitarse a la realidad concreta y no ahondar en sus determinaciones, terminan por precisamente afirmar la lógica aparente de dicha realidad y sus formulaciones no son sino la captura de dicho momento en el despliegue del movimiento de lo real: el último de ellos.

Aquí es donde nos encontramos con la dicotomía fenoménica realmente existente y determinante en la teoría del derecho penal: la dicotomía entre *retribución*⁶² y *prevención*. Por un lado, el carácter fetichista del derecho, que traslada la lógica del intercambio equivalente de mercancías a cualquier ámbito de la norma jurídica, imprime la racionalidad de una pena que se base en una *retribución*, en una *proporcionalidad* al daño infligido: la cuantificación y matematización de la pena son el producto terminado de ello y precisamente no sería derecho sin ello. Por el otro lado, tenemos

62 Cabe aclarar que las propuestas teóricas que desarrollan el carácter retributivo de la aplicación derecho penal precisamente son las esbozadas por Friedrich Hegel e Immanuel Kant: ambos ilustrados y representantes del primer momento del derecho penal, el momento de la revolución burguesa y por ende, la primacía de la lógica del intercambio equivalente. Se tratan, pues, de las teorías de la pena que se corresponden con el primer momento del capitalismo. Asimismo, el fin del derecho penal aquí se presenta como el *castigo del delito*, nos encontramos, pues, con el recubrimiento ideológico del verdadero fin técnico del derecho penal. Sin embargo, conforme se desarrolla la etapa imperialista del capitalismo, comienzan a tomar protagonismo las llamadas *teorías de la prevención general* que se centran ahora en realizar la *función social del Estado* que anteriormente hemos señalado. Las teorías de la prevención al justificar la intervención penal en la necesidad de *evitar el delito*, sea mediante la resocialización o la intimidación, buscan precisamente justificar el mantenimiento del control social, es decir, buscan justificar la vigencia de la dominación: la violencia del Estado se va a aplicar de distintas formas (como imposición de la fuerza, como contención o como intervención «pedagógica», que no es otra cosa que la intervención ideológica sobre el delincuente), pero se despliega de manera consciente y sostenida primando —como se evidencia de su carácter *colectivo* o *social*— la función social de dominación. Asimismo, si bien lo principal es la función social, el aspecto fetichista del derecho se va a expresar precisamente cuando se envuelve bajo el manto ideológico de la justificación de la *prevención del delito*: se está presentando como el fin del derecho penal la *evitación del delito*. Igualmente, en este ámbito también nos podemos encontrar un sector *progresista* que aboga por la resocialización y otro, *conservador*, que lo hace por la intimidación. No entraremos en detallar minuciosamente los aspectos particulares de esta división, debido a la brevedad de este trabajo, pero sí dejaremos constancia que la coincidencia entre las etapas históricas del capitalismo y el protagonismo de las teorías del derecho penal no es casual: se trata de su raíz material. En cada etapa del capitalismo y en cada país, a nivel general, la lucha de clases tuvo diferentes fases y características, y con ello, el derecho penal tuvo que adaptarse. Se puede rastrear una *expansión* y *fortalecimiento* del derecho penal con la llegada del imperialismo, a nivel general, sin embargo, es necesario estudiar la particularidad de cada nación para llegar a conclusiones mucho más precisas.

a la función social del Estado, que es la aplicación directa de la violencia para mantener la dominación de la burguesía, que en tiempos modernos, ha encontrado formas jurídicas para poder seguir escondiendo dicha función de manera más efectiva y legitimar el uso desproporcionado de la violencia: nos referimos a las propuestas teóricas y normativas de la *prevención del delito*, del *orden público* y la *seguridad ciudadana* como bienes jurídicos que *requieren de protección penal* y a la propuesta teórico-práctica del derecho penal del enemigo.

La prevención implica hacer expreso el fin del derecho, siempre fetichizado bajo las formas jurídicas, de acuerdo a su sello de clase: afirmar el estado de cosas existente. La retribución implica mistificar el derecho desde los valores de la sociedad burguesa, principalmente, la justicia. Entonces, tenemos que la contradicción fenoménica entre *retribución* y *prevención*, no es sino la contradicción entre la lógica mercantil del intercambio equivalente y la función social del Estado, revestidas bajo formas jurídicas, siendo que dicha contradicción se encuentra presente con mucha más fuerza que en cualquier otro lado, en el proceso penal. En otras palabras, la contradicción entre la función social del Estado y la forma jurídica, o lo que también se puede llamar, entre la aplicación *no justificada de la violencia* sobre los individuos y la *violencia cuantificada de manera justa* sobre los mismos, aparece ante nuestros ojos como la contradicción entre el *poder punitivo del Estado* y los *derechos de los ciudadanos*: de este modo es como se ve ante nuestra consciencia inmediata. ¿Qué es un proceso penal sino la acusación de un individuo, un ciudadano (un portador de mercancías), un sujeto jurídico, por una institución del estado ante tribunales que son del estado? Es inevitable que la primera noción de dicha contradicción en el derecho penal, bajo la mirada liberal —ideológica— del asunto, sea precisamente la dicotomía entre el estado y los particulares, entre liberalismo y totalitarismo, entre estado de *policía* y estado *garantista*.

Es interesante como la tensión del proceso penal se vislumbra bajo los ojos de la doctrina burguesa. Jürgen Baumann escribe:

“... El derecho procesal penal se halla siempre en una relación conflictiva (de esto se ocupa sobre todo Peters, Tratado §13) entre el interés de la comunidad

jurídica en la realización del derecho material (persecución penal) y los intereses de los ciudadanos afectados en sus derechos por el procedimiento penal. En todos los grados del procedimiento (procedimiento preliminar, intermedio y principal) este conflicto de intereses debe ser balanceado según el grado del procedimiento en forma distinta.”⁶³

El autor da cuenta de la dicotomía fenoménica entre el interés de la “comunidad jurídica” y el interés del “ciudadano”, que no es otra cosa que otra forma de la que reviste la dicotomía entre prevención y retribución o entre función social y lógica mercantil. Más tarde, Baumann lo deja muchísimo más claro al afirmar que “el derecho procesal penal no cuida derechos y la utilidad del individuo, sino el bienestar y la seguridad de la colectividad”⁶⁴. Es bastante claro que el “bienestar y seguridad” de la supuesta “colectividad” a la que se refiere en realidad es el manto jurídico que recibe la función social de dominación, siendo que en si en realidad hay un “bienestar y seguridad” que el derecho penal tenga que garantizar no es sino el “bienestar y seguridad” de la burguesía y su orden social. El hecho de que se pretenda hacer pasar el “bienestar y seguridad” de la burguesía como el “bienestar y seguridad” de la “sociedad en su conjunto” es un recurso que ya Karl Marx y Friedrich Engels han hablado antes: la burguesía hace pasar sus intereses como los intereses de todos. El discurso del “bienestar y seguridad” de toda la población es discurso ideológico, una quimera teórica que implica la fantasía de que existe una sociedad uniforme, la cual tenemos que hacer a un lado como veremos más adelante.

Por su parte, podemos apreciar como otro doctrinario, en este caso, Claus Roxin, se embrolla en la manifestación ideológica del Estado en cuanto estructura jurídica, cuando afirma lo siguiente:

“El derecho de penar está hoy reservado al estado. De ese monopolio del poder penal en el Estado resultan tres tareas que, con cierta espontaneidad e inevitabilidad, fueron asignadas al Derecho procesal penal. Si el Estado prohíbe,

63 Jürgen Baumann, *Derecho Procesal Penal: conceptos fundamentales y principios procesales*, 1.º ed., Argentina, Ediciones Depalma, 1986, p. 16.

64 *Ibidem*, p. 20.

por principio, las venganzas privadas y los duelos, tan conocidos y usuales en la Edad Media, entonces nace para él, como reverso de una misma moneda, la obligación de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento”⁶⁵

Cuando Roxin nos menciona del “monopolio de poder penal en el estado”, no está sino refiriendo a la monopolización de la violencia que nace con el surgimiento del estado: nadie puede usar la violencia excepto la clase dominante, nadie se encuentra legitimado para ello a excepción de la clase en el poder. En esa misma línea, menciona que debido a ello, el Estado asume “tres tareas”, es decir, que el estado asume *obligaciones* porque *ha capturado el derecho de penar*. El derecho le otorga una obligación. Como vemos, de nuevo entramos en el fetiche de la forma jurídica del derecho público: la personalidad *jurídica* del estado en cuanto *sujeto de derechos y obligaciones*. Por lo demás, sobre la “espontaneidad e inevitabilidad”, pues todo un proceso histórico del desarrollo del Estado confirma la falsedad de dicha afirmación. Pero con respecto a las “tres tareas” del estado, cabe mencionar que está haciendo alusión precisamente a la contradicción entre técnica y forma mercantil. Por un lado, tenemos la obligación de “velar por la protección de sus ciudadanos” y de la obligación de restablecer “la paz social” que no es, sino la justificación ideológica de la función social de dominación, es decir, la forma en la que se enmascara y legitima el uso de la violencia para “proteger a los ciudadanos” y que haya “paz”. Por otro lado, la obligación “de crear disposiciones que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor” es precisamente lo que le otorga el carácter de derecho como tal: la aplicación de un proceso de “juzgamiento”, sin ese proceso sería la aplicación plena y directa de la violencia y dejaría de ser derecho.

Roxin sigue sus argumentaciones, desarrollando precisamente el aspecto lógico mercantil del proceso, de la siguiente manera:

65

Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2001, p. 2.

“... No se debe ignorar, sin embargo, que el aumento de poder que el Estado recibió a través de la transmisión de la violencia penal puede significar también un gran peligro... Por ello, con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal... Los límites a la facultad de intervención del Estado, que deben proteger al inocente frente a persecuciones injustas y afectaciones excesivas de la libertad, y que también deben asegurar al culpable la salvaguarda de todos sus derechos de defensa, caracterizan al principio de formalidad del procedimiento. Aunque la sentencia consiga establecer la culpabilidad del acusado, el juicio solo será adecuado al ordenamiento procesal (principio de formalidad), cuando ninguna garantía formal del procedimiento haya sido lesionada en perjuicio del imputado. En un procedimiento penal propio del Estado de derecho, la protección del principio de formalidad no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica.”⁶⁶

El “principio de formalidad del proceso” es aquel que determina si un proceso ha sido adecuado de acuerdo a si se han respetado las garantías procesales: tenemos ante nosotros que el “trato justo” que se le debe brindar al imputado. Roxin es consciente de que el derecho penal se encuentra en una constante tensión⁶⁷: para él, esta tensión se da producto de que “la meta del procedimiento penal sea la decisión sobre la punibilidad del imputado”⁶⁸. Como la meta del procedimiento penal es la decisión sobre si aplicar violencia o no sobre el imputado, tenemos que tratar de alcanzar tres objetivos respecto de dicha decisión: que sea “materialmente correcta”, que sea “obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico-procesal” y que “restablezca la paz jurídica”. Los dos primeros, como vimos anteriormente, se sujetan al aspecto lógico-mercantil y el último a la función social del Estado.

Asimismo, afirma que el derecho procesal penal se trata precisamente de:

66 Idem.

67 Vale decir que todos los juristas del derecho penal dan cuenta de esa tensión *fenoménica*.

68 Idem.

“... La meta del procedimiento penal no consiste en alcanzar la sentencia correspondiente a la situación jurídica material a cualquier precio. Una tarea esencial del Derecho procesal penal consiste en ponderar, en las resoluciones incorrectas desde el punto de vista formal o del contenido, los tres criterios descritos y en establecer pautas jurídicas para determinar, en el caso individual, a cuál de ellos le corresponde la prioridad.”⁶⁹

Lo que en realidad se está ponderando son dos objetivos: uno correspondiente a la función social y otro a la lógica mercantil. Roxin solo divide el aspecto lógico mercantil en la correcta delimitación de la sentencia en cuanto a la conducta antijurídica y el “debido” desarrollo del proceso penal. Y dicha dicotomía termina por aparecer en sus planteamientos cuando asevera que:

“La meta procesal de la corrección material, considerada en forma aislada, también implica dos tendencias opuestas entre sí. Dado que la mayoría de las veces la verdad no está comprobada de antemano y culpabilidad e inocencia, en muchos casos, solo pueden ser averiguadas durante el curso del proceso, entonces el legislador debe armonizar la necesidad de intervenir enérgicamente frente al posible autor, con la exigencia de proceder moderadamente frente a quien quizá es inocente: él debe decidir nuevamente, en cada situación procesal, acerca de si debe autorizar una injerencia en la esfera de derechos del imputado, útil probatoriamente, o si debe prohibirla o rodear su realización con cautelas especiales, para no cargar más de lo debido a quien, tal vez, sea inocente. Muchas reglas legales, como, p. ej., la prisión preventiva con sus numerosas excepciones, limitaciones y contra-excepciones (§§ 112 y ss, ¡leerlos!), únicamente pueden ser comprendidas si se considera como tarea de las normas procesales no solo el garantizar la protección del ciudadano frente al delincuente, sino el preservar al inculgado de una intervención injusta del órgano de persecución penal.”⁷⁰

69 Ibidem, p. 3.

70 Idem.

En última instancia, da cuenta de la necesidad de ponderar entre dos polos en el marco de la “corrección material” (producto del litigio): “la necesidad de intervenir enérgicamente frente al posible autor, con la exigencia de proceder moderadamente frente a quien quizá es inocente”. En este punto ya es bastante clara la contradicción entre la necesidad de desplegar la violencia sobre el investigado («necesidad de intervenir enérgicamente frente al posible autor») y la lógica equivalente de la forma jurídica («la exigencia de proceder moderadamente frente a quien quizá es inocente»).

Roxin prosigue en su argumentación sosteniendo que:

“... El proceso penal tampoco puede alcanzar la meta por un camino recto, como si fuera una flecha. Debido a que debe satisfacer pretensiones opuestas, el proceso penal está estructurado —ya de antemano— dialécticamente y requiere su tiempo para la consideración minuciosa de las distintas contingencias y perspectivas...”⁷¹

El jurista ha captado la esencia del proceso penal: la contradicción de lo que él llama esas “pretensiones opuestas”. Capta ese movimiento entre dos extremos antagonicos, pero lo hace en su forma mistificada. No logra dar con la contradicción principal del proceso penal, sino que se entrapa en la contradicción de las formas jurídicas, tratando de, a través de dicha contradicción, superarlas en ese mismo plano fenoménico⁷².

Sin embargo, Roxin logra darnos una apreciación algo acertada sobre lo que nos puede brindar un estudio del procedimiento penal cuando refiere:

“... Dado que, por ello, en el procedimiento penal entran en conflicto los intereses colectivos e individuales entre sí con más intensidad que en ningún otro ámbito, la ponderación de esos intereses, establecida por la ley, resulta sintomática para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente

71 Ibidem, p. 4.

72 No es el único, todo jurista burgués en realidad se enmarca en dicho plano. La tarea consiste en desarrollar la exposición crítica de dicho plano sin dejar de manejarse en él: en un tribunal no se va a dar alegatos *revolucionarios*. No se le está exigiendo a Roxin algo que evidentemente ni él ni ningún jurista burgués haría: se está exponiendo cómo se evidencia en la doctrina jurídica ese entrapamiento *fenoménico*. No se trata de una exigencia que se le hace a la doctrina jurídica a cambiar sus preceptos, se trata de un llamado de acción a nuestros cuadros.

vigente en una comunidad: ¡el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal”⁷³

En efecto, de acuerdo a las luchas políticas entre las diversas clases sociales, se va a configurar el grado de violencia y sometimiento que necesite imponer la clase dominante y a la vez, el grado de mesura y contención de la violencia que se ejerce. El proceso penal —como el derecho penal en general—, al contener en su seno la contradicción de la función de dominación, que no es otra cosa que la aplicación de la violencia, y la lógica equivalente de la forma jurídica, que toma la forma de las garantías procesales, expone el grado de desarrollo de la lucha de clases. Para acceder a ello tenemos que hacer un análisis científico que nos pueda liberar de la *niebla ideológica* de las formas jurídicas que encubre dicha contradicción. A través del proceso penal se va a expresar la lucha de clases, pero desde una perspectiva ideológica y deformada.

Si bien Roxin nos menciona que el procesal penal, funciona a modo de un sismógrafo “de la constitución del Estado”, nosotros aquí extendemos esa máxima y sostenemos que la determinación material del proceso penal —y el derecho penal en general—, hace posible que todo el conglomerado de su desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial sean una expresión ideológica y deformada del despliegue de la lucha de clases. Podemos afirmar, que desde su estudio se pueda vislumbrar, de manera indirecta, puesto que está mediada por la forma jurídica, el conflicto entre las clases sociales.

Retomando el punto, dentro del debate doctrinario nos encontramos con el sector *garantista* aboga por un *debido proceso*, en definitiva, se trata, pues, de la defensa del aspecto *retributivo* que obedece a *un trato justo* tal como hemos señalado anteriormente⁷⁴. El debido proceso, involucraría *menor punición*, es decir, menor utilización de la

73 Ibidem, p. 10.

74 Ver Daniel Rafecas, “Una aproximación al concepto de garantismo penal”, *Lecciones y Ensayos*, vol. 1, núm. 80, 2018.

violencia. Por otro lado, tenemos al sector doctrinario *normativista* que aboga por la *eficacia* en el proceso penal, lo cual involucraría muchas veces que se levanten las *garantías* de los ciudadanos en miras de poder así *prevenir el delito, conseguir la paz social, restablecer la vigencia de la norma*. Evidentemente, tomar partido por alguna de las propuestas doctrinarias no es más que tomar partido por alguno de los aspectos de la contradicción que se desarrolla en el marco del derecho público y que viene siendo determinada por la existencia de las relaciones mercantiles. Ambos extremos no se apoyan sino en la expresión fenoménica de la contradicción material en la que se desenvuelve la práctica del derecho. No penetran en las determinaciones materiales y se ven cegados por el carácter invertido de la realidad concreta. Donde hay lucha de clases, los juristas ven la lucha entre sujetos de derecho: el estado contra las personas.

Hemos dado con el origen material de la dicotomía fenoménica de la retribución y la prevención: ambas son la manifestación de la contradicción entre la función social del Estado y la forma jurídica y a su vez, esta contradicción propia del derecho público se encuentra determinada por la división entre el estado político y la sociedad civil, generado a su vez por el modo de producción capitalista. En este punto, debemos escuchar a Pashukanis:

“No se puede comprender el verdadero sentido de la práctica penal del Estado de clase, a no ser que se parta de su naturaleza antagónica. Las teorías del derecho penal que deducen los principios de la política penal de los intereses de la sociedad en su conjunto son deformaciones conscientes o inconscientes de la realidad. La «sociedad en su conjunto» no existe, sino en la imaginación de los juristas: no existen de hecho más que clases que tienen intereses contradictorios. Todo sistema histórico determinado de política penal lleva la marca de los intereses de la clase que lo ha realizado.”⁷⁵

Para realizar un verdadero análisis científico del derecho, es decir, a efectos de desarrollar una *ciencia del derecho* que tenga por objetivo estudiar “las formas

75

Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho...*, op. cit., p. 149.

jurídicas para descubrir su «movimiento» y su «interacción»⁷⁶, no podemos partir de ninguna de las posiciones planteadas con anterioridad. No podemos partir de la idea de *bienes jurídicos* ni la de algún *reestablecimiento de la vigencia de la norma*, puesto que derivan de la concepción ideológica de una sociedad uniforme, abstraída de sus determinaciones materiales, ideal, y sobre todo, parten de lo que deberían explicar, es decir, de lo determinado y no de la determinación.

Una forma jurídica que la teoría del derecho penal ha desarrollado bastante es la del *poder punitivo*, que para gran parte del sector de la doctrina es la captura del poder de punición del estado a los particulares:

“Todo esto cambió cuando un buen día los señores comenzaron a confiscar a las víctimas. Los jefes de los clanes dejaron de arreglar las reparaciones, y dejaron los jueces su función de árbitros deportivos, porque una de las partes (la víctima) fue sustituida por el señor (Estado o poder político). El señor comenzó a seleccionar conflictos y, frente a ellos, apartó a las víctimas, afirmando la víctima soy yo. Así fue como el poder político pasó a ser también poder punitivo y a decidir los conflictos, sin contar para nada con la víctima, que hasta hoy desapareció del escenario penal”⁷⁷.

Es evidente que en realidad la captura del “poder punitivo” no es otra cosa que la monopolización de la violencia por el estado, es decir, por la clase dominante. Para el garantismo el derecho penal cumple la función de servir como *paraguas* de la utilización del poder punitivo, es decir, de la aplicación de la violencia sobre el individuo. El derecho penal *contiene la capacidad punitiva del Estado*: “El derecho penal, como programación del poder jurídico reductor del poder punitivo, no legitima a este, sino que lo contiene y filtra de modo racional”⁷⁸, o, mejor dicho, el derecho penal implica el empleo dosificado de la violencia sobre las demás clases sociales.

76 Óscar Correas, “¿Una dialéctica del derecho? ...”, op. cit., p. 245.

77 Eugenio Raúl Zaffaroni, *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2005, p. 13.

78 *Ibidem*, p. 248.

El objetivo del derecho penal es, en realidad, ejercer la función de dominación del estado, es decir, de aplicar la violencia sobre las demás clases sociales de forma que, a su vez, mantenga la mistificación de la que depende su existencia. En ese marco, es verdadero lo que mencionan los juristas y abogados progresistas cuando afirman que penas más duras no van a detener la comisión de delitos: “No existe una relación constatada entre la dureza de la pena y sus efectos preventivos. Los estudios empíricos sobre la materia demuestran que el endurecimiento de las penas no afecta a las cifras de la delincuencia (por tanto, a los motivos para delinquir) ...”⁷⁹. Podríamos compartir ello siempre y cuando consideremos que el objetivo del derecho penal sea algo relacionado con el castigo o la prevención de los *delitos*, sin embargo, esto no es así. Ante ello, usualmente se expone que busca la *protección de bienes jurídicos* o el *restablecimiento de la vigencia de la norma*, pero ambas son envoltorios ideológicos de lo que pura y directamente hace la jurisdicción penal: aplicar la violencia sobre otras clases y mantener así un status quo. El fondo del asunto no es que incumpliste algo estrictamente estipulado en una legislación⁸⁰: la cuestión reside en que estás transgrediendo el orden que se ha establecido desde una clase para las demás, una clase que ha señalado cuáles son las relaciones sociales que serán legítimas y cuáles no de acuerdo a sus intereses de clase y que, obviamente, nunca podrán contener estrictamente cada una de ellas en una legislación. La realidad es más grande que un código.

El delito no es la mera infracción de la norma: eso es una definición formalista que no apunta a la esencia del delito. El delito es un contrato *post-factum*, su código genético reside en la forma contractual, donde si bien se intercambian mercancías —delitos patrimoniales, por ejemplo— ahora también se intercambian conductas⁸¹⁸².

79 Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general: Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2007, p. 153.

80 O si estabas en vías de hacerlo, claro está.

81 Ello se debe al desarrollo del derecho penal que lo abstrae cada vez más de sus bases materiales: si antes la pena era de naturaleza fiscal, poco a poco pasa a regular también conductas humanas que no abrazan lo meramente patrimonial. Su carácter formal le permite catalogar todo tipo de relaciones sociales con tal que tengan el intercambio equivalente en su código genético e incluso a relaciones sociales que no lo tienen.

82 Obviamente, también un monto de reparación civil que no es sino ese rezago que delata el origen histórico patrimonial de la pena y su origen lógico del intercambio equivalente de mercancías.

Son relaciones sociales ilegítimas, las cuales en cuanto a su cualidad, se pueden clasificar de acuerdo al tipo de “contrato forzado”⁸³ en las que han sido estipuladas por la legislación penal: si la parte general de los códigos penales determina cuáles son los *requisitos* para que intervenga o no el poder punitivo⁸⁴, la parte especial, regula los *tipos* de “contratos forzados” ilegítimos: los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, los delitos contra la dignidad humana, contra el honor, contra el patrimonio, etc. En suma, el derecho penal no busca castigar o prevenir *delitos*, sino que se ocupa del trasfondo: busca aplicar violencia sobre los que se atreven a transgredir las relaciones sociales legitimadas por la clase dominante. La tarea es exponer ese carácter político que se esconde bajo el manto de la *lucha contra el delito*. Hablar de delito es entraparse en ese aspecto *fenoménico* de la realidad.

El objetivo del derecho penal determinado por su carácter de clase, es eminentemente político. Por un lado, la función del Estado es infligir violencia a los que se oponen, aplastar a sus oponentes que se determinan en medio de la lucha. Por otro lado, la forma jurídica dirige, conduce y dosifica esa violencia. Por un lado, todos los *enemigos* del estado están determinados por sus clases sociales —existiendo también pugnas entre sectores de la misma burguesía—. Por otro lado, la manera en la que en el momento político particular se va a dirigir y dosificar dicha violencia se ve mediada por la forma jurídica (tipicidad, acción, antijuricidad, culpabilidad). Asimismo, si bien la aplicación de la violencia se va a dirigir contra las clases sociales, en el plano fenoménico esto va a adoptar la forma de la aplicación de violencia sobre individuos. Es decir, lo que vamos a ver no es, pues, la categoría de *burguesía* disparando balas a la categoría de

83 En palabras de Pashukanis, como anteriormente señalamos.

84 Así como en el libro II del Código Civil Peruano se habla de los requisitos de validez y eficacia del acto jurídico, la parte general hace lo suyo con los delitos: determina cuándo es válido hablar de delito y por ende, cuando es válido utilizar el *poder punitivo del estado*. Incluso son bastante similares en cuanto a los criterios para determinar la incapacidad (art. 43 y art. 44 del Código Civil Peruano) y la inimputabilidad (art. 20 del Código Penal Peruano), siendo que ambos coinciden, por ejemplo, en la edad mínima legal, e históricamente, también coincidieron en los que presentaban algún problema de índole cognitivo o psiquiátrico. No se trata, pues, de una mera coincidencia nacional, sino que la estructura del código civil, en cuanto la proyectamos sobre el código penal, hace evidente que la base del derecho penal reside en la lógica del intercambio equivalente y en la forma contractual. (Véase Código Civil, Decreto Legislativo N.º 295, del 25 de agosto de 1984, Diario Oficial El Peruano y Código Penal, Decreto Legislativo N.º 635, del 08 de abril de 1991, Diario Oficial El Peruano).

proletariado, sino que veremos a un policía, o sea, el estado, disparando o arrojando a un trabajador, o sea, un ciudadano. La realidad, pues, se encuentra invertida y dicha inversión tendrá sus repercusiones en la teoría del derecho.

El fetichismo jurídico ve sujetos donde hay clases sociales y sobre esa construcción, como ya hemos señalado anteriormente, deviene en los esquemas teóricos que plantean una dicotomía entre el estado y los individuos. La lucha entre las clases sociales va a adoptar en el plano jurídico y político el conflicto que toman en el plano fenoménico: va a ser la contraposición de sus revestimientos inmediatos. De este modo, la lucha entre capitales va a aparecer como la lucha contra el *narcotráfico* o la lucha contra el *progresismo*, como lucha contra el *crimen organizado*, como lucha contra el *racismo*, las pugnas entre sectores de un tipo de burguesía al interior del estado tomarán la forma de la *lucha contra la corrupción* y sobre todo, las pugnas entre la burguesía y el proletariado van a adoptar la figura de la lucha contra el *terrorismo* o el *vandalismo*. Evidentemente, estrictamente no es así, puesto que, por ejemplo, la lucha contra el *terrorismo* también puede enarbolarse en caso de una pugna entre capitales, así que se tiene que analizar en cada situación particular el origen de dicha contradicción fenoménica.

En todos los casos, la contradicción entre forma jurídica y función social va a variar en cuanto a cuál de ambos aspectos toma el papel principal, pero siempre va a tener una clase social como objetivo donde se aplicará la violencia y eso es lo que tenemos que exponer. La función represora del estado es como un vehículo sin frenos y la forma jurídica como el timón: puedes elegir atropellar un perro, una persona, un árbol, pero siempre alguien o algo saldrá afectado; sin embargo, por más que vayas en todas las direcciones que desees, no dejarás de avanzar en una dirección: en afirmar el estado de cosas vigente. Por más garantías que se puedan levantar contra el estado y el proceso penal, en ningún momento el estado deja de ser estado burgués y el proceso penal tampoco deja de ser un proceso mistificado por la forma jurídica, es decir, un proceso también burgués. Son dos mecanismos que en realidad obedecen a la misma lógica.

Ahora bien, el proceso penal es donde se va a concretizar el objetivo del derecho penal, de manera que en su realización se va a desenvolver la contradicción entre retribución y prevención.

Un *debido proceso* pues, involucraría menor uso de violencia, mientras que un proceso penal *irregular* o, mejor dicho, en el que predomine la función social del Estado más que la forma jurídica, evidentemente involucraría más violencia y por ende, en última instancia, buscaría la supresión física del imputado.

La función social del estado de ejercer la violencia para mantener la dominación, implica enarbolar la defensa del estado de cosas existente y esta defensa encierra, el ataque a todo lo que atente a ese estado de cosas. Por ende, el objetivo principal del derecho penal: perseguir clases sociales, determinará un criterio para tratar los distintos niveles de amenaza representen las clases. De este modo, el derecho penal está principalmente enfocado en perseguir a *los enemigos de la sociedad burguesa*. Entonces, es lógico sostener que el más grande enemigo del derecho penal sería el *revolucionario*.

Y es que es evidente ello, el estado utiliza más violencia de la necesaria en procesos que protagonizan este tipo particular de *enemigos de la sociedad*⁸⁵; sin embargo, precisamente la forma jurídica va a legitimar ello y en realidad no es, sino la función social del Estado siendo ejercida: dicho uso del poder *punitivo* en realidad es completamente lógico y justificado por el peligro que significan esos *enemigos* para la sociedad. Es decir, aun cuando se vulneren las garantías procesales, el derecho penal sigue siendo derecho penal, puesto que la forma jurídica se adapta a esta nueva vulneración bajo el manto de la protección del *orden público* o *la tranquilidad pública*, etc. El derecho penal necesita hacer esto: enmascararse bajo la forma jurídica. De lo contrario, queda descubierta la función social del mismo: la violencia pura y directa sobre las clases sociales. Necesita, pues, intentar imprimirle la lógica de la equivalencia en las acciones que plantea realizar.

85 Basta con ver lo sucedido en el conflicto armado interno sucedido entre los años 1980-2000, donde se vulneraron gravemente los derechos humanos y se cometieron delitos de lesa humanidad por parte del estado ante personas que ni siquiera formaban parte del conflicto que se venía desarrollando.

La dominación es la función social que cumple el derecho penal: por eso es un *arma* en la lucha de clases. Dicha dominación está mediada por la forma jurídica: por eso existen ciertas *barreras* o *límites* constituidos por las garantías, principios e instituciones del derecho penal. Por lo tanto, tal como mencionamos anteriormente, el derecho penal está al servicio de la burguesía tanto en su función, pues ejerce la violencia que requiere mantener la dominación de la burguesía, como también en las formas en que se ejerce dicha función, a través de las formas jurídicas que obedecen a la lógica sistémica del mercado: el intercambio equivalente. Forma y fondo son una *unidad de contrarios*.

De acuerdo precisamente al estado de la contradicción entre fondo y forma del derecho penal, podemos vislumbrar, de manera indirecta y mediada por la forma jurídica, el grado de desarrollo de la lucha de clases. Sin embargo, esto no quiere decir que el derecho penal es solo una *pantalla*, todo lo contrario: al interior se puede pugnar entre su contradicción, pugna que toma la forma del *garantismo* y la *eficacia* al interior de la doctrina, la norma y la jurisprudencia. El garantismo y la eficacia es la forma que toman los dos aspectos de la contradicción principal al interior del derecho penal y se encierran en el marco de una dicotomía burguesa.

No tenemos que olvidar que decir que todo el sistema jurisprudencial, doctrinario y normativo del derecho penal, en última instancia, se constituye por una gran tautología que solo afirma lo realmente existente: se limita a reproducir su lógica inmanente a través de las normas, la jurisprudencia y la doctrina. El derecho penal es de carácter *afirmativo* o *tautológico* y en consecuencia, representa una toma de posición que afirma el estado de cosas existente. Es cierto todo ello, pero también debemos recordar que el *uno se divide en dos*:

“Uno se divide en dos, no es un principio de engendrar el «dos» a partir del «uno». Uno se divide en dos significa: no hay identidad más que escindida. No solamente la realidad es proceso, sino que el proceso es división. Lo real no es lo que reúne, sino lo que separa. Lo que acontece es lo que desune.”⁸⁶

86

Alain Badiou, *Teoría de la contradicción*, España, Ediciones Jucar, 1982, p. 53.

Por más burgués que sea el derecho penal, también en su interior encontramos dos alas: un ala de izquierda, representada por el sector de los *garantistas* y un ala derecha, representada por el sector de los *funcionalistas*. Los cuales a fin de cuentas representan una postura al interior de la contradicción del derecho penal: una contradicción eminentemente burguesa. Precisamente partimos de su crítica para forjar, a partir del desmantelamiento de esta estructura burguesa, la construcción de algo que supere las condiciones materiales que hicieron posible su origen. Sin embargo, en el marco de la táctica de la lucha de clases, el proletariado debe manejarse aún bajo esta dicotomía: cómo podemos no hacerlo si ni siquiera aún se ha desmantelado el estado burgués. Esto no implica supeditar las banderas del proletariado a una de las dos posiciones, todo lo contrario: utilizarlas para poder cumplir con los objetivos del proletariado⁸⁷. Por otra parte, es imposible calificar a la doctrina del proletariado de garantista, puesto que mientras el garantismo aún se enmarca dentro del fetiche jurídico, siendo que dicho fetiche lo enmarca en una defensa de lo *abstractamente humano*, el marxismo afirma abiertamente en el tribunal de la historia que se encuentra defendiendo al proletariado: no al conjunto *abstracto* de la *humanidad* enarbolado por la literatura burguesa, sino a la gran multitud de esa humanidad que se encuentra oprimida por la gran minoría que reina el mundo.

Mientras que el garantismo consiste en la visión de que todos los seres humanos merecen un trato *justo*, el marxismo afirma abiertamente que la sociedad ha dividido a los seres humanos en dos grandes clases sociales, en la que a una no le interesa en lo más mínimo tratar *justamente* a la otra y por eso comete las más terribles vejaciones contra ella cuando las necesidades del capital así lo requieran. El garantismo consiste en una visión *principista* del derecho que tiene como consecuencia lógica la defensa de explotados y explotadores: una visión que reposa sobre la igualdad jurídica de los seres humanos y por ende, no diferencia entre un oprimido y un opresor. El marxismo no se puede enmarcar en ese tipo de planteamiento teórico-práctico: para el marxismo el derecho es un piloto automático el cual debe hacerse consciente de su propio movimiento de manera que pueda ser utilizado conforme a la táctica y estrategia

87 Ser abogados al servicio del pueblo.

pertinentes para lograr los objetivos del proletariado en cada situación particular en miras de realizar su liberación.

Es claro que la postura científica demarca una postura política. Las posturas que se tomen respecto del derecho penal, su aplicación, sus fines, su fundamento, etc., son posturas políticas que encierran consecuencias prácticas. Y es que la contradicción al interior del derecho penal no es sino una contradicción política determinada por los intereses de clase en el marco de la lucha de clases. No es sorpresa, pues, que muchas veces presenciemos como se habla de un *uso* del derecho penal para pugnas políticas⁸⁸, como si fuese una *desnaturalización* del derecho penal. Esto es erróneo, el derecho penal es eminentemente político y de eso precisamente se tratan las normas jurídicas: de la pugna de intereses. La contradicción del derecho penal sienta las bases para que precisamente sea uno de los terrenos de pugna política por excelencia. Cuando los grandes medios tratan de señalar que el derecho es *apolítico* y se pretende usar como una *persecución política* en realidad no es otra cosa que la hipocresía de un sector de la burguesía para descalificar la valoración social de otro sector de la burguesía con el que se encuentra en conflicto. Las pugnas interburguesas pueden involucrar pugnas en el tribunal y de hecho, usualmente lo hacen. La lucha de clases se disfraza con el ropaje de las formas jurídicas para ahora convertirse en las luchas contra la corrupción, contra el narcotráfico, etc.

El derecho penal es un *arma* de la burguesía para ser empuñada en contra de las demás clases, pero principalmente, el proletariado y sus elementos más avanzados. Esto solo sucede cuando las contradicciones entre las clases sociales en pugna son tan agudas que inevitablemente predomina la necesidad de imponer la violencia desmedida en defensa del estado de cosas existente. En conjunto con esa noción de *arma* también surge la figura del *enemigo*. El derecho penal, en estos casos, priorizará su función de ejercer la violencia y hará a un lado las garantías de los ciudadanos. De este modo, tenemos ante nosotros la configuración en el plano fenoménico de la realidad del *derecho penal del enemigo*.

88 Basta revisar en lo que consiste el llamado “lawfare”.

En cierta forma se puede decir que el derecho penal siempre ha tenido *enemigos*: son todas las clases cuyos intereses atentan con el de la burguesía; sin embargo, la figura jurídica crea la ilusión de que no es así porque limita ese combate mediante las garantías y por ende, este derecho penal del enemigo usualmente es visto como una *externalidad ajena al despliegue normal de las cosas*. Sin embargo, la categoría de “enemigo” que estudiaremos, en realidad, es el revestimiento *fenoménico* que adoptan las diversas clases sociales en la persecución penal: para el derecho no se persigue clases sociales, se persigue a los homosexuales, a los racializados, a los extranjeros, a los hombres, a los judíos, a los pobres, etc. Los juristas, pues, al pretender explicar dicha persecución, se entrampan en la complejidad de la realidad concreta, basándose en las aparentes causas de dicha persecución. No debemos olvidar que no todos los homosexuales son perseguidos (o lo fueron) ni tampoco todos los extranjeros y mucho menos todos los racializados: aquellos que ostentaban posiciones de poder y no representaron un obstáculo para los intereses de las clases dominantes siempre tuvieron la seguridad de una vida cómoda.

A efectos de nuestro objetivo, es necesario introducirnos en la doctrina burguesa que legítima este tipo de especial de persecución penal: recurriremos a lo desarrollado por Günther Jakobs, uno de los juristas que ha desarrollado —por no decir el que más— de manera amplia el concepto de derecho penal del enemigo.

6. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Günther Jakobs empieza asumiendo la existencia de dos conceptos: el *derecho penal del ciudadano* y el *derecho penal del enemigo*, los cuales serían “dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro”⁸⁹. Aclara que, por *ideales*, en realidad se refiere a *tendencias*: “no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos opuestos de un solo

89 Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, España, Civitas Ediciones, 2006, p. 21.

mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal.»⁹⁰. Refiere que el derecho penal del ciudadano consistiría en “tratar al autor como persona” y el derecho penal del enemigo en “tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros”⁹¹. Como podemos apreciar, el “derecho penal del ciudadano” y el “derecho penal del enemigo” es la forma en la que Jakobs apprehende intelectualmente la dicotomía entre la función social de dominación y la forma jurídica, desde un principio ya ubica su análisis en la realidad *fenoménica*.

Asimismo, aclara que la calificación de “derecho penal del enemigo” no pretende ser peyorativa, antes bien señala que “un derecho penal del enemigo es indicativo de una pacificación insuficiente”⁹². Como ya hemos visto: una “pacificación insuficiente” no significa otra cosa que la existencia de “desorden”, “caos”, “conflicto” que la burguesía no puede permitirse tener en su “ordenamiento”.

El jurista prosigue, hablando de la pena:

“La pena es coacción... En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, ... significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena... significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad.”⁹³

No se equivoca cuando caracteriza a la pena como coacción: evidentemente es el sometimiento físico de un individuo, aunque quizás en este punto no es su idea expresar ello. Asimismo, le atribuye la justificación de la intervención penal a la sujeción a la norma y le otorga a esta el centro de gravedad desde el que va a partir la determinación de lo que es delictivo y de lo que no. Ello en razón a que la vigencia de la norma significa la vigencia de “la configuración de la sociedad”⁹⁴. Claramente,

90 Ibidem, p. 22.

91 Idem.

92 Idem.

93 Idem, p. 23.

94 Valdría agregar ahí “sociedad capitalista”.

cuando Jakobs habla de mantener la “vigencia de la norma” mediante la pena, nosotros tenemos que entender que no se trata sino de la afirmación de que la sociedad sigue “vigente” a través del uso de la violencia, que no significa otra cosa que la constatación efectiva de un orden social realmente existente.

Algo que produce la pena, según Jakobs es “una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de la libertad”, claro está, que “el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario”⁹⁵. Asimismo, señala que:

“En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad (5 61 núm. 3, 66 StGB): en ese caso, la perspectiva no solo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige —y sobre todo— hacia delante, al futuro, en el que una «tendencia a [cometer] hechos delictivos de considerable gravedad» podría tener efectos «peligrosos» para la generalidad (3 66, párr. 1.0, núm. 3 StGB). Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede —en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena— de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación”⁹⁶

Cuando en el derecho penal del ciudadano y en el derecho penal del enemigo se habla de la pena como *contradicción* y como *aseguramiento* hace manifiesto la contradicción entre la *retribución* y la *prevención*, entre *eficacia* y *garantismo*, expresada en la dicotomía del derecho penal del ciudadano y del derecho penal del enemigo. Vemos que frente a estos “individuos peligrosos” entre el aspecto técnico y el aspecto jurídico del derecho penal, va a primar la finalidad técnica de defensa de la

95 Idem.

96 Ibidem, p. 24.

sociedad—burguesa—del derecho penal, siendo que lo adecuado para su “contención” no sería sino la mera demostración cruda de la coacción y nada más.

No obstante, si existen individuos que son inicuos para la sociedad, también tenemos a los que le son fieles a ella:

“(…) El Estado moderno ve en el autor de un hecho normal, ... no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado a equilibrar el daño en la vigencia de la norma(…) Las cosas solo son tan sencillas,... cuando el autor, a pesar de su hecho, ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad del ordenamiento jurídico.”⁹⁷

La *persona* o el *ciudadano* no serían sino aquellos que actúan “en fidelidad al ordenamiento jurídico”. Nos encontramos con una definición de *persona* que gira en torno a la norma. No obstante, esta categoría de *persona* no es estática, sino que debe continuamente corroborarse cognitivamente:

“Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco esta puede mantenerse de modo puramente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva. Si se pretende no solo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción e insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta mayor claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión”⁹⁸

Entonces, si se quiere tomar o asumir la personalidad del autor de un hecho delictivo como “persona” primero es preciso ver si es que en realidad *califica* o *amerita* ser tomado

97 Ibidem, p. 36.

98 Ibidem, p. 38.

como tal, para lo cual tiene que brindar cierta “seguridad cognitiva” al ordenamiento jurídico⁹⁹. Jakobs nos deja más clara la división que está planteando entre los que serían *personas* y las *no-personas* cuando menciona lo siguiente:

“(..)Hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera, disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación —denominada abiertamente de este modo— de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de «delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas» así como, en general, respecto de los «crímenes», pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, 3 30 StGB) 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.”¹⁰⁰

Estamos frente a una definición normativa de la persona: personas son los individuos que se muestran fieles a la norma y dan garantía del cumplimiento de ella¹⁰¹. Después de todo, “la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa” y “solo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se

99 Es decir, que dicho individuo nos tiene que garantizar que va a actuar o que actúa bajo un tipo de conducta *ideal* esperada por la norma, o siendo más sincero, por quiénes la redactan.

100 Ibidem, p. 39.

101 Por el otro extremo estarían los enemigos, aquellos que “se han apartado” de manera decidida “del derecho”.

cumplan en lo esencial”¹⁰². Jakobs está respondiendo a la necesidad material de justificar teóricamente la mera sujeción al estado de cosas vigente. Es decir, se alinea con la tendencia que surge en la época del imperialismo “de hacer del concepto de reglamentación externa el elemento lógico fundamental del derecho [que] conduce a la identificación del derecho con el orden social instaurado autoritariamente”¹⁰³. Por ende, podemos afirmar que Jakobs está tomando una postura por la primacía de la finalidad técnica del derecho penal, pero —y lo interesante es que— encubre ideológicamente dicha postura a través de la figura jurídica de *persona*, justificando así la necesidad de primar el aspecto técnico del derecho penal.

Pero, por otra parte, es importante rescatar, así como Oscar Correas ve que Kelsen “atrapa con agudeza el carácter deshumanizado con que el derecho ve una realidad también deshumanizada”¹⁰⁴, podemos ver que Jakobs hace lo mismo en su campo, y así como Kelsen se encuentra “luchando contra la idea jusnaturalista según la cual «persona jurídica» es un reconocimiento que el derecho hace del ser humano y sus atributos «naturales» (y sobrenaturales, como la «voluntad»)”¹⁰⁵, Jakobs se encuentra aquí luchando contra las propuestas del derecho penal que reposan sobre la noción del ser humano en cuanto sujeto biológico para derrumbarlo bajo la concepción jurídica del ser humano como sujeto normativo. Jakobs expresa el formalismo cada vez más necesario y exacerbado propio del imperialismo.

Volviendo al punto, Jakobs nos señala que la existencia de este individuo que se encuentra “alejado” del derecho genera un peligro para la sociedad, por lo que ello implica que la sociedad tome acciones, como el adelantamiento de la punibilidad al campo de los actos preparatorios y la orientación de la intervención penal “al futuro”:

“... No se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta

102 Ibidem, p. 47.

103 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho...*, op. cit., p. 84.

104 Óscar Correas, *Introducción a la crítica...*, op. cit., p. 88.

105 Ibidem, p. 63.

un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Brevemente: la reflexión del legislador es la siguiente: el otro «me lesiona ya por ... [su] estado [en ausencia de legalidad] (statu iniusto), que me amenaza constantemente». Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona.”¹⁰⁶

En este punto ya tenemos bastante clara la idea de Jakobs: “solo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal”¹⁰⁷ y los enemigos no son sino individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico”¹⁰⁸. Aunado a ello, va a plantear de manera bastante sincera que:

“Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”¹⁰⁹

Si el estado no los trata como personas, pues los debe tratar como una fuente de peligro que debe ser *eliminada*. La exclusión, persecución y posterior eliminación, de los enemigos se encuentra completamente legitimada bajo la justificación de la “seguridad” de los ciudadanos. La cual, como ya vimos anteriormente, es la quimera teórica, el discurso ideológico que justifica y legitima a la finalidad técnica del derecho penal¹¹⁰. Con ello, Jakobs está abiertamente tomando partido por la aplicación del derecho penal del enemigo e incluso menciona que:

106 Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, op. cit., p. 40.

107 Ibidem, p. 51.

108 Ibidem, p. 47.

109 Idem.

110 No obstante, aquí hay una particularidad. No es que sea una casual que en el derecho surja esta contraposición de intereses entre seguridad de todos y la libertad de pocos, pues es la expresión ideológica que surge de la división entre

“... Sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, Kant exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos”¹¹¹

El derecho penal del enemigo en realidad sería el *método adecuado* para “protegerse frente a los enemigos”. En esa misma línea, Jakobs también afirmaba que: “la introducción de un cúmulo de líneas y fragmentos de derecho penal del enemigo en el derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de derecho”¹¹². Además, cuando se refiere a que el mismo criterio del derecho penal del enemigo delimitado para los delitos de terrorismo es aplicado para los delitos comunes como un simple robo, para Jakobs se trata de un derecho penal del enemigo superfluo, puesto que “la amenaza de pena desorbitada carece de toda justificación”¹¹³. Jakobs se preocupa cuando ambos tipos de derecho penal “se entremezclan”.

Entonces tenemos ya el panorama más claro. Jakobs, identifica la *necesidad sistémica de la existencia y aplicación de un derecho penal del enemigo*, pero no logra ver por su ceguera jurídica que esa necesidad realmente corresponde a la primacía de la finalidad técnica del derecho penal (su función de ejercer la dominación de la burguesía). Jakobs defiende la posibilidad de aplicación de un derecho penal especial para los *enemigos* que busque la mera coacción sobre estos con el único fin de acabar con el peligro que representan. En ningún momento, Jakobs plantea que no deberíamos optar por el uso de este tipo especial de derecho penal, ni mucho menos lo denuncia, todo lo contrario: incluso plantea su *delimitación*. Jakobs nos dice: existe el derecho penal del enemigo

las personas privadas de libertad y de las que no. El delito es una construcción formal que divide a los que trasgredieron el orden de cosas de los que no: borra todas las diferencias materiales y se resume al cálculo del tiempo abstracto que se estará en prisión. La ley penal agrupa en dos grandes bandos a los seres humanos: los que están en prisión (o han estado) y los que no. Evidentemente, la única forma de deshacer esa contradicción es suprimiendo esa división que toma forma con la institución carcelaria.

111 Ibidem, p. 47.

112 Ibidem, p. 48.

113 Ibidem, p. 50.

y por eso tenemos que diferenciarlo del derecho penal del ciudadano, tenemos que afinar su uso para los peligros especiales. No toquemos a los ciudadanos, ellos son fieles a la norma, guardemos toda la fuerza punitiva, o mejor dicho, toda la violencia organizada para determinados sectores de la sociedad: *orientemos el derecho penal del enemigo hacia los enemigos, hacia los peligros de la sociedad, no contaminemos el derecho penal del ciudadano*. Jakobs al pretender delimitar, contener u orientar al derecho penal del enemigo, no lo está negando, sino incluso, *lo está refinando, lo está puliendo*. Jakobs pretende sacarle filo al arma del derecho penal.

Hasta el momento, hemos visto que para el “delincuente común” el derecho penal actúa — o debería actuar— siguiendo todas las garantías de un debido proceso, pero para un enemigo, el derecho penal, actúa como una *guerra refrenada*, mutilando todas las garantías procesales posibles y apuntando todo el sistema punitivo hacia él¹¹⁴. Jakobs va a concluir, que para poder mantener la vigencia de la norma, lo cual implica, el mantenimiento del orden jurídico, es preciso utilizar el derecho penal del enemigo contra todos aquellos que representen un peligro para el ordenamiento jurídico vigente¹¹⁵.

El derecho penal del enemigo; sin embargo, no es una concepción teórica que parta propiamente de la imaginación de Jakobs¹¹⁶, pero tampoco es una concepción que surja de la cabeza de alguno que le antecedió.

El derecho penal del enemigo no es, pues, un fenómeno normativo, pues no se enmarca exclusivamente a las leyes, sino que, muy por al contrario, se trata de un fenómeno social que podemos aprehenderlo desde la doctrina, la jurisprudencia, las normas jurídicas y en el mismo proceso penal, pero cuyo origen radica en la contradicción entre la finalidad técnica del derecho penal y la forma jurídica con la

114 “Por lo tanto, el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que este exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad” (Ibidem, p. 42)

115 Lo cual, como ya vimos anteriormente, no es otra cosa que la abstracción jurídica de la defensa social del Estado burgués.

116 Algo en lo que Jakobs busca excusarse al decir en su prólogo que él solo es un “mensajero”.

lógica mercantil del intercambio equivalente¹¹⁷. El derecho penal del enemigo no es un postulado teórico: es un fenómeno realmente existente.

Ahora bien, al tratarse precisamente de un fenómeno, su explicación no puede residir en el mismo plano fenoménico de la realidad, sino que el análisis científico tiene que llevarnos más adentro: a su determinación material. Y es por ello, que si bien Jakobs nos otorga una explicación que hasta cierto punto podemos calificar de *sincera* al plantear abiertamente la necesidad de tener que *suprimir a ciertos individuos que representan un peligro para la sociedad*, no nos brinda una explicación científica de este fenómeno, no hunde su profundidad intelectual en el origen material de la contradicción que tenemos al frente. El derecho penal del enemigo es solo una de las formas como se nos aparece la lucha de clases en el derecho.

Jakobs nos otorga una definición de “enemigo” mistificada y deformada por la forma jurídica: la amplitud de su concepto precisamente responde a que la única forma de delimitarlo es tomando como referencia su lealtad a la norma¹¹⁸. No importa su edad, color, raza, género, orientación sexual, etc., basta con no ser fieles a la norma¹¹⁹ y serán enemigos. Pero dicha característica en realidad es producto del proceso de igualación entre los seres humanos que implica el desarrollo del mercado, no es producto de la mera voluntad de Jakobs. Si no se distingue las características físicas de todos a los que se les puede calificar de enemigos, es porque se puede hacer ese ejercicio de abstracción del contenido concreto de cada ser humano cuyo origen reside en la división del trabajo concreto y el trabajo abstracto y coincide con el desarrollo del

117 La contradicción entre la finalidad técnica del derecho penal y la forma jurídica con la lógica mercantil del intercambio equivalente nace de la sociedad burguesa y no se podrá resolver en el marco del estado de cosas existente, puesto que ello implicaría la supresión de las condiciones que la hicieron nacer, por lo que mientras siga existiendo seguirá también la dicotomía fenoménica entre el “funcionalismo” y el “garantismo”, solo que con el pasar del tiempo revestirán distintos nombres de acuerdo a la particularidad de cada fase de la lucha de clases.

118 La definición formalista del enemigo que nos da Jakobs es una tan amplia que pareciese que la delimitación de lo que se va a considerar enemigo en un determinado momento histórico dependiera de la libre discrecionalidad del “legislador” o, en otras palabras, de la “voluntad política” de los funcionarios del estado. No obstante, en realidad en política nada es producto de “voluntades libres” sino de la pugna de los intereses de clase. Dicha definición en realidad le da mayor margen de acción no a individuos, sino a una clase en particular, como veremos más adelante.

119 Todos cumplen con ser “individuos peligrosos”, con ser *enemigos declarados del derecho, la democracia, y las buenas costumbres*.

valor y la mercancía. Jakobs aprehende dicha característica para, consecuentemente, conceptualarlo bajo una definición formalista: el enemigo es un contenedor en el que pueden entrar diversidad de “contenidos” concretos.

No es casualidad, pues, que todo el planteamiento funcionalista sea calificado por ciertos sectores del garantismo como un armazón sin contenido¹²⁰. Muñoz Conde lo expresa de manera tajante:

“Si se admite su derogación [de los derechos y garantías fundamentales propias del estado de derecho], aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el dismantelamiento del estado de derecho, cuyo Ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o la fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos...”¹²¹

El formalismo del funcionalismo es la expresión del desarrollo de las relaciones mercantiles a las que poco le importan las características personales de los portadores mercancías, sino en cuanto su capacidad de ser portadores de dichas mercancías. La explicación funcionalista de lo que es un “enemigo de la sociedad” se queda atrapada en un plano formal y es muy superficial, por lo que es insuficiente para ser considerada como una explicación científica.

120 No obstante, Jakobs solo está expresando las consecuencias lógicas en el capo del derecho, del desarrollo de las relaciones mercantiles.

121 Francisco Muñoz Conde, *De la tolerancia cero, al derecho penal del enemigo*. Nicaragua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2009, p. 56.

Evidentemente, desde el sector opuesto de la doctrina, se le han formulado muchas críticas a Jakobs, la mayoría girando en torno a la vulneración de los derechos humanos que implica la “aplicación y legitimación” de un derecho penal del enemigo:

“... La concepción del terrorista, del delincuente como enemigo, tiene aptitud bastante para arrollar todas las garantías del derecho penal, desde el principio de legalidad al de culpabilidad, desde la presunción de inocencia hasta la carga de la prueba y los derechos de la defensa.”¹²²

Así como esa, existen muchos artículos que señalan lo mismo o posturas similares¹²³. No obstante, dichas críticas, de nuevo, se enmarcan dentro de la dicotomía de la retribución y prevención: buscan un “trato justo” con los imputados, Tal como mencionamos anteriormente, su lógica es eminentemente principista. Habiendo ya tocado ese tema con anterioridad, pasaremos a otra crítica común en la doctrina.

Muñoz Conde nos dice que “la persecución de actos terroristas puede fácilmente convertirse en una excusa para promover una serie de medidas extremas adicionales que de hecho socavan el imperio de la ley en un sentido más general”¹²⁴ y en otro texto nos señala que “el Derecho penal del enemigo representa o puede representar una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho”¹²⁵. La mayoría de las críticas realizadas por el sector progresista del derecho las hace en función a que el derecho penal del enemigo sería incompatible con un estado social democrático de derecho y en efecto, ello sería cierto siempre y cuando el Estado no fuera la prueba excepcional de que la sociedad se encuentra formada por clases que se encuentran en constante pugna. Los fundamentos sociales del “Estado Social Democrático de

122 Luigi Ferrajoli. “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 19, 2007, p. 7.

123 Véase: Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, Manuel Cancio Meliá (coord.) y Carlos Gomez-Jara Díez (coord.), 2 vols., España, Edisofer, 2006.

124 Francisco Muñoz Conde, “Derecho en la guerra contra el terrorismo: el Derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno («derecho penal del enemigo»)”. *Revista Justiça E Sistema Criminal*, vol. 5, núm. 9, 2013, p. 94.

125 Francisco Muñoz Conde, *De la tolerancia cero...*, op. cit., 2009, p. 67.

Derecho”, determinan la completa “compatibilidad” de este con el derecho penal del enemigo.

Por otro lado, hay otras críticas que giran en torno a que “Jakobs no crítica el sistema”, nos detendremos un momento a analizar algo interesante que Luigi Ferrajoli dice en esa misma línea:

“Así las cosas, conviene distinguir dos significados, dos usos diversos de esta fórmula: a) uno primero de tipo empírico-descriptivo; descriptivo, entiéndase bien, de una perversión del derecho penal, es decir, de prácticas punitivas y represivas (...) que se cubren con el manto del derecho penal y son, por el contrario, su negación; y, b) otro significado, podría decirse, de tipo teórico, merced al cual “el derecho penal del enemigo” resulta presentado o recomendado como un nuevo “paradigma”, un nuevo “modelo”, como tal normativo, de derecho penal. (...) Con el resultado de que el uso descriptivo de la fórmula (...) se transmuta, más o menos conscientemente, en un uso normativo o cuando menos en un uso en función de legitimación de lo descrito por la fórmula... Dicho sin rodeos, se trata de la autolegitimación como derecho de las prácticas contrastantes con el modelo normativo del derecho penal, en nombre de la eficiencia. Añadiré que es una falacia a menudo inconsciente. Supongo que si se pregunta a Günter Jakobs si comparte el modelo del derecho penal del enemigo, responderá que se está limitando a describir el fenómeno, destinado, sin embargo, a afirmarse al lado —o incluso a salvar— el “derecho penal del ciudadano”. Por lo demás, la distinción metalingüística entre “descriptivo” y “prescriptivo” no forma parte de la cultura jurídica y política funcionalista.”¹²⁶

Descripción y prescripción son dos caras de la misma moneda: “Todo conocimiento es orientación, toda descripción es prescripción”¹²⁷. Desde nuestra posición, el problema no reside en que Jakobs “se limita a describir” (cosa que sí hace), sino que él mismo se encuentra condicionado a describir: es el carácter mismo de la metodología de análisis

126 Luigi Ferrajoli. “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, op. cit., p. 7.

127 Alain Badiou, *Teoría de la contradicción*, op. cit., p. 12.

jurídico. Los críticos más críticos de Jakobs en realidad también no hacen más que “describir” debido a que usan la misma metodología dogmática con la única diferencia que lo hacen, desde el otro extremo, la otra tendencia al interior del derecho penal. Jakobs es víctima de su método, se encuentra atrapado por la apariencia de las cosas y no puede escapar. La cuestión reside en el método: si se parte de la *esencia* o de la *apariciencia*. Todo llamado a la acción proviene de una concepción de las cosas: toda propuesta viene de una comprensión de la realidad. Si esa comprensión se encuentra enmarcada en la apariencia de las cosas, irremediablemente va a estar condenada a enarbolar propuestas que legitimen, reafirmen y reproduzcan dicha apariencia. Precisamente el derecho parte de ahí, no puede hacer otra cosa, su existencia está dirigida a legitimar y mediar un tipo de sociedad. Con lo que en realidad se topan estos juristas no es sino el carácter tautológico del derecho.

Sin embargo, encontramos algo muy diferente con los planteamientos de Pashukanis, aun cuando este no aborda ni desarrolla una “teoría” del derecho penal del enemigo, este logra ir a donde Jakobs no puede ni pudo haber llegado: al verdadero origen de esta tendencia al interior del derecho penal. Si para Jakobs existe un ordenamiento jurídico uniforme, lleno de individuos particulares que se sienten amenazados por algún “enemigo” que viene a romper con ese estado de cosas, Pashukanis ve lo contrario: una sociedad marcada profundamente por la contradicción entre burgueses y proletarios, que lleva en su seno la lucha de clases y que determina, pues, a quiénes la “sociedad” denomina sus enemigos. Esto es posible porque mientras Jakobs parte del fenómeno jurídico, de la mistificación de la “sociedad uniforme” de la abstracción deformada, de la quimera teórica o inversión ideológica de la forma jurídica, Pashukanis parte de la determinación material: de la pugna entre los intereses de las clases sociales, lo que le permite ver más allá del fenómeno jurídico. Jakobs simplemente, al igual que todos los juristas anteriores a él, cae en supeditarse al plano fenoménico de la realidad: ve la relación entre sujetos jurídicos, pero no ve su contraparte, las clases sociales. Jakobs ve el carácter “personal” de las relaciones sociales, la relación entre el estado y el ciudadano, pero no concibe que dicha relación en realidad es la expresión de una relación mucho más compleja que no se da entre individuos, sino entre clases.

Si la sociedad se encuentra bajo una dictadura del capital, es decir, bajo una dictadura de la burguesía, pues lo que se nos aparece como “enemigos de la sociedad”, no serán otros que los enemigos de la clase burguesa. Enemigos que la burguesía siempre va a pretender hacer pasar como enemigos de todas las clases, a través del contrabando ideológico en los diversos productos culturales y medios de comunicación¹²⁸. Se crea así la figura del “enemigo de todos” cuando en realidad es el enemigo de la clase en el poder, porque o bien representa un peligro directo para su dominación, o bien un peligro indirecto, afectando el correcto desenvolvimiento del “estado de cosas”.

7. TODO ENEMIGO ES ENEMIGO DE CLASE

Todo “enemigo” en realidad es un enemigo de clase y por ende todo “enemigo” es un enemigo de carácter político. El carácter fetichista del derecho penal, es decir, la forma jurídica, va a servir como medio de legitimación —normativa—, justificación —ideológica— y aplicación —jurisdiccional— del contenido político que vaya de acuerdo a los intereses del “legislador” de turno, que no es otra cosa, que a los intereses de la clase dominante.

Los diversos ordenamientos jurídicos van a pretender justificar la persecución de estos enemigos —a través de la doctrin—, otorgar los procedimientos —a través de la norma jurídica— y aplicación correspondiente para su eliminación —jurisdicción—. En otras palabras, frente a la necesidad material de proteger el estado de cosas vigente, la “superestructura jurídica” se va a encargar de positivizar esta necesidad, demarcar la aplicación y otorgar el desarrollo “doctrinario” necesario para justificar —encubrir— la satisfacción de esa necesidad.

En ese marco, los enemigos más peligrosos para la clase burguesa no serían sino aquellos que realmente atentan contra su dominación. De manera concisa y directa, se trata de aquellos “individuos” que se han propuesto, de manera resuelta, la destrucción del modo de producción vigente: los revolucionarios.

128

Los libros, el teatro, la televisión, los periódicos, incluso ahora los tiktoks, etc.

Los revolucionarios son los enemigos declarados del estado de cosas existente, al cual abiertamente le plantean sus intenciones, tal como reza el manifiesto de Marx y Engels: “Los comunistas consideran indigno ocultar sus ideas y propósitos. Proclaman abiertamente que sus objetivos solo pueden ser alcanzados, derrocando por la violencia todo el orden social existente.”¹²⁹

Los revolucionarios, ciertamente, tienen como objetivo, acabar hasta las últimas consecuencias, con el estado de cosas actual, es decir, con el modo de producción capitalista, para poder construir una nueva forma de organización social, partiendo de las premisas materiales que desarrolló el capitalismo. Teniendo en cuenta ello, al declararse como enemigo del estado de cosas y a la vez, ser declarado como enemigo del estado de cosas por la clase burguesa, se sintetiza la figura jurídica del enemigo en el revolucionario: el revolucionario es *un peligro para la sociedad*.

Se identifica el ser revolucionario y el ser un enemigo de la sociedad. César Vallejo, poeta comunista peruano, lo expresa de la siguiente forma:

“El intelectual revolucionario, por la naturaleza transformadora de su pensamiento y por su acción sobre la realidad inmediata, encarna un peligro para todas las formas de vida que le rozan y que él trata de derogar y de sustituir por otras nuevas, más justas y perfectas. Se convierte en un peligro para las leyes, costumbres y relaciones sociales reinantes. Resulta así el blanco por excelencia de las persecuciones y represalias del espíritu conservador. «Es Anaxágoras, desterrado —dice Eastman—; Protágoras, perseguido; Sócrates, ejecutado; Jesús, crucificado». Y nosotros añadimos:— es Marx, vilipendiado y expulsado; Lenin, abaleado. El espíritu de heroicidad y sacrificio personal del intelectual revolucionario, es, pues, esencial característica de su destino.”¹³⁰

Al ser el derecho penal del enemigo un fenómeno objetivo, muchos los teóricos van a dar con la descripción de ese fenómeno, pero no todos van a darle una explicación científica y por ende, que halle las determinaciones materiales de dicho fenómeno.

129 Karl Marx y Friedrich Engels, *El manifiesto comunista*, República Popular China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Pekin, 1964, p. 79.

130 César Vallejo, *El arte y la revolución*, Lima, Mosca Azul Editores, 1973, p. 14.

Para el estudio marxista del derecho, el enemigo *por excelencia* es el revolucionario: el sistema penal está diseñado específicamente para su eliminación. Para Jakobs, no existe una figura que caracterice mejor al “enemigo del derecho penal” que la del *terrorista*, siendo este “quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden”¹³¹.

Entonces, encontramos en Jakobs una definición de terrorista donde lo que lo distingue de otras figuras es el rol que juega dentro del entramado social, es decir, por su rol político: *el terrorista es el que apunta a la destrucción del estado de cosas actual*. El terrorista es el que rechaza, por completo, el ordenamiento jurídico vigente, en palabras sencillas: el que rechaza de plano a la sociedad en su conjunto.

Es decir, la figura jurídica del “terrorista” va a coincidir de manera totalmente directa con el revolucionario. Podemos afirmar en este punto que la abstracción ideológica, o mejor dicho, la aprehensión jurídica del revolucionario, es la del terrorista: son dos caras de la misma moneda, una expone su carácter científico y la otra su deformación ideológica. Dicha concepción del enemigo y del terrorista legitima la realización de la finalidad técnica del derecho penal, o, dicho en otros términos, la realización del derecho penal —del enemigo— consiste en la persecución y posterior eliminación del revolucionario y la definición funcionalista del “enemigo” la va a legitimar.

La identidad jurídica del revolucionario es la del terrorista. El objetivo principal de la realización de la finalidad técnica del derecho penal, o en otras palabras, del derecho penal del enemigo, son los revolucionarios y por ello, el desarrollo doctrinario y aplicación práctica está diseñada —o se modifica, de acuerdo a la situación concreta— para ello. Sin embargo, el derecho penal —del enemigo— también se puede aplicar —y se aplica— hacia aquellos que, simplemente, se vuelven un obstáculo para el libre desenvolvimiento del estado de cosas, siendo uno de los focos principales, los dirigentes políticos, los delincuentes comunes, etc. Siendo que en ambos casos nunca se deja de lado que la aplicación de la violencia es sobre clases sociales y no sobre sujetos particulares: ellos son solo la forma concreta que adopta dicha relación social de dominación. Asimismo, podemos ver que dicha noción de terrorista se enmarca en

131

Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo...*, op. cit., p. 41.

un rotundo formalismo¹³²: cualquier clase social aparte del proletariado puede atentar contra el orden social de la burguesía dominante, pero evidentemente, de entre ellas el proletariado es la más preocupante.

Tal como anteriormente hemos expresado, en tiempos donde las contradicciones sociales se agudizan, el derecho penal expone con mucha más crudeza la finalidad técnica del Estado, y este, con sus “fuerzas del orden” persigue a todos los dirigentes, delincuentes comunes, protestantes, etc. Es preciso dejar en claro que bajo la figura de enemigo puede haber varios tipos de grupos sociales, pero todos demarcados bajo el mismo criterio objetivo (la pugna entre las clases sociales, sea esta incluso entre dos facciones de la burguesía) y ninguno encajando tan a la perfección como el revolucionario, como por ejemplo otros sectores de la burguesía o sectores de la pequeñoburguesa, etc. Por otro lado, cabe añadir que la definición formal de terrorista —que vale decir, no requiere de la “realización del terror”—, responde también a la necesidad material de combatir de manera más agresiva a la organización popular debido a la agudización de la lucha de clases en el imperialismo. Dicha figura le da un amplio margen de acción a la burguesía al momento de la persecución penal y que, precisamente, es lo que necesitan en tiempos donde las contradicciones sociales se exacerban¹³³. Por otra parte, cabe mencionar que el despliegue de un derecho penal cada vez más crudo y exacerbado no es propio de nuestro país, y mucho menos es un fenómeno “regional”: se trata de una tendencia propia del imperialismo que viene acompañada de su respectivo desarrollo doctrinario que la justifica ideológicamente¹³⁴.

Algo característico del derecho penal del enemigo que menciona Jakobs, es que se confunden actos preparatorios y comisión del hecho delictivo, de manera que no solo se emprende una lucha contra un “peligro real”—concreto—, sino contra “lo que

132 Ello quien decir que si bien la definición de terrorista calza con la del revolucionario perfectamente, no quiere decir ello que dicho calificativo tenga que necesariamente siempre utilizarse contra revolucionarios: puede hacerse contra narcotraficantes, criminalidad organizada, simples manifestantes, etc., todo de acuerdo a la situación particular de la pugna entre las clases sociales.

133 Es decir, responde a la necesidad de aplicar con más dureza la violencia para mantener la dominación de la burguesía —finalidad técnica del derecho penal—.

134 Nos referimos a la tendencia de primar la finalidad técnica del derecho penal.

puede ser un peligro real”, es decir, contra el peligro futuro —abstracto—¹³⁵. Al ser el “terrorista” aquel que “rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello perseguir la destrucción de ese orden”, se abre la ventana de la posibilidad de perseguir a todos aquellos que desde “rechacen” a la sociedad y “persigan” su destrucción, siendo que “rechazar” el ordenamiento puede ser desde efectivamente tomar acciones reales a *simplemente mantener una postura de rechazo sin haber tomado acciones al respecto*: el mero hecho de *pensar, expresarte o incluso leer algo*, que implique sostener algún contenido crítico en contra del estado de cosas ya podría ser un peligro, ya es motivo de sospecha, ya es motivo de persecución.

Así como la burguesía hace pasar al “enemigo” como “enemigo de todas las clases”, también hace pasar su seguridad como “la seguridad de la población en su conjunto”. Prueba de ello son los diversos procesos de lucha que la organización popular ha llevado a cabo: en todos ellos se ha empleado el “terruqueo”¹³⁶ y la represión, ¿de qué “seguridad de la población” estamos hablando?¹³⁷. No se trata, pues, más que de la seguridad de una clase social: de la burguesía. “La sociedad en su conjunto”, la “población en su conjunto” son solo figuras ideológicas. Es así que, la quimera de “garantizar la seguridad de la población”, es utilizada como pretexto para combatir al enemigo y siendo más concretos, al terrorista.

La delimitación del momento en que se va a considerar como una acción que atente contra la “seguridad de la población” va a girar en torno a cuán álgidas se encuentran las contradicciones sociales y también, cuán “peligroso” sea para la burguesía. Como mencionamos, la definición formal de terrorista le da un amplio margen de acción a la

135 Jakobs nos menciona que el derecho penal del enemigo se trata de una regulación que toma como punto de partida de la intervención de la acción penal a la “conducta no actuada, sino solo planeada, es decir, no el daño en la vigencia de la norma que ha sido realizado, sino el hecho futuro” (Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo...*, op. cit., p. 49) o dicho de otro modo: “el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado por el peligro de daños futuros” (Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo...*, op. cit., p. 49, p. 50), lo cual evidentemente no significa otra cosa que la anticipación de la intervención penal a la comisión de delito entrando en lo que se consideran como “actos preparatorios”.

136 Estrategia política que consiste en calificar de terroristas a un grupo social.

137 Es más, no podemos aglomerar a todas las diferentes clases sociales con diferentes intereses en un cúmulo abstracto de sujetos particulares: la concepción de “población” no es sino una deformación ideológica producto de la igualdad jurídica que se le otorga en el plano formal a los diversos integrantes de las clases sociales

burguesía para catalogar dentro a aquellos que compartan algún tipo de pensamiento similar o igual al del “enemigo” o alguna postura que “implique ir en contra del estado de cosas”. Incluso por no criticar al pensamiento del enemigo o no criticarlo “como se debe” ya se considera motivo de sospecha y de posterior, persecución¹³⁸. En el caso del Perú, incluso por el mero hecho de llamarle “Conflicto Armado Interno” al proceso bélico acontecido desde la década de los 80’ hasta los 2000’ ya es motivo de sospecha, y peor aún si deslizas la idea de una “guerra popular” o una “guerra civil”: ese discurso no está permitido en la sociedad peruana y lo más probable es que ya la fiscalía te esté haciendo un seguimiento.

Es de este modo que desde tener libros y folletos sobre marxismo o incluso sobre la misma doctrina del derecho penal del enemigo, son tomados como objetivos de incautación en las detenciones¹³⁹. De igual forma, la amplitud del concepto trae consigo incluso el considerar todo acto de protesta como un “acto subversivo”: las marchas, en el plano jurídico, alcanzan el nivel de organización, complejidad y “peligro” de una “guerrilla subversiva”.

La clase burguesa utiliza la palabra “terror” para infligir miedo a la población: aterrorizarla del enemigo. Se desarrolla lo que se denomina “demonización” de los enemigos ante la población¹⁴⁰. Todo esto termina por expresarse en lo que conocemos como derecho penal del autor¹⁴¹. Por último, se hace a un lado todo el discurso humanista del derecho penal para imponer las penas más crueles y eliminar todas las garantías procesales —llegando a la tortura— en los momentos donde se exacerba la lucha de clases.

Desde nuestra perspectiva, ver al enemigo como simplemente el que atenta contra el orden jurídico implica verlo desde una óptica formalista, meramente superficial.

138 Si no realizas una crítica que sea «aceptable» por la «izquierda» o que no se ajuste a lo ya establecido en el discurso «disidente», ya empiezan los calificativos, las investigaciones.

139 Lp Pasión por el derecho, “Esta es la resolución que autoriza incautación de separatas de derecho penal del enemigo, libros de Marx y otros”, en *LP Pasión por el derecho*, 2023.

140 Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo...*, op. cit., p. 88.

141 *Ibidem*, p. 101.

Jakobs analiza la forma, alcanza a describir un estado de cosas, el cual se ve obligado a afirmar porque se entrapa en el mundo de las formas jurídicas.

Restablecer la vigencia de la norma no es otra cosa que “afirmar” la vigencia de un tipo de sociedad, al igual que afirmar un ordenamiento jurídico, implica afirmar las relaciones sociales que determinan ese ordenamiento. Afirmar la vigencia de la norma actualmente existente, implica afirmar la vigencia de la sociedad capitalista. Y pues, esta “vigencia” no se afirma a través del papel, sino por medio de la violencia, puesto que “afirmar la vigencia de la sociedad” no es, sino ejercer la función social de dominación que se realiza a través de la violencia, es decir, realizar la función técnica del derecho penal. Es decir, a través de la fuerza bruta, de un destacamento de hombres armados, es como la sociedad se “afirma”.

El fundamento del poder punitivo es la violencia organizada. Y su monopolización por parte del Estado, no es otra cosa que la monopolización de dicha violencia organizada por parte de la clase burguesa y no es sino el monopolio de la violencia que esta ejerce sobre el proletariado y demás clases sociales. En esa línea, es lógico que los que pretendan “rechazar” del estado de cosas actual, tengan que necesariamente recurrir a la violencia: es necesario que tengan que hacerlo porque el estado de cosas actual se fundamenta en ella. No obstante, toda violencia que no emane de la burguesía se encuentra completamente *deslegitimada* por el orden social que históricamente ella misma construyó. Pero eso no hace, sino darle más la razón a los que se rebelan contra ese orden social. Como diría Jakobs: «Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación»¹⁴². Solo habría que añadirle la precisión de que la lucha que se viene librando es entre clases, siendo la clase que mantiene el aspecto principal de esa contradicción es la burguesía.

Tanto Pashukanis como Jakobs tiene una conclusión similar: la diferencia reside en que Pashukanis analiza el derecho penal desde el desarrollo inmanente de la sociedad, por ello, los “enemigos” no aparecen como una externalidad a cierto régimen normativo, sino que, estas “anomalías” ya se encuentran presentes en el fundamento social que da origen a ese régimen normativo: la lucha de clases. Pashukanis va al

142 Ibidem, p. 41.

fundamento de la abstracción jurídica: la lucha de clases, y esto es lo que le permite, a diferencia de Jakobs, negar el estado de cosas existente, a través de la lucha por la superación de dicha contradicción, y no supeditarse a afirmarlo. Mientras que Jakobs hace un análisis idealista del derecho, Pashukanis hace un estudio materialista. Mientras Jakobs se entrapa en la realidad fenoménica, Pashukanis se abre paso a las determinaciones de esta.

Por otra parte, es totalmente normal que a lo largo de este camino por momento parezca que incluso la cuestión gira en torno al signo lingüístico, es decir, la palabra. Y es que el significado y definición de terrorismo no es unilateral: existen muchas posiciones, pero estas terminan confluyendo dos posiciones, la burguesa y la proletaria. La definición de terrorismo y terrorista que hemos analizado aquí, evidentemente, es una burguesa, pero también hay una definición proletaria, que, por el momento, no hemos desarrollado porque excede la pretensión de este trabajo, pero que vale decir que gira en torno a aquellos que “le rinden culto a la espontaneidad de la indignación más ardiente de los intelectuales, que no saben o no tienen la posibilidad de ligar el trabajo revolucionario al movimiento obrero para formar un todo”¹⁴³. Aquí es donde le damos toda la razón al importante lingüista soviético Valentin Voloshinov:

“La clase social no coincide con el colectivo semiótico, es decir, con el grupo que utiliza los mismos signos de la comunicación ideológica. Así, las distintas clases sociales usan una misma lengua. Como consecuencia, en cada signo ideológico se cruzan los acentos de orientaciones diversas. El signo llega a ser la arena de la lucha de clases.”¹⁴⁴

Al intentar definir y desenmascarar la concepción de terrorista, se hace evidente que existen muchas definiciones que se encuentran en constante pugna por reclamarse para sí la palabra. Al analizar el signo lingüístico, por ello, es preciso estudiar la situación particular, es decir, el estado de la lucha de clases que ha determinado el estado del signo lingüístico.

143 Vladimir Lenin, *Qué hacer*, República Popular China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Pekin, 1975, p. 98.

144 Valentin Voloshinov, *El marxismo y la filosofía del lenguaje*, Buenos Aires, Ediciones Godot, 2009, p. 47.

El lingüista continúa, mencionando que: “la clase dominante busca adjudicar al signo ideológico un carácter eterno por encima de las clases sociales, pretende apagar y reducir al interior la lucha de valoraciones sociales que se verifica en él, trata de convertirlo en signo monoaccidental.”¹⁴⁵. En nuestro caso, la burguesía, pues, desarrolla una concepción de terrorista que se ajusta a sus intereses, la cual pretende hacer pasar como la única vigente. No es casualidad que la definición burguesa de terrorista coincida con la definición de revolucionario: está diseñada para legitimar y materializar su persecución.

Finalizando este trabajo, señalamos que es necesario desarrollar un análisis mucho más profundo de la cuestión, de manera que se pueda desplegar una respuesta que abarque por completo las diversas concepciones y posturas sobre enemigo al interior de la doctrina del derecho penal. Se tiene que partir de una crítica teórica implacable contra los fundamentos en los que reposan las abstracciones jurídicas y eso implica problematizar muchos aspectos que este corto artículo no pretende ni puede, por su misma naturaleza, abordar. Una tarea fundamental que aún queda pendiente es poder estudiar cada escuela del derecho penal y el estado de la lucha de clases en cada país que se desarrolló para así poder dar con sus determinaciones materiales, al mismo modo que lo hizo Georg Lukács con la filosofía en su magnífico trabajo “El asalto a la razón”. Se trata de poner la política al mando del desarrollo teórico. Asimismo, se requiere tocar en profundidad es la normativa y legislación antiterrorista que sigue vigente en nuestro país, el Decreto Ley N.º 25475, el cual es el fundamento normativo de la persecución política que se viene llevando a cabo a los dirigentes del movimiento popular y el movimiento estudiantil peruano, pero ella será materia de un trabajo mucho más completo y desarrollado que este. Por otro lado, hay partes de los planteamientos de Jakobs y de Pashukanis, que, por lo pronto, hemos elegido hacer a un lado para no extender mucho más la explicación. Nuestro trabajo aquí está incompleto. Sin embargo, se han tratado de dar los lineamientos generales e ideas que pueden orientar nuestro camino. Solo el tiempo dirá cuan ciertas serán estas premisas y cuán útiles lo serán para el gran proceso de transformación de la sociedad peruana. Tenemos que destruir

145 Ibidem, p. 48.

lo viejo para construir lo nuevo, y para los futuros abogados, eso significa desarrollar la crítica de cada una de las categorías del derecho en miras de barrer con los rezagos de la vieja sociedad y hacer concreta su extinción.

La tan vigente y sumamente relevante propuesta teórico-práctica de la crítica del derecho —el punto de vista del proletariado— entra de nuevo en el ring la lucha teórico-política —e ideológica— que se gesta en el Derecho (en su “doctrina” y en su “práctica”). Por ahora, aún es débil, pequeña y joven, y su oponente es poderoso, grande y viejo: un combate injusto que, sin embargo, implica la necesidad de enarbolar una lucha justa. Probablemente nos aborde el pesimismo de declarar que es inútil siquiera dar un paso adelante. No obstante, debemos recordar que la doctrina del proletariado es la exposición científica de la justeza de su convicción y sobretodo, es el testimonio de su victoria histórica. Su desarrollo nunca es lineal: poco a poco se levanta con sus retrocesos y con sus avances. Sin embargo, el espíritu de una nueva época comienza a fortalecerse gradualmente, marcando el inicio del inevitable ocaso del viejo mundo. Este pequeño trabajo es solo una pequeña contribución al gran trabajo que aún queda por hacer para forjar una sociedad al servicio de las grandes mayorías del pueblo peruano.

BIBLIOGRAFÍA

Badiou, Alain, *Teoría de la contradicción*, España, Ediciones Jucar, 1982.

Baumann, Jürgen, *Derecho Procesal Penal: conceptos fundamentales y principios procesales*, 1.º ed., Argentina, Ediciones Depalma, 1986.

Cancio, Manuel (coord.) y Carlos Gomez-Jara Díez (coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, 2 vols., España, Edisofer, 2006.

Código Civil, Decreto Legislativo N.º 295, del 25 de agosto de 1984, Diario Oficial El Peruano. Código Penal, Decreto Legislativo N.º 635, del 08 de abril de 1991, Diario Oficial El Peruano. Correas, Óscar, “¿Una dialéctica del derecho? (Acercas del libro de E.B. Pashukanis, La teoría general del derecho)”. *Dialéctica*, vol. 3, núm. 4, 1978, p. 243-251.

- Correas, Óscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, México, Fontamara, 2013. Feijoo, Bernardo, *Retribución y prevención general: Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2007.
- Hegel, Georg, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, trad. de Eduardo Vasquez, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.
- lñigo, Juan, “El capital: determinación económica y subjetividad política”, *Crítica Jurídica*, núm. 34, 2012, p. 51-69.
- Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, España, Civitas Ediciones, 2006.
- Lenin, Vladimir, “Acerca del estado”, *Obras Completas*, tomo 39, URSS, Editorial Progreso, 1981, p. 69-90.
- Lenin, Vladimir, “Quienes son los «amigos del pueblo» y como luchan contra los socialdemócratas”, *Obras Completas*, tomo 1, URSS, Editorial Progreso, 1981, p. 131-363.
- Lenin, Vladimir, *El estado y la revolución*, República Popular China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Pekin, 1966.
- Lenin, Vladimir, *Qué hacer*, República Popular China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Pekin, 1975.
- Lp Pasión por el derecho, “Esta es la resolución que autoriza incautación de separatas de derecho penal del enemigo, libros de Marx y otros”, en *LP Pasión por el derecho*, 2023. Disponible en: <https://lpderecho.pe/resolucion-autoriza-incautacion-separatas-derecho-penal-enemigo-libros-marx-otros/>
- Luigi Ferrajoli. “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 19, 2007, p. 5-21
- Marx, Karl y Friedrich Engels, “Carta a Konrad Schmidt del 27 de octubre de 1890”, *Correspondencia*, Buenos Aires, Editorial Cartago SRL, 1973, p. 381-386.
- Marx, Karl y Friedrich Engels, *El manifiesto comunista*, República Popular China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Pekin, 1964.

- Marx, Karl, *El capital/ El proceso de producción del capital*, trad. de Pedro Scarón, vol. 1., 28.ª edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Marx, Karl, *Elementos fundamentales para la crítica de la Economía Política (Grundrisse): borrador, 1857-1858*, trad. de Pedro Scaron, vol. 1, 20.ª edición, México, Siglo XXI, 2007.
- Muñoz, Francisco, “Derecho en la guerra contra el terrorismo: el Derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno («derecho penal del enemigo»)”. *Revista Justiça E Sistema Criminal*, vol. 5, núm. 9, 2013, p. 77-100.
- Muñoz, Francisco, *De la tolerancia cero, al derecho penal del enemigo*. Nicaragua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2009.
- Pashukanis, Evgeny, *Teoría general del derecho y marxismo*, trad. de Virgilio Zapatero, 1.ª ed., España, Editorial Labor, 1976.
- Rafecas, Daniel, “Una aproximación al concepto de garantismo penal”, *Lecciones y Ensayos*, vol. 1, núm. 80, 2018, p. 159-176.
- Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2001.
- Vallejo, César, *El arte y la revolución*, Lima, Mosca Azul Editores, 1973.
- Voloshinov, Valentin, *El marxismo y la filosofía del lenguaje*, Buenos Aires, Ediciones Godot, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2005.