



Delitos de peligro abstracto

Una aproximación al derecho penal del enemigo

Prof. Fernando Villamor Lucía
Academia Boliviana de Ciencias Penales

Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales
<http://www.cienciaspenales.net>



[www.cienciaspenales.net]

DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. UNA APROXIMACION AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

Fernando Villamor Lucia*

En esta última década, un tema que ocupa intensamente a la ciencia jurídico penal es la pregunta sobre el fin y la legitimación de los delitos de peligro abstracto. Su contribución a la expansión del Derecho penal ha sido criticada y expuesta, entre otros, por el profesor Jesús María Silva Sánchez. En Alemania, la opinión se halla dividida entre aquellos que los rechazan, como la escuela de Frankfurt representada por Hassemmer¹, y otros que los consideran necesarios como Berd Shunemann² y fundamentan su legitimación como Urs Kindhauser³.

Es clásica la división de tipos penales según se requieran para su consumación simplemente la realización de la conducta prohibida, por ejemplo, el falso testimonio en los que no se requiere un resultado potencial o efectivo que se separe de la acción del autor. Son los delitos de simple actividad. Son delitos de resultado, cuando hay una modificación sensible del mundo exterior y hay una separación temporal con la acción del sujeto. Estos delitos pueden consistir en una “lesión” del bien jurídico mediante el daño o la modificación del objeto material (en el homicidio, la muerte; en el robo, la afectación patrimonial) o en una “puesta en peligro” en los que no se exige el daño, basta que el bien jurídico protegido haya sido puesto en peligro. Rodríguez Devesa, sostiene que el delito de peligro no comporta la destrucción, sino la creación de una situación tal que es probable que ese resultado lesivo se produzca, *“La naturaleza peligrosa de la acción no puede percibirse sino acudiendo a una consideración **ex ante**, porque el peligro existe en un juicio de probabilidad cuyo objeto es comparar la situación concreta creada por la acción o la omisión del sujeto, con aquello **quod plerumque accidit**. Un juicio de tal clase carece de sentido cuando se formula **ex post**. El peligro pasado ya no es peligro, pues, presupuesto lo que realmente ha ocurrido, nunca “pudo” pasar otra cosa que lo efectivamente ha sucedido”*⁴. En consecuencia los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad que se consuman con la realización de la conducta supuestamente peligrosa y el juez no tiene que entrar a valorar si esa peligrosidad podría o no ocasionar el daño. Riquert afirma que, los delitos de resultado podrán ser de “resultados de lesión” o de “resultado de peligro” (que será concreto) quedando como simple “delitos de peligro”, los de peligro abstracto, cuya constitucionalidad se discute a partir de no satisfacer los requisitos mínimos de lesividad material⁵.

Por todo lo anterior se establece que para este tipo de delitos es necesario determinar cuándo una acción es peligrosa. Según Romeo Casabona, una acción es peligrosa cuando en el momento de su realización, esto es desde una perspectiva **ex ante** no aparezca como no absolutamente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico⁶. Cerezo Mir, afirma que es delito de peligro concreto cuando el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo; de modo que el delito queda solo consumado cuando se ha producido realmente el peligro y del bien jurídico. Ejemplo típico es la conducción de un automotor violando las disposiciones de Tránsito. En cambio, en los delitos de peligro abstracto el peligro es únicamente la **ratio legis**, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente

* *Doctor en derecho penal. Diplomado en estudios superiores de criminología, profesor de cursos de postgrado en diferentes universidades del país.*

¹ Al respecto es importante el trabajo de: Winfried Hassemmer, y Francisco Muñoz Conde **La Responsabilidad por el Producto**, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

² Una argumentación a favor puede verse en: Berd Schunemann, **Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio**. Ed. IDEMSA Lima- Perú, Pág. 63 y ss.

³ Urs Kindhauser, **Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal**. InDret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona Febrero 2009.

⁴ Vid Jose María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, **Delitos de lesión y delitos de peligro**, en Derecho penal español, DYKINSON, Madrid 1994, Pág. 427 ss.

⁵ Vid. Marcelo Alfredo Riquert, **Crisis Penal, Política Criminal, Globalización y Derecho Penal**, EDIAR, Buenos Aires, 2007 Pág. 62 ss.; también vid. Matías Bailone, **La tenencia y portación de armas en el Código Penal Argentino**, en ‘Letras Jurídicas’, Revista de la Universidad Veracruzana, Xalapa, México, Año 7, Nº 13, p. 109 y ss.

⁶ Cfr. Carlos María Romero Casabona, **Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal, en, Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología**, UNED, Madrid, 2001.

llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es un elemento del tipo y el delito queda consumado, aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido; es el caso de la conducción de un vehículo bajo la influencia de alcohol o droga. Al existir una presunción **iusuris tantum**, a efectos de la existencia del peligro para cuidar la seguridad jurídica, el citado profesor dice que el juicio de peligro coincide básicamente con el juicio de previsibilidad objetiva. Se trata de un juicio **ex ante**, pues **ex post** si el resultado no se ha producido es porque no concurrían las condiciones necesarias para ello. La acción no era peligrosa. El juicio ha de ser realizado por una persona inteligente (el juez) colocada en la posición del autor, en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente, mas las conocida por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable (como en el juicio de la causalidad adecuada) la acción era peligrosa, no basta, pues, con que el resultado fuera objetivamente previsible, pero tampoco es necesario que la producción del resultado aparezca como probable. El peligro aparece entonces como una cualidad inherente a la acción; se trata de una acción peligrosa⁷. De esta manera el profesor Cerezo Mir determina que si en este tipo de delitos se admite la prueba de que en el caso concreto no se presenta el peligro de un bien jurídico entonces, no se infringe el principio de legalidad; “de no ser así comprenderían en el tipo conductas que no son materialmente antijurídicas, se infringiría el principio de legalidad o se produciría un menoscabo de la seguridad jurídica”⁸. Coincide con la posición unánime de que para la peligrosidad de la acción es necesario establecer que en el momento de su realización aparezca como no absolutamente improbable la producción de la lesión del bien jurídico. Este criterio de alguna manera también lo afirma Zaffaroni cuando dice que el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente, y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que solo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que, en estos últimos, siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real. En un análisis profundo, el profesor argentino, cuando trata sobre la creación de peligro dice que se inventan y se clonan bienes jurídicos; se inventan porque cada vez que se menciona la seguridad, la paz general, el bien público, etc., que son el resultado del aseguramiento de todos los bienes jurídicos. Asimismo se clonan bienes jurídicos creando supuestos bienes jurídicos intermedios, o sea que se tipifica un acto preparatorio de otra tipicidad. En nuestro país, por ejemplo, el caso de la organización criminal. En consecuencia, el dejar en un cono de sombra la determinación de la existencia del peligro como requisito típico, viola el principio de máxima taxatividad. Por ello afirma Zaffaroni: “*en cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico y en caso negativo no es admisible la tipicidad objetiva*”.⁹

Para Blanca Mendoza la peligrosidad de la conducta es elemento imprescindible de los injustos y sólo se ha de afirmar cuando la conducta, además de coincidir con la descripción del tipo, constituya una acción antinormativa y, literalmente afirma: “*el desvalor objetivo material de la acción peligrosa constituye el elemento central de la constitución del tipo de injusto. En consecuencia, sólo cabe adelantar la tutela penal de forma legítima al momento en que pueda apreciarse que el comportamiento prohibido es objetivamente capaz de afectar al bien jurídico; teniendo además en cuenta las exigencias propias de la atribución de responsabilidad penal, ello no debe determinarse en abstracto por la pertenencia a una clase de acciones, sino que exige que sea evidente tal peligrosidad objetiva al menos en el momento de realizar la conducta*”.¹⁰

Una crítica bastante fundamentada la formula Luis Gracia Martín sobre la sustitución del modelo tradicional de la lesión o peligro concreto de bienes jurídicos individuales por otro en que predominaría el peligro abstracto o presunto que sería la respuesta político estatal a los problemas de la sociedad de riesgo. Según este autor, los tipos de peligro abstracto se orientan a la protección de los bienes jurídicos individuales, sin embargo, la capacidad abstracta – de afectar a la seguridad y con ello a remotos bienes jurídicos fundamentales, puede ser afirmada de cualquier

⁷ Vid. José Cerezo Mir **Curso de Derecho penal Español (Parte general)**, Tomo II Madrid 2005, 111 y ss.

⁸ Ibidem, 112.

⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, **Manual de Derecho Penal, Parte general**, EDIAR, Argentina, 2005, 371 y ss.

¹⁰ Blanca Mendoza Buergo, **La configuración del injusto (objetivo) de posdelitos de peligro abstracto**, en revista del Derecho penal y Criminología, UNED, Madrid, 2002, 68.

conducta por muy inocua en el caso concreto y entonces el tipo de peligro abstracto será uno carente de límites y, consiguientemente, entran en conflicto con el principio de legalidad, pues en ellos se reducen considerablemente los presupuestos de la punibilidad. Al carecer de referencia lesiva determinada, lo que se pena en ellos es, en realidad, la desviación de reglas o del estándar de funcionamiento de los subsistemas sociales, la simple infracción del deber y en definitiva, la mera desobediencia de la norma. Con sobrada razón, que la comparto plenamente, el profesor Gracia Martín literalmente afirma: *“el moderno Derecho penal de riesgo se ha convertido en primera – y tal vez en única – ratio en la defensa del orden social. Por ello, sería contrario a las garantías liberales de protección subsidiaria de bienes jurídicos y del recurso a la pena como ultima ratio. El “lugar natural” para la solución de los problemas específicos de la sociedad de riesgos, es decir, de la protección de seguridad, es el Derecho de policía el Derecho administrativo sancionador, al cual pertenecen en propiedad los tipos de peligro abstracto hasta el punto de que no deberían tener espacio alguno en el Derecho penal”*.¹¹ el rechazo contra estos delitos es más profundo cuando se refieren a la protección de bienes jurídicos universales o colectivos (patrimonio, de hacienda pública, medio ambiente, orden económico, etc.) que hacen inimaginable que la conducta individual y aislada de un sujeto determinado pueda lesionarlos o ponerlos en peligro. Todos estos hechos deben ser monopolio del Derecho administrativo ya que su criminalización implica una administrativización del Derecho penal y de esta manera el derecho penal cumpliría funciones de gestión punitiva de riesgos generales. Finalmente Gracia Martín dice: *“En fin, y para que al pastel antigarantista del modelo penal de los bienes colectivos no le falte su guinda, los tipos pretendidamente orientados a la protección de aquéllos tendrían un contenido que – así lo afirma la crítica – se agotaría con las “meras violaciones de deberes”, y, por ello, se trataría de tipos meramente formales o de pura desobediencia. En particular, resultarían vulnerados los principios de lesividad y de proporcionalidad, pero también el de culpabilidad, pues una pena que se fundara en los comportamientos que es previsible que realizarán otros intervinientes en el sector, sería una pena ex iniuria tertii y no una fundamentada en la producción de un daño personalmente imputable”*.¹²

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: LA POSICION DE ROMEO CASABONA.-

Según Romeo Casabona el principio de precaución consiste en la respuesta a una situación determinada que puede ser la exigencia de las máximas cautelas posibles, pudiendo llegar, incluso a la recomendación (prohibición, si es adoptada por autoridad competente), de no iniciar la actividad, de asumir una moratoria sobre la misma, en tanto no se dispongan de conocimientos más viables. El análisis del alcance de la peligrosidad de la acción desde la óptica de este principio esta especialmente indicada, puesto que uno de los rasgos más marcados del derecho penal actual, es su expansión, mediante la inclusión de los delitos de peligro abstracto – concreto. Con este proceder el legislador releva al juez de comprobar que haya sido suficientemente acreditada una relación de causalidad con un determinado resultado, pues se prescinde de este en el tipo correspondiente, teniendo que centrarse aquel únicamente en las características de la acción realizada por el sujeto acusado.

El principio de precaución en relación con los delitos de peligro, fundamentalmente de los de peligro abstracto, podría contribuir a la elaboración de un procedimiento de imputación para alguno de estos delitos. En este sentido, este principio, podría ayudar a construir una acción peligrosa, al margen del criterio de partida de la previsibilidad, pero con semejantes, sino superiores, presupuestos de seguridad jurídica basados en las prescripciones de conducta que tal principio impone.¹³

¹¹ Vid. Luis Gracia Martín, Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo. IDEMSA Lima - Perú, 2007, 87.

¹² Ibidem, 67

¹³ Cfr. Carlos María Romero Casabona **Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo**, ediciones Coyacan México 2007, 114.

EL PLANTEAMIENTO DE KINDHÄUSER: EL PARADIGMA DE LA AGRESION.- El penalista alemán reafirma el hecho de que, las sociedades modernas implican una serie de riesgos que apenas pueden ser dominadas por el conjunto de la sociedad. El único instrumento que tiene posibilidad es el derecho y específicamente el penal, el que, es invocado cuando hay que asegurar mediante sanciones la observancia de los valores límites para los riesgos socialmente tolerados. Se convierte en arma multiusos de aseguramiento social. El legislador puede hacer frente a los riesgos, empleando el derecho civil, por ejemplo estableciendo una responsabilidad civil de daños y perjuicios y obligando la contratación de seguros, esto se demuestra en los casos de tráfico rodado. También se utiliza en Derecho público cuando se establecen autorizaciones para comportamiento de actividades peligrosas sumamente restringidas, por ejemplo, los requisitos para poder conducir un vehículo, el control de centrales nucleares. Sin embargo, pese a ello, se considera que, no se puede controlar y evitar los peligros y para ello, se acude al Derecho penal determinando la protección de bienes jurídicos que Kindhäuser los define como *“aquellas características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado Social Democrático de Derecho”*.¹⁴

De esta manera aparece el problema de la legitimación de los delitos de peligro ya que según el autor citado en estos delitos el injusto no radica en el menoscabo de las sustancias de un bien jurídico sino que, mediante el hecho se crea, más bien, el peligro de una lesión. La concepción tradicional de los delitos de peligro se orienta en un esquema espacio temporal que el autor lo denomina paradigma de la agresión y lo aclara con un ejemplo que está de actualidad en Bolivia, una acción terrorista: un grupo de cinco fanáticos políticos planean hacer explotar una bomba en una fiesta popular, para matar o lesionar a la mayor cantidad de personas. En este caso, los bienes jurídicos relevantes son la vida y la integridad. En el ejemplo dado, el peligro está en la planificación, es decir en la intención del atentado, a esto se denomina **delitos de preparación** que, consiste en la realización de una acción para posibilitar el hecho posterior. En el ejemplo hay además un estadio relevante que es previo a la preparación concreta del hecho: El delito de la organización de la constitución del grupo terrorista con la meta de llevar a cabo tales hechos. Según el modelo del paradigma de la agresión, todos los demás estadios que median entre la planificación y la lesión se pueden subdividir en los siguientes: así el poder de disposición sobre una bomba, se puede clasificar como posesión peligrosa. La colocación de la bomba en el lugar de la fiesta, se puede entender como un acción idónea para causar la muerte y lesiones graves de personas. Si finalmente la bomba explota se puede diferenciar entre aquellas víctimas que han muerto o han sido lesionadas efectivamente y aquellas personas que casualmente no han sufrido daños.

De este fraccionamiento espacio temporal de un delito desde la planificación hasta su consumación, los defensores del paradigma de la agresión deducen dos conclusiones: La primera valoran cada uno de los estadios de la realización del plan según la proximidad de ellos a la lesión y así el injusto más grave es la misma lesión del bien jurídico y el injusto menor a aquella situación que existe justamente antes de la lesión y esta situación se caracteriza como el resultado de la puesta en peligro concreto del bien jurídico afectado. Y todos los demás estadios previos son estadios de puesta en peligro abstracto, entre los cuales la organización de un grupo terrorista o la planificación del atentado presentan el menor contenido de injusto. La segunda conclusión es que con cada reducción del peligro y la disminución que va unida a ella del injusto decrece el merecimiento de pena del comportamiento y que depende del valor del bien jurídico.

Al paradigma de la agresión se le objeta que hay algunos tipos penales que la sanción por un delito de peligro es más que, la de un delito de lesión. Kindhäuser, critica al paradigma de la agresión por cuanto si el injusto esta fundamentado en la sustancia de un bien jurídico ¿cómo puede una puesta en peligro constituir ni siquiera un injusto?. Para constatar el peligro los defensores del paradigma de la agresión se sirven de un observador ficticio del acontecer. Si el observador ha de ser omnisciente, en un mundo determinado, solamente son peligrosos aquellos estadios que además conducen realmente a un resultado de lesión. Bajo ésta condición el juicio de peligro sería supérfluo.

¹⁴ Cfr. Urs Kindhäuser Op. Cit.

El injusto de peligro sería únicamente un estado previo necesario al injusto de lesión. Por tanto el paradigma de la agresión según Kindhäuser se enfrenta al siguiente dilema: En caso de que se haya producido una lesión para la fundamentación del injusto objetivo, no es necesaria la búsqueda de estados previos de puesta en peligro y si la lesión no se ha producido, tampoco hay un estadio previo a la lesión cuyo injusto objetivo se pudiera derivar de la lesión. Y por ello, concluye, que el injusto objetivo de los delitos de peligro o bien no se puede ni siquiera fundamentar o bien el objeto del injusto de los delitos de peligro es un injusto autónomo respecto a la lesión de un bien jurídico en sus sustancia.

Kindhäuser encuentra la fundamentación del injusto penal en la lesión del bien jurídico y define a los bienes jurídicos como características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado social y democrático de derecho. El valor de los bienes jurídicos radica entonces, en la función de hacer posible la libertad y por ello, cuando los bienes jurídicos son menoscabados en su función de ser medio de libre desarrollo, su valor disminuye. Ahora este menoscabo, puede afectar a la sustancia, pero también a la modificación de la sustancia que reduzca la posibilidad de servir al libre desarrollo. Y por ello, es que debe admitirse que la posibilidad de una utilización de los bienes puede ser en la sustancia o en la modificación de la sustancia. Y en consecuencia no es posible ver razón alguna por la que el derecho penal solamente deba proteger a los bienes jurídicos frente a menoscabos de su sustancia, sino también a la modificación de ella. Y por ello, es que, se puede fundamentar la punición del peligro de que pueda atacarse la sustancia del bien jurídico. El concepto de peligro implica la incapacidad física, psíquica o cognitiva de poder evitar intencionadamente la producción de un daño cuando se ejecuta un comportamiento. Kindhäuser, caracteriza como delito de peligro concreto la descripción en un tipo penal de un daño inminente cuya producción solamente depende desde la perspectiva del bien de la casualidad. Se pueden caracterizar como puestas en peligro abstractas, aquellos casos en los que, ejemplarmente se habrían dado todas condiciones de una puesta en peligro, si un bien se hubiera encontrado en el mismo lugar, por ejemplo, cuando alguien corta una curva sin visibilidad concurre un peligro abstracto pues no se habría podido evitar intencionadamente un menoscabo en caso de que un vehículo se hubiera aproximado en sentido contrario. Que de hecho no se haya aproximado vehículo alguno era, desde la perspectiva del conductor o desde la perspectiva de cualquier participante en el tráfico casualidad.

En resumen Kindhäuser, establece tres conclusiones: a) Los bienes jurídicos son características de las personas cosas e instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado Social Democrático de Derecho. En esta función como medios de libre desarrollo, los bienes jurídicos pueden ser menoscabados en su valor de tres modos: *“Primero.- Pueden ser modificados en sus sustancia de tal manera que ya no puedan cumplir su función o que ya no puedan cumplirla en su totalidad. En este caso se ha producido la lesión de un bien jurídico. Segundo.- Se coloca a un bien jurídico en una situación en la que depende solamente de la causalidad que se ha menoscabado en su sustancia. En tal tesitura, disminuye considerablemente el interés, orientado a la existencia segura, en la utilización del bien. Concorre un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro concreta. Tercero.- Se da una situación en la que no están garantizadas las condiciones de seguridad necesaria para una disposición racional sobre un bien. También en este caso el bien solamente se puede utilizar de manera restringida y por ello, pierde el valor para su titular. Concorre un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro abstracta”*.¹⁵

EL ENFOQUE DE JAKOBS.- Jakobs, afirma que en los delitos de peligro abstracto, su justificación esta en el mantenimiento de la vigencia de la norma y no del mantenimiento de determinados objetos y por ende la elevación de rango de los supuestos que afectan la seguridad, es

¹⁵ Vid. Urs Kindhäuser Op. Cit.

decir los delitos de peligro abstracto ya no solo perturban el orden público sino que lesionan un derecho a la seguridad entendida esta en el sentido normativo.

Jakobs parte de la máxima de Ulpiano **cogitationis poenan nemo patitur: el pensamiento no delinque**, y establece que un legislador juicioso no regula nunca procesos que están fuera de sus posibilidades de control. Sostiene también que para el Derecho penal está el ámbito interno y el ámbito privado es decir la esfera civil interna, por ejemplo las relaciones sociales íntimas o comunidades religiosas y por otra parte esta la esfera externa a la que pertenecen los contactos sociales no reservados, los derechos a la utilización de bienes de uso común, etc. Son evidentes las consecuencias que para la anticipación de la punibilidad se han de extraer del hecho de que ámbito interno del sujeto delinciente, no solo abarque sus pensamientos sino que comprenda su entera vida privada: así como un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común, tampoco puede serlo cualquier conducta que se mantenga en la esfera privada en la medida en que la esfera privada no concorra con la de otra persona y deje entonces de ser privada. Si por ejemplo en la tentativa de participación se definen acuerdos previos como delitos incluso, si se realizan en condiciones de privacidad, por personas entre las que media la amistad, se priva a los intervinientes en esa medida, de su ámbito interno y se les trata como enemigos a los que no se concede el estatus de ciudadano. El derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad. Pertenecen al ámbito del primero algunos delitos contra la seguridad del Estado así como la constitución de asociaciones criminales o terroristas. Para comprender con cierta exactitud el pensamiento de Jakobs, creo necesario citar textualmente sus conclusiones: *“En relación con la tentativa de participación y con la constitución de asociaciones criminales y terroristas puede parecer que no es evidente una inclusión, como la efectuada aquí en el principio, en el ámbito interno de un sujeto. ¿Es pues – así cabría preguntar – la constitución de bandas un asunto privado?. En la medida en que con esta pregunta se insinúe que la persecución de fines antijurídicos no podría ser una cuestión privada, por ella se ve afectada no sólo la constitución de bandas, sino la concepción en su conjunto. Toda preparación de un delito se puede definir como una conducta que es no – privada, pero entonces no se tiene ya ningún motivo para detenerse ante la criminalización de pensamiento. Por esta vía todo Derecho penal se convierte en un Derecho penal de enemigos.*

*El cuestionamiento del carácter privado de la constitución de bandas puede afectar también, sin embargo, a la circunstancia de que los miembros de la banda, por definición, traban relación unos con otros, es decir, abren recíprocamente su ámbito privado. El ámbito común que así se genera queda, no obstante, cerrado para sujetos ajenos; pues el hecho de que alguien trabé relación con otras personas no legitima ninguna intromisión pública. En la medida en que haya relaciones sociales que pertenezcan al estatus de ciudadano, esas relaciones sociales pueden ser objeto de abuso, del mismo modo que se puede hacer mal uso de otros elementos de ese estatus. La relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ámbito privado”.*¹⁶

Hace algunos años atrás, escribí unos apuntes sobre el derecho penal del enemigo, los que considero oportuno reproducirlos a propósito de la última afirmación del profesor Jakobs.

UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Uno de los mejores penalistas del mundo, el profesor de Bonn, Günther Jakobs ha publicado un ensayo el 2003, bajo el título de **Derecho penal del Ciudadano y Derecho penal del Enemigo**. Desde entonces este tema es motivo de discusión en Congresos y Seminarios internacionales y ha sido objeto de innumerables trabajos por parte de quienes lo leen y no lo entienden o lo entienden mucho como los profesores Cancio Meliá, Raúl Zaffaroni, o poco, como el modesto profesor que suscribe, pero que de alguna manera, en el presente trabajo se ha tenido interés en desarrollar este fenómeno

¹⁶ Cfr. Gunther Jakobs, **Moderna dogmática penal**, Editorial Porrúa, México, 2002, 393.

especial del poder punitivo y que ha sido descrito bajo el nombre de Derecho Penal de Enemigo¹⁷.

Con referencia a las críticas, Jakobs sostiene que su intención es contribuir a establecer el Estado de Derecho, como estado de este mundo. A este respecto, dice: *“En los últimos tiempos son muy diversos los juicios que se han emitido sobre mis tesis respecto del Derecho penal del enemigo: en parte se las descalifica como dogmática sin consecuencias, en parte se las considera capaces de producir un régimen fascista. Por tanto, la situación es similar a la mirada a un espejo con resultado desagradable: uno prefiere convencerse a si mismo de que no ve nada, o a alguien completamente diferente, con tal de no verse a uno mismo”*¹⁸.

Coincido plenamente con la afirmación de Zaffaroni cuando sostiene que al tratar este tema, se debe tener una nueva noción del derecho penal, porque si bien es cierto que el Derecho penal siempre ha aceptado la existencia de un derecho penal del enemigo, lo que conviene ahora es establecer una renovación de la doctrina penal es decir un ajuste del derecho penal que lo compatibilice con la teoría política y que lo depure de los componentes propios del estado de policía. El profesor argentino sostiene que, cuando actualmente se habla de derecho penal hay que tomar en consideración la verdadera expresión semántica y por ello dice que: *“el ejercicio del poder punitivo es obra de las agencias ejecutivas del Estado encargadas de la coerción y su estudio es materia de disciplina de preferencia descriptiva, en especial de la criminología o de la sociología. La Legislación penal es producida por los órganos políticos competentes (legisladores) y su estudio y teorización (legitimante o deslegitimante) destinado a la práctica y a la docencia, es lo que corresponde al derecho penal como ciencia, doctrina o saber jurídico (obra de los juristas)”*¹⁹.

Jakobs dice que todo derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción y la más intensa es la del Derecho penal y por ello cualquier pena o incluso cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo. El Derecho penal del enemigo implica un comportamiento desarrollado en base a reglas, en lugar de una conducta espontánea o inclusiva. La pena es coacción de diferentes clases, en un sentido, significa que es portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, 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. Sin embargo, la pena también produce físicamente algo, es el caso de que el detenido por la prevención especial no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario. Coacción no se dirige contra la persona en Derecho sino contra el individuo peligroso, por ello en lugar de una persona que de por si es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso

¹⁷ Recientemente, en una entrevista con el periodista Sebastián Dozo Moreno publicada en el periódico LA NACIÓN de Buenos Aires en junio del 2.006, Jakobs define al derecho penal del enemigo con los siguientes términos: “Es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de allanamiento de morada con fines investigativos, la posibilidad de riesgo de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas. En esencia, el concepto de derecho penal del enemigo es una noción descriptiva que define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial peligrosidad para distinguirlos de aquellos otros supuestos en los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos. En la actualidad, para el poder penal de Estado, no todos los ciudadanos son personas, sino que están “Las personas y los enemigos”. Estos últimos, que pueden ser tanto terroristas como violadores y reincidentes, en realidad, no son considerados por el derecho (incluso en los estados democráticos) delincuentes, sino poco menos que animales peligrosos, el postulado de que todos somos personas frente al derecho no puede sostener un sistema penal real... El derecho penal del enemigo pena la conducta de un sujeto peligroso en etapas previas a la lesión, con el fin de proteger a la sociedad en su conjunto, y esto quiebra a la relación lógica tradicional entre pena y culpabilidad”. En esta entrevista, aclara que él no hace otra cosa que describir la realidad, ya que el supuesto derecho penal ideal, para el cual todos somos iguales, contradice las medidas que los Estados adoptan con los sujetos altamente peligrosos.

¹⁸ Cfr. Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, **Derecho penal del enemigo**, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 7.

¹⁹ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, **El enemigo en el Derecho penal**, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, 27.

contra el cual se procede a través de una medida de seguridad de modo físicamente efectivo²⁰.

Demostrando la existencia de un Derecho penal del enemigo desde épocas pasadas, Jakobs acude a bases ius filosóficas sustentadas por el contractualismo de Rousseau, quien afirmaba: *“Todo malhechor, al atacar al derecho social, resulta por sus fechorías rebelde y traidor a la patria de ser miembro de la misma al violar sus leyes y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya, es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se ejecuta al culpable es más como enemigo que como ciudadano. Los procedimientos, el proceso, son las pruebas y la declaración de que ha roto el contrato social, y por consiguiente, de que no es ya miembro del Estado. Ahora bien, como se ha reconocido tal, al menos por su residencia, debe ser depuesto por el destierro como infractor del pacto, o por la muerte como enemigo público; pues tal enemigo no es una persona moral, es un hombre, y en este caso el derecho de guerra es matar al vencido”*²¹. Cita, también, el pensamiento de Fichte para quien el abandono del contrato hacia perder todos sus derechos como ser humano y pasaba a un estado de ausencia completa de derechos. Inmanuel Kant tampoco está ausente en la justificación de Jakobs. Decía el ilustre filósofo que, se puede proceder de modo hostil contra un ser humano cuando *“el ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad necesaria, y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (facto), si por la ausencia de legalidad de su estado (statu iniusto), que me amenaza constantemente, y le puede obligar a que, o entre conmigo en un estado comunitario-legal, o abandone mi vecindad”*... En consecuencia, quien no participa en la vida en un *“estado comunitario-legal”* debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede *“tratar”, “como un enemigo”*²².

En la época del Iluminismo, la violación sobre el contrato social y la aplicación de sanciones también la sostuvo Beccaria, porque la pena de muerte como extrema **ratio** a la que se recurría cuando se rompía el orden jurídico, como a una violencia de hecho equiparable a la guerra, una guerra de la nación con un ciudadano se la podía considerar como una aplicación de la pena al enemigo, estas eran las frases de Beccaria. *“La muerte de un ciudadano no se puede creer necesaria más que por dos motivos. El primero, cuando, aun privado de libertad, tenga todavía tales relaciones y tal poder, que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida. La muerte de algún ciudadano viene a ser, pues, necesaria, cuando la nación recupera o pierde su libertad, o en tiempos de la anarquía, cuando los desórdenes mismos hacen las veces de leyes; pero durante el tranquilo reinado de las leyes, en una forma de gobierno por la que los votos de la nación estén reunidos, bien provista hacia el exterior y en su interior de la fuerza y de la opinión, mas eficaz o caso que la fuerza misma; donde el comando no está más que en el verdadero soberano; donde las riquezas comprenden placeres y no autoridad; no veo yo necesidad alguna de destruir a un ciudadano, sino cuando su muerte fuera el verdadero y único freno para retener a los demás de cometer delitos; segundo motivo éste, por el que se puede creer justa y necesaria la pena de muerte”*²³.

Después de estas consideraciones iusfilosóficas, Jakobs afirma que: *“el Derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción hasta llegar a la guerra...EL Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros”*²⁴. Sostiene que el Derecho penal conoce dos polos en sus regulaciones: Uno que es el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su

²⁰ Vid. Jakobs, Op. Cit, 21.

²¹ Cfr. Jean Jacques Rousseau, **Contrato Social**, Traducción del francés por Consuelo Berges, Biblioteca de iniciación Filosófica Aguilar, Buenos Aires, 1957, 87.

²² Cfr. Jakobs, Op. Cit. 29.

²³ Cfr. Cesare Beccaria, **De los delitos y de las penas**, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ed. Jurídicas Europa América, Segunda Edición, Buenos Aires, 1974, 140.

²⁴ Vid. Jakobs, Op. Cit. 30.

hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad. Por ejemplo, el trato que se le da al homicida a quien se le impone una sanción cuando se dispone a realizar el hecho (Artículo 251, con referencia al 8 del CPB). El Estado ve en el autor de este hecho no a un enemigo al que ha de destruirse sino a un ciudadano, como una persona que ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado de modo coactivo a equilibrar el daño en la vigencia de la misma. Esto se lleva a cabo mediante la pena²⁵. El otro polo del Derecho penal se refiere a 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. El legislador está pasando a una legislación de lucha, por ejemplo en el ámbito de la criminalidad económica, el terrorismo, crimen organizado, delitos sexuales y se pretende combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (delitos sexuales), en su vida económica, (criminalidad económica, narcotráfico) o mediante su incorporación a una organización (terrorismo, organización criminal), 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 persona²⁶.

Puntualizando esta diferencia, Jakobs acude a los hechos del 11 de septiembre del 2001 (Torres Gemelas, EE.UU.) y sostiene que el terrorista rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden y, en consecuencia, no puede ser tratado como delincuente y debe llamarse de otro modo a aquello que hay que hacer contra los terroristas sino se quiere sucumbir, es decir se debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada²⁷. En cuanto al procedimiento empleado frente a los hechos del 11 de septiembre del 2001, Jakobs resalta la diferencia con un procedimiento normal ordenado: "...puede llamarse un procedimiento de guerra, aquél Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento -y sólo hasta el momento- no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamando daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros -¿delincuentes? Prisioneros de guerra?- muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra."²⁸.

Indudablemente se han adoptado medidas legislativas que infringen derechos humanos y es más, salen de la frontera de los límites constitucionales. A este respecto, Muñoz Conde señala: *"un ejemplo de este tipo puede ser el USA Patriotic Act. de octubre del 2001 y las ordenes militares aprobadas en Estados Unidos tras el atentado del 11 de septiembre. Afortunadamente, en ese mismo país algunos jueces han considerado inconstitucionales muchos de esos preceptos por infringir derechos fundamentales como el derecho al debido proceso, a la intimidación, etc.; aunque lo cierto es que de un modo u otro siguen estando vigentes y dando lugar a situaciones como la de los presos afganos en la base americana de Guantánamo, y a los abusos y torturas de los presos iraquíes en la cárcel de Abu Crhaig"*²⁹. Con las últimas confesiones del presidente Bush, la situación es peor cuando declara que existen cárceles totalmente secretas en diferentes lugares del mundo destinadas a la represión del terrorismo.

Jakobs justifica, de alguna manera, la vigencia de un Derecho penal internacional sosteniendo que actualmente en el mundo existe un orden mínimo jurídicamente vinculante, el que no tolera las vulneraciones de Derechos humanos elementales, con independencia donde ocurra, y que, por el contrario ha de reaccionarse frente a tales vulneraciones mediante una intervención y una pena. De esta manera el tribunal para la antigua Yugoslavia en La Haya, el Estatuto de Roma y el Código Internacional son consecuencias de estas suposiciones. Sostiene que frente a los autores

²⁵ Ibidem, 41.

²⁶ Ibidem, 40.

²⁷ Ibidem, 40.

²⁸ Ibidem, 47.

²⁹ Cfr. Francisco Muñoz Conde, **De la Tolerancia cero, al Derecho penal del Enemigo**, Ed. APICEP-UPOLI, Managua, 2005, 48.

de vulneraciones de los derechos humanos, está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito comunitario-legal, y esto es de hecho lo que sucede, conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de ejecución, se declara al autor persona para poder mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos. Afirma que *“Sería más sincero separar esta coacción en la creación de un orden del derecho a mantener un orden: el “ciudadano” Milosevic es tan poco parte de aquella sociedad que le pone ante un tribunal como lo era el “ciudadano” Capeto. Como es evidente, -dice,- no me dirijo contra los derechos humanos con vigencia universal, pero es que su establecimiento es algo distinto que su aseguramiento. Si sirve al establecimiento de una Constitución mundial “comunitario-legal”, habrá que castigar a los que vulneran los derechos humanos; pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: Derecho penal del enemigo”*³⁰.

Evidentemente, el Estatuto de Roma ha creado una jurisdicción internacional sui generis, no para investigar ni juzgar, sino directamente para condenar a aquellos que se los denominan autores de delitos de lesa humanidad. **La Corte Penal Internacional**, ha sido creada por el Estatuto de Roma, cuando la comunidad internacional la aprobó por 120 votos a favor 21 abstenciones y 7 votos en contra. Su competencia la establece el Art. 5º, que señala que la C.P.I., se limitará a su competencia en razón de materia a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y tendrá competencia respecto de los siguientes crímenes: Genocidio, Crímenes de lesa humanidad, Crímenes de guerra, Crímenes de agresión. Hasta el presente son pocos los casos conocidos por la Corte Penal, hay países que no la integran como EE.UU., Rusia, China, India, Israel, Japón. Consiguientemente, no se sabe de qué manera se va a eliminar la impunidad de los delitos de lesa humanidad. Aunque Jakobs afirma que la punición internacional o nacional de vulneraciones de los Derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del derecho penal del enemigo sin ser sólo, por ello ilegítimo, yo pienso que esta jurisdicción especial es parte de un derecho de excepción que, de alguna manera, se aparta de los principios del Derecho penal liberal y reconoce una especial forma de extraterritorialidad que, en la terminología de Jakobs, constituye características del Derecho penal del enemigo. A este respecto el profesor Daniel Pastor dice que es una ideología antiliberal claramente orientada a una punición infinita, casi sin límites, de los llamados crímenes internacionales *“...parece aceptarse la idea de que se puede actuar sin límites serios contra los delitos internacionales en tanto que cruzada contra el mal... El entusiasmo por la persecución y el castigo de los autores de delitos aberrantes habría hecho perder de vista las funciones modernas del derecho penal y las nociones de la ciencia jurídica. La “lucha contra la impunidad” ha creado un derecho internacional penal del enemigo. Por lo demás, siendo imposible negar las conclusiones que demuestran, incluso empíricamente, que el derecho penal, en gran medida, fracasa a la hora de alcanzar sus modestos objetivos de derecho interno, no se entiende en absoluto de dónde viene el optimismo de quienes ante hechos y circunstancias mucho más complejos piensan que en el plano internacional, donde no hay sociedad, ni Estado, ni Democracia ni orden jurídico que merezcan llamarse tales, el derecho penal es el instrumento adecuado para esos conflictos gravísimos”*³¹.

Para el profesor Cancio Meliá, el Derecho penal del enemigo, solo forma parte del sistema jurídico penal *“Derecho penal del ciudadano”* es un pleonismo, *“Derecho penal del Enemigo”*, una contradicción en los términos³². Esto se debe a la expansión del Derecho penal porque en el mundo actual, la legislación penal occidental se caracteriza de nuevas figuras penales con sanciones desproporcionadamente altas.

En efecto, el Derecho penal moderno, se caracteriza por su expansión. El tráfico moderno ha impulsado a crear nuevos tipos penales y establecer sanciones, algunas de ellas, por irracionales, rompen el principio de proporcionalidad, como dice

³⁰ Jakobs, Op. Cit. 60.

³¹ Cfr. Daniel Pastor, **El Derecho penal del Enemigo en el espejo del poder punitivo internacional**, en **Los Desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI**, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Ed. Ara Editores. Perú, 793.

³² Manuel Cancio Meliá, **Derecho penal del enemigo...**, Cit. 70.

Hirsch, *la creación de tipos penales siempre nuevos es hoy un fenómeno universal que se manifiesta en tres formas. Una, referente a los casos en aquellos ámbitos que surgen como consecuencia del progreso científico y tecnológico (delitos informáticos y manipulación genética). Un segundo grupo figuras que estaban en el derecho administrativo y han sido incorporadas al derecho penal (delitos contra el medio ambiente y derecho penal económico); y un tercer grupo en los que si bien el comportamiento es punible, la delincuencia se ha incrementado y ha dado ocasión para elevar su punibilidad (tráfico de drogas, criminalidad organizada)*³³.

Esta expansión puede explicarse a través de dos fenómenos: El derecho penal simbólico y el resurgimiento del punitivismo que constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo³⁴. En efecto, para una mejor comprensión del denominado Derecho penal del Enemigo creo que es necesario hacer referencia a dos fenómenos del Derecho Penal: El Derecho penal simbólico y el punitivismo.

La doctrina es uniforme en cuanto al concepto del derecho penal simbólico es decir el conjunto de normas dictadas por el legislador para producir efectos simbólicos en la sociedad y, actualmente, constituye un argumento frecuente en la explicación de la política criminal. Como dice Diez Ripollés, *“Su empleo sirve para descalificar tajantemente determinadas decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que no sólo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que no le son propios”*³⁵.

Se ha utilizado el Derecho penal simbólico como medida de política criminal que fundamenta el resurgimiento del punitivismo, es decir la desproporcionalidad de las penas cuyo fin, fundamentalmente, es la prevención general. En la práctica no han conseguido reducir considerablemente la criminalidad específica (terrorismo, organización criminal, delitos sexuales, etc.), Bolivia ha tenido claros ejemplos de expansionismo y se ha abultado la Parte Especial del Código penal, con nuevos tipos penales y por la ligereza del legislador se han insertado figuras delictivas que protegen bienes jurídicos que no están acordes con el tipo penal, tal el caso, por ejemplo, del artículo 185 bis situado entre los delitos contra la función judicial; el del Artículo 185 ter, que no describe la conducta, ni impone sanción.

El punitivismo se halla reflejado en la elevada sanción para los delitos contra la libertad sexual, cuya energía punitiva parece ser inaceptable desde el punto de vista de los principios utilitarios legitimadores de la pena, como el de proporcionalidad y de humanidad de las penas. Cancio Meliá resume magistralmente estos dos antecedentes del Derecho penal del enemigo con los siguientes términos: *“el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado hecho, sino también (o: sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal –dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos– persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como otros no integrados en esa identidad. Y parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escalada, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal”*³⁶.

Después de un meditado análisis y como corolario de la lectura de los trabajos sobre el tema, por mi parte, creo que no se puede sostener que existan dos derechos penales, uno para el ciudadano y otro para el enemigo. El ejercicio del poder político para legitimar el ius puniendi utiliza como ropaje, procesos judiciales Existen diferentes etapas de la humanidad en las que se han creado figuras penales y acrecentado el punitivismo para tener el poder político un arma formidable en un derecho

³³ Cfr. Hans Joachim Hirsch, **Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho**, en **El penalista liberal**, libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 130.

³⁴ Vid. Manuel Cancio Meliá, Op. Cit. 75.

³⁵ Cfr. José Luis Diez Ripollés, **El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena, Modernas Tendencias en la ciencia del Derecho penal y la Criminología**, Ed. UNED, Madrid, 2001, 107.

³⁶ Cfr. Manuel Cancio Meliá, Op. Cit. 85.

penal que sirva de instrumento para desarrollar sus actividades controlando y seleccionando a las personas sobre las cuales ejerce el poder. Esta misma posición sostiene López Barja de Quiroga para quien, “*un Derecho penal del enemigo, en el que la persona a la que se le aplica deja de ser considerada persona (aunque éste sea un concepto normativo) y se le aplica un ¿derecho? Terrorífico, es absolutamente inadmisibile. En otras palabras, no es compatible con el Estado de Derecho que existan normas que puedan calificarse de derecho penal del enemigo, aplicables a unas determinadas personas o grupos de personas, en función de que por la realización de ciertos comportamientos, más o menos concretos (aunque presuntos, pues no han sido juzgados), la legislación considere que deben ser excluidos socialmente*”³⁷.

Para justificar mi afirmación de que no existen dos polos sino un uso arbitrario del poder punitivo que hubo en todas las épocas utilizando el poder penal para eliminar enemigos en desgracia, dando un ropaje jurídico al ejercicio del poder, basta citar algunos ejemplos como los procesos señalados en la obra de Alexander Demandt bajo el título **Los Grandes Procesos de la Historia**³⁸ en la que se analiza las complejas relaciones que existen entre derecho y poder y averigua cuál fue la parte de la justicia y cuál la de la fuerza en todos esos procesos. Este libro, único en su género, relata minuciosamente los catorce procesos más famosos de la historia, analiza las complejas relaciones que existen entre derecho y poder y averigua cuál fue la parte de la justicia y cuál la de la fuerza en todos esos procesos. El primero que estudia es el de Sócrates, al que sigue la conjuración de Catilina y la represión contra sus partidarios. Un estudio histórico del juicio a Jesús pone en evidencia de quién fue realmente la responsabilidad de la condena. La deposición de Enrique el León, el proceso de los templarios, la condena por herejía de Juan Hus y el suplicio de Juana de Arco nos ilustran acerca de la justicia medieval. El baño de sangre de Estocolmo de 1520 se sitúa entre lo medieval y lo moderno. Le siguen la condena de Galileo y los juicios de Carlos I de Inglaterra y Luis XVI de Francia, ejecutados por sus súbditos. Los procesos políticos más famosos del siglo XX: las purgas de Stalin entre 1936 y 1938; el del incendio del Reichstag en 1933 y las grandes violaciones al principio de legalidad y retroactividad en los procesos de Nüremberg y Tokio.

Zaffaroni, en su reciente ensayo, hace un análisis sobre el desarrollo en la práctica del ejercicio del poder punitivo desde el derecho romano, las transformaciones económicas, políticas, sociales y culturales llamadas “revoluciones” (mercantil, industrial y tecnológica) hasta llegar al siglo XXI y afirma que cada uno de esos momentos generó una comprensión del mundo legitimante y deslegitimante³⁹. Destaca la importancia de la revolución inquisitorial y lo que él denomina el “secuestro de Dios”⁴⁰, época en la que la solución del conflicto estaba librado a Dios a través de sus representantes en la tierra como las ordalías y el procedimiento inquisitorial. El profesor argentino señala como característica de la revolución industrial, la dualidad de tratos penales: si bien se mantuvieron las garantías para los iguales, pocos cambios se introdujeron para los extraños⁴¹. La pena de prisión se convirtió en la columna vertebral del sistema penal. La revolución industrial, precedió a la globalización, el siglo XX se caracterizó por la aparición del autoritarismo que asumió variantes discursivas penales de carácter biólogo: se tiñó de marxismo en Rusia, de idealismo en Italia y de descarnado y brutal racismo genocida en Alemania⁴². El concepto de peligrosidad y, consiguientemente, un derecho penal de autor es el que primó en esta época. Los peligrosos o enemigos fueron parásitos para los soviéticos, subhumanos para los nazis y enemigos del Estado para los fascistas⁴³.

³⁷ Cfr. Jacobo López Barja de Quiroga, **El papel del derecho penal en la segunda modernidad**, en **Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI**, Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs, Ara Editores, Perú, 2005, 760.

³⁸ Alexander Demandt, **Los grandes procesos de la historia**, Trad. de Enrique Gavilan, Ed. Critica, Barcelona, 2000.

³⁹ Vid. Zaffaroni, Op. Cit. 29.

⁴⁰ Ibidem, 37.

⁴¹ Ibidem, 43.

⁴² Ibidem, 52.

⁴³ Ibidem, 53.

En Bolivia, el poder punitivo en la época de la Colonia que pretendía mantener el poder de la Corona Española, se ejerció con demasiada crueldad para los disidentes, al margen que a los indígenas originarios se les daba un trato de **subjudices**, y los negros importados de Africa, eran esclavos. Era el ejercicio del poder económico colonialista que muchas veces fue objeto de reclamos y observaciones ante la Corona, que al parecer, las desconocía y no tenía plena certeza de todo el poderío que se instaló en el Nuevo Mundo. Las **Treinta Propositiones** de Fray Bartolomé de las Casas cayeron en saco roto. Para resaltar la crueldad de la represión inhumana basta citar dos sentencias en las que se aplicaron las Leyes de Indias, copiosa compilación que duró más de cien años elaborado por el Consejo de Indias⁴⁴: El proceso contra Julián Apaza conocido con el nombre de Tupac Katari, cuya sentencia dictada el 13 de noviembre de 1781 en el Santuario de Nuestra Señora de las Peñas por el oidor de la Audiencia de Chile, Francisco Tadeo Díez de Medina, condenaba a que el reo sea descuartizado por cuatro caballos, confiscación de sus bienes y declaratoria de infamia⁴⁵. Más grave es el caso de otro caudillo, Dn. José Gabriel Condorcanqui -Tupac Amaru-, cuya condena se estrella contra el orden jurídico constituido por el Derecho metropolitano y el Derecho de Indias. Uno de los principios de dichos ordenamientos, consagrado por las Partidas, era el de la personalidad de las penas. Este principio fue violado manifiestamente con la extinción de la familia Tupac Amaru: su hijo, su mujer, su hermano y otros familiares de la mujer. La sentencia que condenó a Tupac Amaru a la pena capital decía que se lo acusaba por los siguientes cargos: 1) Haber tenido alucinados y sumisos a los indios. 2) Realizar estragos, horrores, muertes, violación y profanación de templos. 3) Hacerse legislador. 4) Nombrar justicias mayores. 5) Aplicar pena de muerte. 6) sustraer obediencia de su legítimo señor. 7) Legislar para cuando fuese jefe universal. 8) Usurpar funciones de rey. 9) Engañar a los indios con falsos impuestos. 10) Causar perjuicio a las provincias. Este fallo fue dictado por el visitador Areche el 14 de mayo de 1781⁴⁶.

⁴⁴ Una relación más amplia puede verse en : Fernando Villamor, **La Codificación Penal en Bolivia**, Ed popular, La Paz 1977.

⁴⁵ “Fallo atento al mérito que resulta de la notoriedad de la sumaria, de la confesión y de los papeles por mi habidos, que debo condenar y condeno al dicho Julián Apaza (alias) Tupacatari, en pena ordinaria de muerte y último suplicio, y en conformidad, usando de las facultades privativas del Supremo Gobierno de Buenos Aires, que me están trasmisas (sic) por esta Comandancia General, mando que sea sacado de la prisión donde se halla, arrastrado a la cola de un caballo, con una soga de esparta al cuello, una media corzoa o gorreta de cuero y que a voz pregonera se publique sus delitos a la plaza de este Santuario, en que deberá estar la tropa tendida con las armas de su Majestad y convocase los indios concurrentes de dichas provincias, de modo que antes de la ejecución se les aplique por mi lo agradable que será ésta a Dios y al Rey como propia de la justicia y del beneficio y sosiego de ellos mismos, para que así se repare cualquiera conturbación y recelo que pueda haber.

Y que asido por unas cuerdas robustas sea descuartizado por cuatro caballos que gobernarán las de la provincia del Tucumán hasta que naturalmente muera, y hecho sea transferida su cabeza a la ciudad de La Paz, para que fijada sobre la horca de la Plaza Mayor y puesto de Quilquilli, donde tuvo la audacia de fijar la suya y sitiar los pedreros para batirla, bajo de la correspondiente custodia se quemé, después de tiempo y se arrojen las cenizas al aire. La mano derecha en una picota y con su rótulo correspondiente a su pueblo de Ayo Ayo, después al de Sicasica, donde se practique lo mismo; la siniestra al pueblo capital de Abacachi en igual conformidad, para la misma perna derecha a los Yungas y cabecera de Chulumani y la otra de Caquibiri de la Pacajes, para lo propio; y por lo respectivo a los bienes que se han hallado y se puedan hallar, declárese débense confiscar para la Cámara sin perjuicio de tercero. Y conforme la naturaleza y calidad de sus delitos de infame aleve traidor, sedicioso, asesino y hombre feroz o monstruo de la humanidad en sus inclinaciones y costumbres abominables y horribles por esta sentencia definitivamente, juzgado, así lo pronuncio mando y firmo con expresa condenación de costas que se pagarán inmediatamente al actuario.”

⁴⁶ “Mirando los remedios que exige la pronta quietud de estos territorios el castigo de los culpables, la justa subordinación al Rey y sus Ministros... debo condenar y condeno a José Gabriel Tupac Amaru, a que sea sacada a la plaza principal y publica de esta ciudad, arrastrado hacia el lugar del suplicio, donde presencie la ejecución de las sentencias que se dieron a su mujer, Micaela Bastidas, sus dos hijos Hipólito y Fernando Tupac Amaru, a su tío Francisco Tupac Amaru, a su cañado Antonio Bastidas y algunos de los principales capitanes y auxiliares de su inicua y perversa intención o proyecto, los cuales han de morir en el propio día; y concluidas estas sentencias se le cortará por el verdugo la lengua y después de amarrado o atado por cada uno de los brazos y pies con cuerdas fuertes, y de modo que cada una de estas se pueda atar a prender con facilidad a otras que prendan de las cinchas de cuatro caballos, de forma que dividido su cuerpo en otras tantas partes llevándose éste, luego que sea hora, al cerro o altura llamada Picchu, a donde tuvo el atrevimiento de venir a intimidar, sitiar y pedir que se le rinda esta ciudad, para que allí se quemé en una hoguera que estará preparada, echando sus cenizas al aire y en cuyo lugar se pondrá una lápida de piedra que exprese sus principales delitos y muerte para sola memoria y escarmiento de su execrable acción. Su cabeza

Durante la vida Republicana también se han presentado casos en los que el poder político ha usado el poder punitivo disfrazándolo judicialmente, en unos casos para calmar ánimos políticos como es el proceso penal contra los hermanos Jáuregui por el asesinato del ex presidente Pando (en el que no se enjuició a los autores intelectuales) y se condenó a pena de muerte a cuatro sentenciados, ejecutándose a uno de ellos (Alfredo Jáuregui), por sorteo en aplicación del Código penal de 1834⁴⁷ en otros para implantar una señal de prevención general, como el proceso contra el cura Catorceno por delitos contra la libertad sexual (violación). El adversario político también fue considerado en su momento un “enemigo” del sistema y aquí hay que anotar el proceso seguido en la justicia ordinaria contra el ex presidente Víctor Paz Estenssoro y otros por la comisión de varios delitos en el denominado caso “111”, durante el régimen de dictadura militar del cogobierno del General Rene Barrientos O. y del General Alfredo Ovando Candia en 1964, desconociendo por completo la Ley de Juicio de Responsabilidades contra Altos Dignatarios de Estado de 31 de octubre de 1884⁴⁸. Las dictaduras militares han utilizado al derecho penal y han judicializado la política para mantener en prisión a dirigentes

se remitirá al pueblo de Tinta, para que estando tres días en la horca, se ponga después en el palo a la entrada más publica de él; uno de los brazos al Tungasuca, donde fue cacique, para lo mismo y el otro para que se ponga y ejecute lo propio en la capital de la provincia de Carabaya enviándose igualmente y para que se observe la referida demostración, una pierna al pueblo de Livitaca en la de Chumbivilcas, y la restante al de Santa Rosa en la de Lampa, con testimonios y orden de los respectivos corregidores, o justicias territoriales, para que publiquen esta sentencia con la mayor solemnidad por bando, luego que llegue a sus manos, y en otro igual día todos los años subsiguientes: de que darán guisa instruido a los superiores gobiernos, a quienes reconozcan dichos territorios. Que las casas de éste sean arrasadas, o batidas y saladas a vista de todos los vecinos del pueblo o pueblos donde las tuviere o existan. Que se confisquen todo sus bienes, a cuyo fin se da la correspondiente comisión a los jueces provinciales. Que todos los individuos de su familia, que hasta ahora no hayan venido, ni vinieran a poder de nuestras armas y de la justicia que suspira por ellos para castigarlos con iguales rigurosas y afrentosas penas, queden infames e inhábiles para adquirir, poseer y obtener de cualquier modo herencia alguna o sucesión, si en algún tiempo quisiesen o hubiese quienes pretendan derecho a ella. Que se recojan los autos seguidos sobre su descendencia en la expresada Real Audiencia, quemándose públicamente por el verdugo en la plaza pública de Lima para que no quede memoria de tales documentos; y de los que sólo hubiese de ellos testimonio, se reconocerá y averiguará adonde paran los originales, dentro del término que se asigne, para la propia ejecución”. (Cfr. Fernando Villamor L. *La Codificación Penal en Bolivia*, Ed. Popular, La Paz, 1977, 72 y ss.).

⁴⁷ El Auto de Vista dictado por la Corte Superior de Distrito de Oruro el 5 marzo de 1927 que confirma la sentencia dictada por el Juez Primero de Partido de la ciudad de La Paz de 17 de febrero de 1925 Dr. Benedicto Tamayo, en su parte resolutive dice: **“Por tanto, y siendo innecesario el examen de la demás abundante prueba que ha sido ampliamente compulsada por el Juez primero de La Paz, se CONFIRMA la sentencia pronunciada por éste en diez y siete de febrero de mil novecientos veinticinco, con la modificación de que siendo cuatro los autores que han sido juzgados: Juan Jáuregui, Alfredo Jáuregui, Néstor Villegas y Simón Choque, debe sufrir la penal de muerte uno solo de ellos mediante sorteo, conforme a lo prescrito por el artículo cincuenta y seis del Código Penal, quedando los restantes sujetos a diez años de presidio e igual tiempo de confinamiento”**. (Una relación amplia de todo el proceso que contiene hasta la negativa de conmutación de la pena de muerte, puede verse en, F. Tomas Pabón y V. *El asesinato perpetrado en la persona del Mayor General José Manuel Pando*, La Paz-Bolivia, 1928.

⁴⁸ Formulada la excepción de declinatoria de competencia y de nulidad, el Ministerio Público de entonces, amparado en el Art. 30 de la Constitución vigente en esa época que decía. **“Los que ataquen derechos constitucionales quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria”**. Requirió por el rechazo con los siguientes argumentos: **“La Fiscalía del distrito no ha buscado finalidades políticas al requerir la organización del sumario ante el Juez Instructor. La aplicación del Art. 30 tiene un significado mucho mayor, ajeno a todo menguado interés, más bien acorde con el propósito de jerarquizar y moralizar la judicatura y a través de ella, las actividades públicas y privadas del país.** Se trata de un Magno precepto, convertido en una verdadera garantía de los derechos individuales. El legislador al tratar de asegurar el castigo de delitos que ponen en peligro la institucionalidad del país, no ha encontrado mejor medio que abrir la jurisdicción ordinaria para los delincuentes comunes agazapados en altos cargos del Estado. El Caso de Corte, por lo mismo que rodea de especiales consideraciones a los dignatarios y ex dignatarios en la práctica favorecen su impunidad. Y la impunidad echa por tierra todo nuestro andamiaje jurídico, como lo prueba los últimos años, transcurridos bajo el régimen de los encausados. El Art. 30 permitirá aplicar severa y justamente la ley contra todos los delincuentes que alegan privilegios jurídicos, después de haber conculcado los derechos de sus conciudadanos... Por lo expuesto solicito se digne Ud. rechazar la excepción propuesta por el encausado Augusto Cuadros Sánchez, al igual que la similar de Aníbal Aguilar que cursa a fs. 6 de obrados...Otorsí.- Con referencia a la nulidad planteada por Aníbal Aguilar a fs. 14 su autoridad se servirá rechazar la misma, por ser improcedente, ya que la opinión del Ministerio Público no puede ser acusada de nula, pues no constituye Resolución que cauce Estado... La Paz, 15 de diciembre de 1964...(Fdo).- Dr. Manuel Morales Dávila, Fiscal de Distrito en lo Penal. (Publicación del periódico *El Diario* de 16 de diciembre de 1964).

sindicales. El ex presidente Barrientos Ortuño mantuvo varios años en la cárcel a dirigentes mineros so pretexto de la comisión de delitos comunes. En esa época tampoco se respetó la inmunidad parlamentaria tal el caso del desafuero y enjuiciamiento penal de los diputados Quiroga Santa Cruz y José Ortiz Mercado⁴⁹.

A partir de la década de los setenta del siglo pasado la mayoría de los países latinoamericanos estuvo influida por la política exterior del imperio norteamericano en su lucha contra el comunismo. La guerra fría y el muro de Berlín, de alguna manera, se trasladaron desde el Río Grande hasta la Antártida. Los militares fueron entrenados en la Escuela Militar de las Américas y, en consecuencia había un enemigo: El extremismo de izquierda. En Bolivia, el coronel que, con un golpe de estado en 1971 se apoderó de la presidencia de la Republica con el argumento de ser defensor del nacionalismo y enemigo del extremismo de izquierda literalmente amenazaba: “**Personalmente, tengo una filosofía: al amigo, todo; al indiferente nada; y al enemigo palo**”⁵⁰. Para imponer una dictadura férrea que, inclusive, le daba filiación política a Dios, decía: “**Dios también es nacionalista y me consta, el me ha ayudado en la conducción de esta política que beneficia al país con orden, paz y trabajo**”⁵¹.

La triste realidad es que: **EL ORDEN** se impuso con fusiles, bayonetas y metralhas; **LA PAZ**, en los cementerios o en el exilio y **EL TRABAJO** en los campos de concentración y con creación de empleos con una economía ficticia basada en préstamos internacionales. En esa dictadura, la lucha contra el enemigo o el que Zaffaroni denomina **hostis alienigena**⁵², llegó al extremo de promulgar un decreto ley que es la clara muestra de violación a derechos humanos, y de conducta totalmente inconstitucional. Instrumento legal destinado en el fondo, a reprimir al enemigo político. Por su importancia considero conveniente transcribirlo:

“Considerando, que el gobierno nacionalista empeñado en lograr la reconstrucción del país en un clima de orden, trabajo y respeto a la ley, requiere de las condiciones necesarias para garantizar el desarrollo y la paz social.

Que es deber del Estado velar por su propia seguridad y de las personas e instituciones de la Republica ante la actividad delictiva de elementos antisociales.

Que es preciso reponer la pena de muerte de acuerdo a anteriores disposiciones constitucionales y tipificar y sancionar algunos delitos no previstos en nuestra legislación penal, cuya omisión pone en riesgo fundamentales derechos del hombre, garantizados por la Constitución Política del Estado.

EN CONSEJO DE MINISTROS

DECRETA:

Art. 1.- Restablécese la pena de muerte para los delitos de asesinato, parricidio y traición a la patria.

La misma pena se aplicará a los casos siguientes:

- a) El terrorismo, en cualquiera de sus formas, que provoque consecuencias fatales.
- b) Atentados contra la vida de los Dignatarios del Estado y los miembros de las Fuerzas Armadas de la Nación y del orden público, por motivaciones políticas.
- c) El secuestro de personas con el objeto de causarles algún daño físico como rehenes, proponer su canje con otras personas o su libertad a cambio de dinero o por otras concesiones o imposiciones.
- d) Alzarse en actos de guerrillas urbana o rural.

⁴⁹ A los dos ex parlamentarios, la Cámara de Diputados les dio la licencia pese a que pertenecía al Movimiento de la Comunidad Demócrata Cristiana. Fue el año 1968; a José Ortiz Mercado el Juez Primero de Instrucción en lo penal, después de recibir su declaración indagatoria, dispuso su detención preventiva en la penitenciaría de San Pedro de La Paz, recuperando su libertad con solicitud de beneficio de libertad provisional, pese a la tremenda presión del Ministerio Público, que, en ese entonces, dependía del Ministerio de Gobierno. En cuanto a Marcelo Quiroga Santa Cruz, en una actitud proba y valiente, el Juez Quinto de Instrucción en lo penal Dr. Daniel Cuba Alelí, dispuso su libertad. El proceso fue archivado, porque en abril de 1969, murió el ex Presidente Barrientos. Cfr. Martín Sivak, **El dictador elegido**, Ed. Plural, La Paz, Bolivia, 2001, Pág. 137.

⁵⁰ Ibidem. 139.

⁵² Vid. Zaffaroni, Op. Cit. 23.

Art. 2.- El Tribunal encargado de aplicar la presente Ley y el procedimiento a que debe someterse el juzgamiento de los delitos contemplados en los incisos a), b), c) y d) del Art. 1., serán establecidos mediante un Decreto Ley reglamentario.

El señor Ministro de Estado en el Despacho del Interior, queda encargado de la ejecución y cumplimiento del presente Decreto Ley.

Es Dado en el Palacio de Gobierno de la ciudad de La Paz a los cinco días del mes de noviembre de mil novecientos setenta y un años”.

Y realmente el gobierno de entonces, dio efectiva aplicación a este Decreto Ley. En efecto, a los pocos meses de su promulgación, se produjo un hecho totalmente execrable y repudiado: La violación de una niña por parte de un señor de apellido Suxo en presencia de sus hijos y la intervención de uno de ellos. Este hecho que ocasionó el clamor público sirvió para que se inicie un proceso penal que sin lugar a dudas se puede afirmar que fue el mas corto de la historia procesal penal boliviana en su tramitación en toda sus instancias y cuando llegó el momento que el Presidente pudiese usar la facultad de conmutar la pena, cual si fuese un Cesar, volcó el pulgar hacia abajo y, consiguientemente, Melquiades Suxo fue fusilado en la Penitenciaría de San Pedro en la Ciudad de La Paz. ¡¡¡Se había dado aplicación al Decreto Ley y de esta manera se conseguía el orden y la paz pregonada por el gobierno de ese entonces!!!

A partir de 1970, el flagelo de la droga invadió gran parte del planeta. Esta invasión llegó a Bolivia, país considerado hasta unos diez años productor y ahora, también se ha convertido en país consumidor. La invasión que sufrió Bolivia fue más funesta y terrible que la de Francisco Pizarro la de la Raywall Cia., de la Standard Oil, tan igual que las guerras fratricidas con países vecinos que han cercenado el territorio nacional. El país del norte, uno de los primeros del mundo en el consumo, condicionó toda ayuda económica hasta que el Estado Boliviano dicte por los mecanismos constitucionales una ley tendiente a la prevención y represión del narcotráfico. Bolivia cumplió y el 22 de julio de 1988 con el numero 1008 se puso en vigor una nueva ley referente al narcotráfico, con un catálogo de delitos que describía diferentes formas de conducta sancionándolas con penas totalmente desproporcionadas. Un procedimiento especial en el que, inconstitucionalmente, se determinaba la presunción de culpabilidad. También se establecía una política criminal para la erradicación forzosa de cultivos excedentarios en zonas no tradicionales. Pero la criminalidad no se redujo, por el contrario hubo un aumento considerable a tal punto de que el setenta por ciento de la población de las penitenciarías en todo el país lo constituyen los detenidos por narcotráfico. Para reforzar algo más, la presión obligó a que se incluya en el nuevo Código de Procedimiento penal, instituciones que resultan inexplicables constitucionalmente como las previstas por el Artículo 282 (agente encubierto) y 283 (Entrega vigilada). Pese a ello la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico (FELCN) sigue incautando toneladas tanto de sulfato base como de clorhidrato. La respuesta es clara: hay incremento del narcotráfico, porque existe cultivo excedentario de la materia prima. Esta desproporción solamente puede ser explicada porque no existe una política firme para la erradicación ya sea voluntaria y forzosa del cultivo de la coca.

Desde la década de los ochenta del siglo pasado, diferentes gobiernos democráticos también han utilizado al derecho penal para procesar y condenar a prisión a sus rivales políticos que, por coincidencia histórica, posteriormente, llegaron ser aliados en ejercicio del poder real. Para anular “*enemigo político*” se utilizó una denuncia contra un narcotraficante y por meras sospechas y con una fuerte presión de la Embajada de los Estados Unidos se procesó, condenó y mantuvo en prisión a un dirigente político opositor sin existir plena prueba de su participación en los hechos. Fue un proceso en el que prevaleció “NO EL IMPERIO DE LA LEY, SINO LA LEY DEL IMPERIO”⁵³. El Poder Judicial

⁵³ En una paradoja histórica, a los pocos años de haber conseguido que se dicte sentencia condenatoria, el mismo Gobierno que había impulsado el proceso penal, hizo acuerdos políticos para que el partido opositor, al que pertenecía el condenado, ingresara al Gobierno, poniendo un puente de olvido a los “ríos de intriga, maldad, ensañamiento y falaz persecución” que ocasionaron la condena y cogobernaron juntos. Por supuesto que el Imperio también extendió su manto de olvido y como muestra de “amistad le devolvió la visa al condenado para que, de esta, manera pueda visitar a Mickey Mouse en Walt Disney (EEUU) ¡¡¡ EL IMPERIO NO TIENE AMIGOS

que, resistió a la influencia de la Embajada de los EE.UU. y a la presión del gobierno de entonces, también fue atacado y se procesó y condenó con la Ley de Responsabilidades de 1890, al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Edgar Oblitas Fernández y al Subdecano, Dr. Ernesto Poppe Subiera, con un juicio violatorio de las reglas del debido proceso, sin prueba alguna y con una serie de presiones para obtener una mayoría de votos en el H. Senado Nacional. La sentencia se dictó el 13 de Junio de 1994 sin prueba alguna y merced a una proposición acusatoria del Fiscal de Distrito que no tenía título de abogado. Posteriormente, el H. Senado Nacional, el año 2001 rehabilitó a los dos magistrados, porque no existió un debido proceso y, consiguientemente, la sentencia fue injusta.⁵⁴

Los gobiernos populistas que, en Bolivia, es mejor denominarlos: **populacheros**, tampoco son ajenos en utilizar el poder punitivo para anular a los políticos opositores, y con las mismas armas legales, (un Código penal que tipifica figuras penales difusas como la organización criminal, la conducta antieconómica, contratos lesivos al Estado, etc., utilizando el nuevo procedimiento penal que le sirve como instrumento para violar garantías y derechos), persiguen a sus rivales, amenazando, con juicios y aplicando detenciones preventivas, sin respetar las reglas del debido proceso. Aprehensiones por agentes encapuchados fuera del horario permitido legalmente, desconocimiento absoluto a los principios de legalidad y competencia suprimiendo al juez natural. Finalmente, a través de un Decreto modifica la Ley al implantar una nueva pena en el catálogo de penas del Código penal y al modificar las reglas de la competencia, modifica el Procedimiento penal. De esta manera se tiene atemorizado al enemigo político, con un Ministerio Público totalmente subordinado al Ejecutivo, en su más alto nivel y un poder judicial con acefalías y funcionando con magistrados, cuya designación fue consecuencia de consensos políticos. Sin embargo, el poder económico sigue vigente. Se cita el ejemplo anecdótico de que un individuo es procesado y sancionado por el robo de una garrafa de gas y los que han negociado millones de toneladas de gas y, por ende han sustraído dolosamente al Estado boliviano este recurso nacional, gozan de impunidad; se procesa y condena al contrabandista hormiga de garrafas de gas pero se mantiene a la impunidad de empresas transnacionales que realizan el contrabando de millones de metros cúbicos, ninguno de los personajes responsables están detenidos. A este respecto debo reconocer el nítido razonamiento del profesor Zaffaroni quien textualmente dice: *“Los políticos optan por montarse sobre el aparato autista y sancionar leyes penales y procesales autoritarias y violatorias de principios y garantías constitucionales, prever penas desproporcionadas o que no pueden cumplirse porque exceden la vida humana, reiterar tipificaciones y agravantes en marañas antojadizas, sancionar actos preparatorios,*

DURADEROS, PERO CUANDO EXTIENDE SU PODERÍO CONSIDERA, A QUIENES SE LE OPONEN: ENEMIGOS, contra los que emplea todo su poderío.

⁵⁴ El H. Diputado Nacional, Don Edil Sandoval Morón que durante la sustanciación de juicio de responsabilidades ejerció la presidencia de la comisión investigadora y cabeza de la comisión fiscal acusadora luego de evidenciados los hechos y después de una profunda reflexión reconoció públicamente tener un cargo de conciencia y en una intervención en la H. Cámara de Diputados dijo lo siguiente: **“...Ahora quiero en lo personal decir unas pocas palabras, particularmente a mis compañeros de partido por la situación personal que me ha tocado vivir y atravesar en esta situación. A mi edad a lo único que aspiro es ser un hombre justo. Ser injusto es muy fácil, y quiero decirles a mis compañeros de partido honorables diputados, que han recibido, como me consta, una instrucción de mi partido.**

Instrucción que la respeto pero no la acato por las decisiones y las explicaciones que me permití dar en el Comité Ejecutivo Nacional. Soy un hombre que ha sufrido como otros miembros de la Cámara de Diputados la injusticia en carne propia y es por esta razón que no puedo darme el lujo de ser injusto...TENGO YO UN CARGO DE CONCIENCIA Y LO DIGO EN BENEFICIO DE UN DESCARGO HISTÓRICO Y DE UNA EXPLICACIÓN A LOS QUE VIENEN DETRÁS DE MI, A MIS HIJOS Y A MIS NIETOS. TENGO UN CARGO DE CONCIENCIA CON EL JUICIO DE RESPONSABILIDADES A LOS MAGISTRADOS, SITUACIÓN EN LA CUAL, POR PRIMERA VEZ ME TOCO ESTAR EN LA CALIDAD DE JUZGADOR, PUES YO NO HE JUZGADO, AL CONTRARIO Y CURIOSAMENTE EL DESTINO ME HA SEÑALADO SIEMPRE EL PAPEL DE DEFENSOR Y SIEMPRE DE DEFENSOR SOLITARIO..., PERO LES DECÍA COMPAÑEROS QUE TENGO UN CARGO DE CONCIENCIA Y ES, LO QUE ME PREOCUPA HACIA DELANTE, EL JUICIO DE RESPONSABILIDADES, QUE HA RESULTADO A ESTAS ALTURAS CON QUE EL PRINCIPAL DENUNCIANTE, EL SR. IBARRA HA FUGADO DEL PAÍS, Y LO A HECHO CON AYUDA DE ALGUIEN, QUE NO SABEMOS TODAVÍA, PERO EL PRINCIPAL DENUNCIANTE ESTA FUERA DEL PAÍS Y ESO REALMENTE COMPAÑEROS ME APRETIJA EL CORAZÓN Y EL PRINCIPAL ACUSADOR EL FISCAL DE DISTRITO DE LA PAZ, RESULTA QUE ES UN ABOGADO SIN TITULO”

desarticular los códigos penales, sancionar leyes penales inexplicables por presiones extranjeras, ceder a las burocracias internacionales que buscan mostrar eficacia, introducir instituciones inquisitorias, regular la prisión preventiva como pena y, en definitiva, desconcertar a los tribunales mediante la moderna legislación penal cool, sin contar con otros muchos folklorismos penales, como pretender penar por encubrimiento a los familiares de víctimas de secuestro que no denuncien o que paguen el rescate exigido.

Esta legislación constituye el capital mas triste de la actualidad latinoamericana y el mas deplorable de toda la historia de la legislación penal en la región, en que políticos intimidados por la amenaza de una publicidad negativa provocan el mayor caos legal autoritaria-incomprensible e irracional que haya tenido lugar en la historia de nuestras legislaciones penales desde la independencia”⁵⁵.

Todo lo anteriormente señalado me inclina a la afirmación que es innegable que existe un derecho penal excepcional totalmente opuesto a un derecho penal liberal propio de un Estado Social Democrático de Derecho y esta excepcionalidad la tenemos establecida en Bolivia en legislación positiva vigente: organización criminal, terrorismo, ley de narcóticos, agente encubierto, entrega vigilada. Lo reconoce Muñoz Conde, cuando dice: *“Este tipo de Derecho penal excepcional, contrario a los principios liberales del Estado del Derecho e incluso a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y declaraciones internacionales de derechos humanos, empieza a darse también en los Estados democráticos de Derecho, que acogen en sus constituciones y textos jurídicos fundamentales principios básicos del Derecho penal material del Estado de Derecho como el de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y, sobre todo, los de carácter procesal penal, como el de presunción de inocencia, debido proceso y otras garantías del imputado en un proceso y otras garantías del imputado en un proceso penal. El tráfico de drogas, el terrorismo y el fantasma de la criminalidad organizada han sido los problemas que han dado y están dando lugar a este tipo de Derecho penal excepcional”⁵⁶.*

Para concluir, creo necesario una reflexión sobre la legitimidad de un Derecho penal del Enemigo. Si se ha manifestado que no son dos polos, sino que es un derecho excepcional que existe hace mucho tiempo y que es aplicado a todos aquellos que son marginados de los procedimientos jurídicos regulares porque sus características no responden al orden constitucional, sin embargo en algunos casos se aplican normas punitivas que exceden en su reacción y por cierto no son nada jurídicas, por ejemplo el dicho de que *“al enemigo se le combate y se le caza vivo o muerto”* o lo que actualmente se pregona de que *“no hay mejor terrorista que el terrorista muerto”*. El Derecho penal no es una respuesta satisfactoria para una criminalidad que ha centrado la atención desde hace dos décadas y en este sentido tiene sobrada razón el profesor Pastor cuando dice: *“desde el derecho penal no se puede hacer casi nada para evitar la guerra, los atentados suicidas, las masacres o las violaciones masivas de los derechos humanos. Solo podemos afirmar que una vez producido un delito, exclusivamente podemos aplicar un derecho penal liberal, el único posible, a todo sospechoso y a todo autor que, aunque pueda resultar una ficción jurídica más (como la dignidad humana, la libertad y la igualdad), deberá ser tratado como imputado y como condenado, y no como amigo ni como enemigo, con independencia de que respecto de él se puedan alcanzar o no expresamente las funciones de la pena: se le debe tratar como ciudadano aunque de hecho tal vez no lo sea”⁵⁷.* El terrorismo, indudablemente, se tiene que combatir de la manera más eficaz pero no a través del Derecho penal. Esto corresponde a los sistemas políticos internacionales para tratar de conseguir la paz mundial. El narcotráfico debe ser combatido con una política criminal tendiente a reducir hasta el mínimo posible el cultivo de la materia prima, implantar una política de educación capaz de concienciar del peligro que causa el consumo de la droga. La organización criminal que hunde sus raíces en la corrupción puede ser de alguna manera moderada, buscando la eficiencia de quienes manejan los intereses de Estado, y esta no se consigue precisamente rebajando el nivel de salarios. Los avances modernos de la tecnología pueden de alguna manera rebajar el nivel de

⁵⁵ Cfr. Ob. Zaffaroni, 77.

⁵⁶ Op. Cit. 40.

⁵⁷ Cfr. Daniel Pastor, **El derecho penal del Enemigo...**, Cit. 808.

delincuencia que ocasiona el uso indiscriminado de la cibernética. Un uso adecuado del avance científico, podrá regular la manipulación genética, si se normativiza eficazmente. La delincuencia sexual hay que enfocarla desde un punto de vista sociológico y psicológico, paralelamente a una política pedagógica eficiente. No solamente se debe “descolonizar la educación”, sino más bien hacerla mas idónea con reafirmación de valores civiles y morales que tanta falta hace a nuestra niñez y juventud. El uso indiscriminado de medios de comunicación social visual y auditiva aumenta la violencia y la agresividad, provoca a incentivar el instinto sexual de tal manera que la libido en sus aberraciones y exageraciones sea considerada como un “hecho normal”. No se ha logrado rebajar el índice de la delincuencia sexual con la promulgación de la Ley No. 2033 de octubre de 1999, porque si bien se ha establecido un Derecho penal simbólico modificando figuras penales como el caso de considerar violación, la introducción de cualquier objeto en orificio anal o vaginal, no ha rebajado el índice de esta criminalidad. Por lo otra parte, la Ley de Trafico de Personas, recientemente promulgada ha puesto en evidencia que desde hace tiempo se vienen comerciando con las personas reduciéndolas a un estado análogo a la de la esclavitud y lo que es peor, a un trafico de órganos. La deficiencia se halla aquí en una tremenda debilidad de la Policía Nacional por una enorme carencia de recursos económicos y humanos. Un Ministerio Público sin el apoyo de recursos económicos necesarios para dirigir funcionalmente la investigación.

Por todo lo anterior, se puede afirmar que el Derecho penal tiene que ser la ultima **ratio** y en la creación o modificación de figuras penales se debe buscar una proporcionalidad en la fijación de la pena de tal manera de que tenga el efecto de prevención general positiva. Las garantías constitucionales tendrán vigencia, cuando el proceso penal se adecúe a éstas. En este sentido se pronuncia el profesor Zaffaroni quien afirma que: “*lo que el derecho penal debe hacer, después de constatar los defectos, es ejercer al máximo –optimizar- el ejercicio del poder jurídico de contención para reducirlos y eliminarlos. La resistencia jurídico-penal a al admisión del concepto de enemigo en el estado de derecho deber ser frontal, aunque las limitaciones del poder jurídico en ese momento no permitan eliminarlo*”⁵⁸.

Finalmente, podemos coincidir con la tesis de Jakobs de que existen reglas de excepción en la aplicación de **ius puniendi** que se han aplicado en ocasiones especiales y que modernamente constituyen un instrumento jurídico permanente. La gran labor del profesor de Bonn, es habernos llamado la atención de que realmente existe; pero en mi confesado poco entendimiento de la profundidad de este notable penalista alemán, no creo que nos de una solución posible, salvo, claro esta, su afirmación de que “en el derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la *contradicción*; en el *Derecho penal del Enemigo la eliminación de un peligro*. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimas”.

Si se formula una política criminal eficaz para la prevención de estos tipos penales que engrosan el denominado Derecho penal del Enemigo, probablemente se podrá reducir esta criminalidad. Y si hay comisión de este tipo de delitos lo que corresponde es individualizar a los responsables, juzgarlos, condenarlos y hacerles cumplir la pena. Por lo demás las sanciones para estos delitos en la mayoría de las legislaciones penales del mundo son elevadas. Hay que extremar recursos para seguir manteniendo un Estado Social Democrático de Derecho. No creo que pueda seguir sosteniéndose la legitimidad de un Derecho penal del Enemigo. Por el contrario si no se adoptan determinaciones acordes con la dignidad del hombre estaríamos engrosando las filas de **LOS ENEMIGOS DEL DERECHO PENAL**.

⁵⁸ Cfr. Raúl Zaffaroni, Op. Cit, 175.