

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU IMPACTO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS DEL PROCESADO

THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AND ITS IMPACT ON THE RIGHTS AND GUARANTEES OF THE PROCESSED

Autor: MSc. Dante Ojopi Alquiza

Presentado: 02 de mayo de 2022, Aceptado: 27 de septiembre de 2022

RESUMEN

El presente artículo se centra en el Derecho Penal del Enemigo en la Legislación boliviana, mismo que se concentra en dos puntos importantes los cuales son los delitos de corrupción y los delitos en razón de Género tanto en el ámbito sustantivo como adjetivo y su incidencia en los derechos y garantías de los procesados.

ABSTRACT

This article focuses on the Criminal Law of the Enemy in Bolivian Legislation, which focuses on two important points which are corruption crimes and crimes based on Gender both in the substantive and adjective spheres and their incidence in the rights and guarantees of the processed.

PALABRAS CLAVE. Derecho Penal del Enemigo / derechos / garantías / corrupción / violencia.

KEYWORDS

Criminal Law of the Enemy / rights / guarantees / corruption / violence.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación aborda un tema que podríamos denominar ya una moda: el Derecho penal del enemigo. Se estudiará sus presupuestos fundamentales, su formulación inicial, sus manifestaciones y sus efectos especialmente visibles en los derechos y garantías propias del procesado o encausada en un proceso penal. Valga aclarar que nos referiremos especialmente a la legislación boliviana y como la política criminal de los últimos años puede ser explicada a partir de esta tendencia y, también que, por cuestiones de espacios y porque amerita una investigación más profunda, no se estudiará todas las manifestaciones visibles, sino solo las que a juicio del autor son las principales.

2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El desarrollo del presente trabajo se basó esencialmente en una investigación jurídica dogmática para el estudio de fuentes formales de carácter histórico, interpretativo y exploratorio. También la investigación opta por un enfoque descriptivo para la descripción del objeto de estudio: el Derecho penal del enemigo. Asimismo, se abordó un enfoque cualitativo para el estudio de la realidad a partir de las modificaciones legales producidas tanto en las leyes penales especiales como en las generales.

3. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Con este Derecho penal del enemigo, como dice Muñoz Conde, «el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos conminando sus delitos con penas draconianas recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico». (2005:16).

Entre las características de este Derecho penal del enemigo es preciso introducir dos elementos adicionales detectados por Cancio Meliá: «en primer lugar, más allá de la mera anticipación de la barrera de punición cabe detectar que en algunas ocasiones no se incriminan “hechos” propiamente dichos, sino conductas cuya relevancia reside sobre todo en su contenido simbólico. Por otro lado, en segundo lugar, también se advierten peculiaridades en la técnica de redacción de estas infracciones: frecuentemente se utilizan términos tan vaporosos y ambiguos que se genera la sensación de que el legislador ha querido eludir conscientemente las “complejidades” derivadas del mandato de determinación que conlleva el principio de legalidad”. (2001;21).

Así que las manifestaciones más características del Derecho penal del enemigo son:

- *Adelantamiento de la barrera de punibilidad, lo cual implica la adopción de una perspectiva prospectiva con referencia al hecho futuro en lugar de una orientación retrospectiva que fija su visión hacia el hecho cometido tal como ha sido característico hasta hoy en el Derecho penal.*
- *Notable incremento de penas con respecto a delitos del Derecho penal normal, aunque luego quepa preguntarse qué es el Derecho penal normal.*
- *Relajación o supresión de garantías procesales individuales.*
- *Incriminación de conductas cuya relevancia reside sobre todo en su contenido simbólico.*
- *Deficiencias en la técnica de redacción de los tipos penales en los que frecuentemente se utilizan términos de difícil especificación que no guardan respeto al mandato de determinación derivado del principio de legalidad penal.*

Como hemos podido advertir hasta ahora, el Derecho penal del enemigo ha sido, en principio, una formulación doctrinal, específicamente la descripción de un fenómeno legislativo que ha estado presente en las legislaciones con carácter bastante excepcional, pero que bajo el manto de la legalidad se ha introducido actualmente en las legislaciones como una política criminal basada en la confrontación y lucha contra aquellos hechos delictivos que son percibidos como más graves o contra los cuales se requiere una intervención más decidida por parte del Derecho penal. No contamos con datos suficientes para sostener que el legislador sea consciente de que en realidad esté aplicando una formulación diseñada exclusivamente a modo de guía de la producción legislativa. En realidad, parece que el legislador siempre ha optado por estas estrategias político criminales que poco a poco van socavando los pilares del Derecho penal de corte liberal y garantista. A todo penalista comprometido con la defensa de los derechos y libertades le queda sabor a poco al ver que el legislador hace caso omiso por más defensa que se haga de los derechos y garantías inspiradoras del Derecho penal.

Es decir, al parecer la posición doctrinal de reivindicación de ese buen derecho penal ya no genera el efecto esperado.

El legislador boliviano no es ajeno a esa tendencia expansionista del Derecho penal y podemos rastrear en nuestra legislación varios ejemplos claramente identificados de excepcionalidad en la aplicación del derecho. Solo vamos a concentrarnos en dos sectores bastante pronunciados: los delitos de corrupción y los delitos en razón de género.

3.1. Algunas manifestaciones del Derecho penal del enemigo en la legislación penal boliviana

3.1.1. Derecho penal del enemigo en los delitos de corrupción

Uno de los ámbitos que más ha sido objeto de reformas en los últimos años en materia penal fue el relacionado al fenómeno de la corrupción. El término corrupción ha presentado diversas matizaciones. De ahí que Ciro Añez (2011: 28), señala que la corrupción tiene un enfoque multidisciplinario de allí es que existen numerosos estudios y análisis con diferentes y variados puntos de vista. La corrupción en nuestro ordenamiento jurídico, tal como reconoce este autor, es predominantemente entendida bajo la noción del soborno, abarcando un cúmulo de acciones conducentes a causar intencionadamente un perjuicio económico al Estado.

Desde la primera gestión presidencial del señor Evo Morales, se ha declarado una encarnizada lucha contra aquellos personajes que se enriquecieron a costa del pueblo. Desde luego que tales reformas han sido recibidas con agrado por parte de la población y por profesionales relacionados al ámbito jurídico. Estas reformas vienen a ser producto de un discurso populista que en últimas lo que persigue es obtener réditos políticos ofreciendo soluciones simbólicas a problemas que requieren otros medios para su evitación generalmente de carácter social y económico. Todo ello se logra a través de representar a un sector de la sociedad, en este caso y, en principio, los poderosos corruptos como los enemigos del pueblo a los que se debe enfrentar con las armas de que dispone el estado.

Veamos las manifestaciones concretas:

a) El régimen de «imprescriptibilidad» de los delitos de corrupción

Desde la CPE se ha ido resaltando de manera expresa que los delitos de corrupción son «imprescriptibles», esto es, que no cabe la aplicación del régimen de prescripción en ellos, que el Estado tiene la posibilidad de perseguir tales delitos en cualquier momento. No importa que hayan pasado 20 o más años desde la comisión del hecho, el Estado se arroga la facultad de no cesar en su “interés” de perseguirlos.

Ahora bien, el art. 112 CPE establece:

“Los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico al Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad.”

El art. 105 de la Ley 004, Marcelo Quiroga Santa Cruz, dispone que “no procederá la prescripción de la pena, bajo ninguna circunstancia, en delitos de corrupción”.

Ya de entrada, y teniendo en cuenta que el régimen de prescripción comúnmente ha sido considerado como una garantía de seguridad jurídica para el individuo,

quien no tiene por qué verse siempre en la expectativa de que el estado se arroge cuando quiera la facultad de perseguir un delito sin importar el paso del tiempo. Y tomando en cuenta que este principio de seguridad jurídica tiene estrecha conexión con el principio de legalidad, entonces su vulneración también acarrearía problemas con relación a este último principio; lo que hace más que dudosa la constitucionalidad de disposiciones como la última de la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, pero aun cuando en la misma Constitución Política del Estado se establece el principio de igualdad, y en virtud a este principio pues no podría explicarse, al menos no de una manera plenamente convincente por qué el trato diferente entre los acusados de corrupción con respecto a los demás. Por lo que, en este punto, se puede apreciar una diferenciación entre sectores que merecen más castigo que otros; lo que es Derecho penal del enemigo. El desarrollo del “enemigo corrupto” en Bolivia tiene un diagnóstico similar al que Ferrajoli y Zaffaroni hacen para el “enemigo terrorista” cuando señalan que 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 (2007:7).

Las disposiciones relativas a delitos de corrupción no se agotan ahí. Ahora pasemos a otra característica del Derecho penal del enemigo: las penas desproporcionadas.

b) Penas desproporcionadas para el enemigo corrupto

La Ley 004 de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas, Marcelo Quiroga Santa Cruz, de 31 de marzo de 2010, es el texto normativo en el que se reúnen la mayor parte de los delitos que podrían ser considerados como de corrupción. Una característica de esta ley es que establece penas absolutamente desproporcionadas con respecto al grado objetivo de puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado. Ejemplos:

El art. 26 de dicha Ley establece:

“Artículo 26. (Uso indebido de Bienes y Servicios Públicos). La servidora pública o el servidor público que en beneficio propio o de terceros otorgue un fin distinto al cual se hallaren destinados bienes, derechos y acciones pertenecientes al estado o a sus instituciones, a las cuales tenga acceso en el ejercicio de la función pública, será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años.

Si por el uso indebido, el bien sufre deterioro, destrozos o pereciere, la pena será de tres a ocho años y reparación del daño causado.

La pena del párrafo primero será aplicada al particular o servidor público que utilice los servicios de personas remuneradas por el estado o de personas que se encuentren en cumplimiento de un deber legal dándoles un fin distinto para los cuales fueron contratados o destinados”.

Esta disposición que constituye un delito especial tiene abiertas un conjunto de supuestos encuadrables dentro de su ámbito. Esos supuestos van desde los más insignificantes hasta otros de alto grado de gravedad. Por ejemplo, si un funcionario público de un Gobierno Autónomo Municipal que tiene bajo su cargo el automóvil de transporte oficial decide llevar a su hija al colegio, según el tenor literal, puede ser sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años.

Y si por una imprudencia daña dicho vehículo, entonces la pena oscilaría de tres a ocho años de prisión. Ciertamente, este castigo resulta evidentemente desproporcional con la entidad del daño, además que el mantenimiento de conductas como estas en el Código Penal, ya de por sí, genera la duda sobre si no hubiese sido más conveniente prohibirla en otros ámbitos como el administrativo, por ejemplo. De lo expuesto verificamos que esta conducta presenta problemas con dos principios informadores del Derecho penal: el de proporcionalidad de las penas con relación al daño, el de fragmentariedad y última *ratio* del Derecho penal.

Ahora bien, es cierto que las conductas expuestas en los ejemplos podrían ser desechadas del ámbito penal con expresa invocación del principio de insignificancia que opera como causa de atipicidad de la conducta o la antijuridicidad material (que, en sí, y partiendo de la aceptación de la teoría de los elementos negativos del tipo, generarían el mismo efecto: atipicidad de la conducta). Pero no debemos olvidar que, en Bolivia, los funcionarios encargados de la administración de justicia, en su gran mayoría, no se encuentran suficientemente preparados académicamente en teoría del delito, muchos ni siquiera saben de qué se les habla cuando se alegue una causa de atipicidad. Ello es algo que, a la vista de la posibilidad de exclusión de la conducta, no podría resultar viable. La crisis del Sistema Judicial, en parte, obedece a la deficiente preparación académica de los encargados de la administración de Justicia, tanto Jueces como Fiscales (que son los que toman las decisiones que comprometen la libertad del ciudadano) se encuentran dentro del ámbito de esta crítica. Por ello, aquellos que alegarían que las conductas señaladas como ejemplo no serían ni siquiera típicas tendrían que mirar en qué realidad postulan ello. Claro que esta postura no se trata de una resignación, es la constatación de una realidad. Una realidad en la que los Fiscales y Jueces deciden mover todo el aparato jurisdiccional del estado tan solo por perseguir delitos insignificantes o de bagatela. Así que no sería una sorpresa si algún día los medios de comunicación social informan acerca de la acusación contra un funcionario que decidió llevar a su hija al colegio y la falta de acusación en casos en los que una sola persona se llevó millones de dólares que pertenecen a la sociedad.

Otro tipo penal muy cuestionable desde el punto de vista de un Estado Democrático y de Derecho es el denominado Enriquecimiento Ilícito, previsto en el art.27 de la Ley 004:

“Artículo 27. (Enriquecimiento Ilícito). La servidora pública o servidor público que hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser justificado será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente”.

Consideramos que los delitos de enriquecimiento deben ser castigados y ello en la vía penal, pero la lógica en la que se inserta el tipo penal de enriquecimiento ilícito viene a ser una muestra más de las manifestaciones del Derecho penal del enemigo. En este tipo penal se sanciona a aquel servidor o servidora público que hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos y que no pueda ser justificado. O sea, se incurre en una inversión de la carga de la prueba en contra del procesado, que es quien al final debe justificar aquel incremento en su patrimonio del que se le acusa.

Este tipo penal sugiere una lógica inversa a la que es válida en los demás casos en los que es el acusador quien tiene la carga de la prueba. Y es que debe ser así: el art. 6 CPP establece que «La carga de la prueba corresponde a los acusadores y se prohíbe toda presunción de culpabilidad», y lo que el legislador hace, en este tipo penal, es precisamente todo lo prohibido. Se le dice al procesado: Mientras no justifiques el incremento económico del que te acusamos, eres culpable. O sea, se invierte la prueba en contra del acusado, quien, si al final, no consigue justificar la fuente lícita de sus ingresos que desembocaron en el incremento patrimonial, es sentenciado a la pena de privación de libertad de cinco a diez años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.

Y es que es raro que hasta hoy no se hayan pronunciado en el país las voces que dicen ser las más autorizadas, tanto en el ámbito penal como en el constitucional. Este tipo penal contiene disposiciones que van en contra de los principios de proporcionalidad y presunción de inocencia. Este tipo penal es claramente inconstitucional.

Ahora bien, si recordamos la lógica del Derecho penal del enemigo, pues es este un modo de luchar contra el enemigo corrupto. Se pretende conseguir eficacia en la persecución y sanción del delito a costa de barrer con garantías y derechos inherentes al imputado. Luego, el Ministerio Público y el Ministerio de Transparencia, en sus páginas oficiales, publican el número de sentencias obtenidas por delitos de corrupción, como si ello solucionase de algún modo el fenómeno: datos expuestos solamente para mantener una «buena» imagen ante la sociedad.

Este modo de proceder quebrante, al modo de ver del autor de este trabajo, el derecho a ser juzgado en plazo razonable y la garantía de proporcionalidad de las penas.

Por todo lo anterior, también concluimos que este tipo penal es otra muestra de las manifestaciones del Derecho penal del enemigo en Bolivia. Como se pudo apreciar de esta pequeña muestra, el Derecho penal del enemigo tiene sus manifestaciones más claras en las normas relativas a la represión de conductas consideradas de corrupción y tienen como consecuencia el arrastre de principios y derechos fundamentalísimos como el de legalidad, presunción de inocencia, culpabilidad, proporcionalidad y los derechos de ser juzgado en un plazo razonable.

Este diagnóstico coincide en sus líneas generales con el vigente en la doctrina penalista boliviana; así Ciro Añez señala que la Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas (Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010) nace con ciertos matices, vinculada a la cuestionada y rebatida teoría de Gunther Jakobs (1985) sobre el Derecho penal del enemigo, haciendo referencia al delito de legitimación de ganancias ilícitas y las distintas creaciones jurisprudenciales para justificar las nuevas novedades legislativas. También resulta interesante las líneas que este autor dedica a la denominada Derecho penal del amigo (2013: 25 y ss.).

3.1.2. Derecho penal del enemigo en los delitos en razón de género

Bajo el concepto de maltratador insertamos al hombre que realiza actos de violencia, en sentido amplio, contra una mujer. Estos actos pueden ser de distinta naturaleza y pueden ir desde los insultos hasta la muerte, que en este último caso es calificado como feminicidio. Veamos algunas disposiciones con respecto a este otro enemigo de la sociedad boliviana.

a) Disposiciones en el ámbito sustantivo

La Ley 348, para Garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, de 9 de marzo de 2013, que será objeto de consideración mayoritaria en este apartado, nació con el objetivo de garantizar a todas las personas, en particular a las mujeres, el derecho a no sufrir violencia física, sexual y/o psicológica tanto en la familia como en la sociedad. (art. 1 Ley 348). Tiene como objeto establecer mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención, protección y reparación a las mujeres en situación de violencia, así como la persecución y sanciones a los agresores, con el fin de garantizar a las mujeres una vida digna y el ejercicio pleno de sus derechos para vivir bien. (art. 2 Ley 348).

Quizás el tipo penal más polémico fue el de feminicidio, previsto en el art. 252 bis CP. Polémico porque el legislador depositó su confianza en que la incorporación de este tipo penal, asignándole la pena máxima prevista en nuestro ordenamiento jurídico, tendría el efecto disuasorio suficiente como para reducir la tasa de feminicidios en Bolivia: gran mentira, falsa ilusión. Los pocos datos estadísticos con los que se cuenta muestran absolutamente lo contrario. Y es que los gobernantes no deberían mentir a la sociedad prometiendo la solución o aminoración de un problema sólo con medidas legislativas de carácter jurídico-penal. Y es que enfrentar estos fenómenos sociales requiere de otras medidas, y pensamos que, en el caso, en general, de la violencia contra la mujer, deben ser eminentemente de carácter social educativo y económico. Una muestra de la absoluta ineficacia de esta norma es la cantidad de feminicidios perpetrados en nuestro país: a la fecha de suscripción de este trabajo, en Bolivia se han registrado 29 feminicidios.

El art. 252 bis CP viene a ser inútil cuando no genera el efecto preventivo esperado por los legisladores (quizás conscientes de ello y acostumbrados a ofrecer soluciones simbólicas a la sociedad), y es paradójico que, teniendo el tipo penal de asesinato u homicidio intencional, se haya incorporado otro tipo penal que viene a sancionar actos que perfectamente podrían ser encuadrados en el ámbito del tipo penal de asesinato.

El art. 252 bis CP establece:

“Artículo 252 bis. (FEMINICIDIO). Se sancionará con la pena de presidio de treinta (30) años sin derecho a indulto a quien mate a una mujer en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- 1. El autor sea o haya sido cónyuge o conviviente de la víctima, esté o haya estado ligada a ésta por una análoga relación de afectividad o intimidad, aun sin convivencia;*
- 2. Por haberse negado la víctima a establecer con el autor, una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad;*
- 3. Por estar la víctima en situación de embarazo;*
- 4. La víctima que se encuentre en una situación o relación de subordinación o dependencia respecto del autor, o tenga con éste una relación de amistad, laboral o de compañerismo;*
- 5. La víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad;*
- 6. Cuando con anterioridad al hecho de la muerte, la mujer haya sido víctima de violencia física, psicológica, sexual o económica, cometida por el mismo agresor;*

7. Cuando el hecho haya sido precedido por un delito contra la libertad individual o la libertad sexual;

8. Cuando la muerte sea conexa al delito de trata o tráfico de personas;

9. Cuando la muerte sea resultado de ritos, desafíos grupales o prácticas culturales.”

Nosotros somos contrarios a la técnica de algunos legisladores de pretender pronunciar de manera expresa todos los supuestos en los que cabe hablar de la comisión propiamente del tipo penal en cuestión. En el art. 252 bis CP, se hace la enunciación de 11 supuestos de manera amplia cuya concurrencia implica la comisión del delito de feminicidio. Los problemas surgen cuando se da un caso de muerte a una mujer con supuestos diferentes a los contemplados en los 9 incisos del art. 252 bis CP. En este caso, no quedaría más opción que remitirse al tipo penal de asesinato. Por ello, consideramos que legislativamente no resulta preferente procurar una enunciación específica de todos los supuestos en los que es posible la realización del hecho típico. Por ejemplo, en el § 211.2 del StGB Alemán (Código Penal alemán) se define el asesinato de la siguiente manera: «(2) asesino es quien por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o encubrirlo, mata a un ser humano».

Y es que el Derecho penal del enemigo opera bajo la lógica de la creación de un Derecho penal diferente (o de diferente intensidad) al Derecho penal que algunos autores llaman de la “normalidad”. No en vano los intentos de definición teórica del Derecho penal del enemigo subrayan que, como por ejemplo hace Portillas Contreras, el enemigo es un ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización ha abandonado no de forma incidental, sino duradera, por lo que no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta (2004: 44).

Otro tipo penal bastante curioso es el de actos sexuales abusivos previsto, ahora, en el art. 312 bis CP bajo el siguiente texto:

“Artículo 312 bis. (ACTOS SEXUALES ABUSIVOS). Se sancionará con privación de libertad de cuatro (4) a seis (6) años, a la persona que, durante la relación sexual consentida, obligue a su pareja o cónyuge a soportar actos de violencia física y humillación.

La pena se agravará en un tercio cuando el autor obligue a su cónyuge, conviviente o pareja sexual a tener relaciones sexuales con terceras personas.”

Primero, aclaremos que este tipo penal puede ser realizado tanto por un hombre como por una mujer. La Ley 348, aunque desde su denominación haga referencia a que se pretende «garantizar a las mujeres una vida libre de violencia» es aplicable a ambos sexos. Así lo establece el art. 5.IV de la misma ley que determina: «Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a toda persona que, por su situación de vulnerabilidad, sufra cualquiera de las formas de violencia que esta ley sanciona, independientemente de su género».

Partiendo de ello, las acciones típicas consistirían en obligar a la pareja o cónyuge a soportar actos de violencia física y humillación durante una relación sexual consentida. Delimitemos, los sujetos pasivos sólo pueden ser la pareja o cónyuge y nadie más.

Ello significa que, en el caso de que durante el transcurso de una relación sexual consentida entre un hombre con una mujer que no sean pareja, el hombre obligue a la mujer a soportar actos de violencia física, por ejemplo, maltratándola con un látigo, este no podría ser castigado por la comisión de este tipo penal de actos sexuales abusivos sino que tendría que recurrirse a uno de los tipos penales que regula las lesiones cuya pena, en caso de ser graves, recién se equipararía a la de este tipo penal. Ahora, si las lesiones inferidas a la víctima solamente serían consideradas como leves, la pena a imponer al autor sería de uno a tres años de prestación de trabajo, mientras que en caso de que la víctima sea pareja o cónyuge, es decir, que pertenezca al círculo de posibles sujetos pasivos del delito, la pena, aunque la lesión fuese mínima, oscilaría entre los 4 a 6 años de privación de libertad. Esa es una muestra de que también a través de esta ley se quiebra la igualdad entre las mismas mujeres a las que se supone pretende garantizar una vida libre de violencia. Aunque ello también es dudoso, porque hasta hoy los hechos han demostrado que la incorporación de un tipo penal llamado feminicidio, que comentamos anteriormente, no ha servido de nada más que para ganar réditos políticos, pues el fenómeno ha ido en aumento y eso es algo innegable.

b) Derecho procesal penal para el enemigo maltratador

En cuanto estudiamos el Derecho procesal penal diseñado para el enemigo maltratador lo primero que sale a la vista es la prohibición de conciliación establecida en el art. 46 de la Ley 348 bajo el siguiente texto:

“ARTÍCULO 46. (PROHIBICIÓN DE CONCILIAR).

I. La conciliación está prohibida en cualquier hecho de violencia contra las mujeres que comprometa su vida e integridad sexual. Ninguna institución receptora de denuncias ni su personal podrá promover la conciliación ni suscripción de ningún tipo de acuerdo entre la mujer y su agresor, bajo responsabilidad.

II. En los casos no previstos en el párrafo anterior, el Ministerio Público deberá imponer las medidas de seguridad que sean necesarias a fin de preservar la integridad física, psicológica y sexual de las mujeres.

III. No se reconoce la conciliación bajo presión a la víctima o para evitar carga procesal bajo responsabilidad funcionaria.

IV. Excepcionalmente, la conciliación podrá ser promovida únicamente por la víctima sólo por única vez y no siendo posible en casos de reincidencia”.

En esta disposición se establece la prohibición de realizar la conciliación en cualquier hecho de violencia contra las mujeres, que comprometa su vida e integridad sexual. Lógicamente, se comprende que no es vinculante para los hechos en los que el hombre sea víctima de delitos contra la vida e integridad sexual que, como vimos, también son integrables dentro el ámbito de protección de esta ley. Pero esta «protección» resulta ser sólo aparente, es un fraude de etiquetas. Aunque por nuestra parte tampoco nos encontramos de acuerdo con esta prohibición porque va en contra de un principio que enuncia la misma ley y la Constitución: la cultura de paz. Y esto se traduce en la posibilidad de que los sujetos (hombre y mujer) resuelvan sus conflictos mediante el diálogo, lo que da lugar a la búsqueda y aplicación de salidas alternativas al proceso. Pero lo que sucede es que el mismo legislador, al prohibir la conciliación, está obligando a las partes a seguir con la contienda, aunque ellos no lo deseen así.

Finalmente, el art. 239 CPP también dispone que la cesación de la detención preventiva por duración máxima no proceda en delitos de feminicidio; situación similar a la establecida para los procesados por corrupción quienes el transcurso del tiempo no procura beneficio alguno en relación al régimen de medidas cautelares de carácter real.

También la Ley N° 1173 ha modificado el art. 232 párr. V del CPP previendo ahora la posibilidad de que en los delitos de Violencia familiar o doméstica se puede considera la aplicación de la detención preventiva, estableciendo nuevamente un régimen distinto al de otros tipos penales.

Ahora bien, ya que hemos constatado la existencia de dos enemigos en la legislación boliviana, sin que ello signifique que no haya más, queda por verificar si este derecho penal del enemigo es legítimo en un Estado Social y Democrático de Derecho en el cual nos encontramos. Para ello, es necesario pasar revista a las consideraciones que en la doctrina se han vertido.

4. CRÍTICAS AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Resumiremos las críticas a las que se somete esta dirección teórica del siguiente modo:

- ***El Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores;*** y, en consecuencia, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor. Cuando se argumenta que los fenómenos frente a los que reacciona el “Derecho penal del enemigo” son peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad o que es la autoexclusión de la condición de persona lo que genera una necesidad de procurar una especial seguridad cognitiva frente a tales sujetos, se ignora, en primer lugar, que la percepción de los riesgos es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas. Desde ese punto de vista, los fenómenos frente a los que reacciona el Derecho penal del enemigo no tienen esa especial peligrosidad terminal (para la sociedad) que se predica de ellos. (Cancio Meliá, 2003: 29). Entre los “enemigos” detectados en la legislación boliviana (las personas vinculadas a delitos de corrupción y violencia contra la mujer) no parece que puedan realmente poner en cuestión los parámetros fundamentales de la sociedad boliviana en un futuro previsible. Ello significa que la lesión de bienes jurídicos por parte de aquellos sujetos enemigos considerados aisladamente no son capaces en realidad de socavar las bases de la sociedad misma. Pero en la concepción de Jakobs, en la que no parte de la aceptación de la teoría del bien jurídico sino de la vigencia de la norma como objeto de quebrantamiento por la conducta del sujeto, sí que puede sostenerse que el sujeto con su conducta pone en duda la vigencia de la norma y, por ello, es posible reaccionar contra el mediante la pena. Para Jakobs, tanto si se trata de un pequeño hurto como de un asesinato, ambos hechos tienen el mismo significado: ponen en duda la vigencia de la norma. La diferencia estriba en que los “enemigos” ponen en duda la vigencia de normas respecto de configuraciones sociales que son estimadas esenciales, pero que son especialmente vulnerables. Partiendo de ello, como dice Cancio Meliá, no parece demasiado aventurado formular varias hipótesis en este sentido:

que el punitivismo existente en materia de drogas puede estar relacionado no sólo con las evidentes consecuencias sociales negativas de su consumo, sino también con la escasa fundamentación axiológica y efectividad de las políticas contra el consumo de drogas en la sociedades occidentales; que la “criminalidad organizada”, en aquellos países en los que existe como realidad significativa, causa perjuicios a la sociedad en su conjunto, incluyendo también la infiltración de sus organizaciones en el tejido político, de modo que amenaza no sólo a las haciendas u otros bienes personales de los ciudadanos, sino al propio sistema político-institucional. Si es cierto que, las conductas frente a las que existe o se reclama “Derecho penal del enemigo”, están en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial debe estar en la manifestación de la normalidad, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal “normal”. Así se niega al infractor la capacidad de cuestionar, precisamente esos elementos esenciales amenazado. Por tanto, «El Derecho penal del enemigo prácticamente reconoce, al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la competencia normativa (la capacidad de cuestionar la norma) del infractor; mediante la demonización de los grupos de autores implícita en su tipificación —una forma exacerbada de reproche— da resonancia a sus hechos. En consecuencia, la función del Derecho penal del enemigo probablemente haya que verla en la creación (artificial) de criterios de identidad entre los excluyentes mediante la exclusión. (Cancio Meliá, 2003: 33).

- El Derecho penal del enemigo como derecho penal de autor.

Una de las manifestaciones técnico-jurídica más destacada de la función divergente de la pena del Derecho penal del enemigo es la incompatibilidad del Derecho penal del hecho. Como ya hemos visto anteriormente (Cap. I), el principio del hecho se entiende como aquel principio de origen liberal de acuerdo al cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la actitud interna del autor. Este principio se cristaliza en la necesidad estructural de un “hecho” como contenido central del tipo (Derecho penal del hecho en lugar de Derecho penal de autor). Un examen de las modificaciones legislativas habidas en la amplia eliminación ius positiva de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista, difícilmente puede hablarse de un Derecho penal de autor. (Cancio Meliá, 2003: 34). En la legislación penal boliviana se ha constatado este hecho con relación a los delitos de corrupción y es evidente que también podemos hablar de un Derecho penal de autor. Lo que sucede no es que haya un cumplimiento mejor o peor del principio del hecho, sino que la regulación tiene, desde un principio, tal como hemos adelantado, una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos contra los cuales pretende reaccionar de la forma más dura (en sentido similar, Cancio Meliá, 2003: 35).

- El Derecho penal del enemigo como una argumentación circular.

Una reflexión que sugiere el discurso sostenido por el Derecho penal del enemigo lleva a interrogar si el mismo no conduce a un callejón sin salida, como lo muestra la siguiente argumentación que desarrolla Gracia Martín: «En efecto, si el Derecho penal del enemigo se construye a partir del reconocimiento de sus destinatarios como no-personas, entonces parece que habría que partir de la existencia de esta especie de no-personas ya en la realidad previa al Derecho penal del enemigo, pues de lo contrario sería el propio Derecho penal del enemigo el que construiría dicho concepto de un modo completamente autorreferente y, por ello, circular». (2005: 28). Es decir, que los enemigos o no-personas deberían ya encontrarse identificados como tales también antes de la aplicación de ese ordenamiento jurídico excepcional en cada caso, «pues, de lo contrario, no habría modo de saber si el mismo se aplica realmente a un enemigo o a un ciudadano, es decir, a una no-persona. El discurso del Derecho penal del enemigo dice encontrar ese concepto previo de no-persona que le es necesario para poder entrar en acción, en el dato de que un individuo ha abandonado de modo duradero el Derecho, lo cual se infiere de su habitual y reiterada dedicación a la comisión de infracciones del Derecho. Ahora bien, si esto fuera así, no parece que precise de ninguna demostración que ese Derecho que tiene, sea reiterada y permanentemente infringido por el individuo en cuestión sólo puede ser el del “ciudadano”. Sin embargo, un Derecho sólo puede ser infringido por quien sea destinatario de sus normas y, como reconoce el discurso del Derecho penal del enemigo, sólo puede ser destinatario de sus normas una persona. Por lo tanto, aquél que infringe reiteradamente y de modo permanente el Derecho (del ciudadano), tiene que ser por fuerza una persona». (Gracia Martín, 2005: 29). Lo anterior significa que cuando el sujeto entra en el proceso lo hace con la condición de ciudadano, y, por lo tanto, que lo hace con todos sus derechos de ciudadano y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal del ciudadano, en particular por la garantía de la presunción de inocencia. Si en el proceso penal se obtiene la certeza de que el sujeto cometió la infracción, entonces lo que habrá de seguir a dicha comprobación no podrá ser nada distinto a las consecuencias jurídicas del Derecho del ciudadano, por ser éste el Derecho que ha infringido y conforme al cual se le ha juzgado. Entonces, si según los postulados de la doctrina del Derecho penal del enemigo, todo el que es juzgado por el Derecho penal del ciudadano lo es en su condición de persona, y si la pena que se impone al que resulta condenado por este Derecho en nada le priva de su status de ciudadano ni de su condición de persona, los cuales conserva íntegramente a pesar de su condena ¿Dónde puede encontrar el Derecho penal del enemigo a sus destinatarios, es decir, individuos que carezcan de la condición de persona y que preexistan lógicamente a toda pretendida regulación y aplicación de tal Derecho? (Gracia Martín, 2005: 29).

- El Derecho penal del enemigo como «no Derecho». La argumentación anterior solamente tiene un valor dialéctico, y por ello no puede considerarse decisiva contra el Derecho penal del enemigo. Ahora bien, en la doctrina se ha ido dudando si esta formulación puede ser considerada como Derecho. A esta conclusión nos conduce el mismo paradigma sobre el que intenta sentar bases su construcción: la negación a sus destinatarios de la condición de personas a sus destinatarios.

«Únicamente cabe conceder el carácter de Derecho a una regulación si ésta parte del reconocimiento del hombre como persona responsable (...) La persona responsable constituye “el polo superior, del que depende toda teoría jurídica”, si es que quiere reconocerse al Derecho como algo distinto a un mero ejercicio de fuerza o poder, es decir, si se quiere reconocerse a aquel como un orden que se impone en virtud de su carácter obligatorio y no como uno que se impone por medio de meros actos de coacción de un poder superior». (Gracia Martín, 2005: 30). Aunque esta argumentación tampoco resulta decisiva para poder criticar al Derecho penal del enemigo, pues la confirmación de esta acusación en nada afectaría a esta formulación doctrinal ya que es algo que los mismos partidarios de dicha doctrina parece que aceptaron o al menos pusieron en duda. La cuestión fundamental es si se pueden legitimar reglas de actuación estatal que afecten a la libertad de sus destinatarios sin reconocerles como personas y que permitan una actuación estatal que traspase los límites que impone la condición de persona.

- El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho.

Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental es una sociedad paralizada, incapaz de asumir el menor cambio y progreso, el menor riesgo. El Derecho penal del enemigo podría hacer desaparecer el Derecho penal como racionalizador del *ius puniendi* del Estado porque no es sino un estado de guerra, que no sólo es contrario al Derecho penal, sino al Derecho en general. El Derecho penal del enemigo contamina el Derecho penal ordinario. (Sanz Mulas, 2012: 29). Las Constituciones políticas de los Estados constitucionales comienzan definiendo a los seres humanos como poseedores de una dignidad humana propia. En otras palabras, todos los seres vivos engendrados por el ser humano tienen esa dignidad. La garantía de esa dignidad humana es la Ley fundamental es una “declaración a favor de derechos humanos preexistentes que deben ser respetados por el estado. Estos derechos no provienen de un otorgamiento estatal, sino de la consideración del ser humano como una persona con dignidad, aunque la dignidad humana en sí fuera un concepto del derecho positivo”. El ser humano como persona es portador de los máximos valores espirituales y morales y representa un valor moral propio, el cual es independiente y no puede ser infringido por pretensiones de la comunidad especialmente por intervenciones políticas y legales del estado y de la sociedad. La no-persona de Jakobs es rechazada por la Constitución de la misma manera que la propuesta de Jakobs de eliminar a los seres humanos como animales salvajes y por ende en la posibilidad de eliminarlos. (Gössel, 2007: 96).

Con penas draconianas, con el abuso del Derecho penal empleándolo más allá de lo que permite su carácter de ultima ratio y con recortes de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, quizás se pueda luchar más o menos eficazmente contra el enemigo, pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que puede colarse, sin darnos cuenta, un Derecho penal de cuño autoritario, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras. (Muñoz Conde, 2009:135).

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Después de lo abordado anteriormente, consideramos que:

- Es innegable la existencia de un Derecho penal del enemigo en la legislación boliviana. Las características ya fueron anotadas, pero insistimos en recalcar que es evidente que en nuestra legislación existe identificados ciertos enemigos contra los cuales se pretende realizar una lucha aun a costa de derechos y garantías.
- El Derecho penal del enemigo es una doctrina difícilmente asumible; por lo que lo rechazamos como propuesta y también consideramos que las manifestaciones que logramos del mismo que existen en la legislación boliviana deberían ser derogadas por inconstitucionales y su falta de adecuación a los derechos de la persona, garantías y principios inherentes al ser humano.
- Finalmente, para concluir, decimos con Agamben que «la pregunta correcta con respecto a los horrores del campo (de concentración) no es, por consiguiente, aquella que requiere hipócritamente cómo fue posible cometer en ellos delitos tan atroces en relación con seres humanos; sería más honesto y, sobre todo, más útil indagar atentamente acerca de los procedimientos jurídicos y los dispositivos políticos que hicieron posible llegar a privar tan completamente de sus derechos y prerrogativas a unos seres humanos a tal punto de que el realizar cualquier tipo de acción contra ellos no se considerara ya como un delito». (citado por Muñoz Conde, 2009: 137).

6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Añez Nuñez, Ciro Manuel, Los delitos de corrupción. Ley contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, Colección Jurídica de El País, N° 38, Santa Cruz de la Sierra, 2011.
- Añez Nuñez, Ciro Manuel, Los delitos de corrupción, 2da. Edición, Colección Jurídica de El País, N° 38, Santa Cruz de la Sierra, 2013.
- Cancio Meliá, Manuel, ¿”Derecho penal” del enemigo?, ed.Civitas, Madrid 2003, pp. 57-102.
- Demetrio Crespo, Eduardo, Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º época, nº14, 2004, pp.87-115.
- Ferrajoli, Luigi, El derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., N°19, 2007, pp. 5-22.
- Gracia Martín, Luis, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005.
- Gössel, Karl Heinz, Réplica del Derecho penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho, traducción de Dirk Styma, Revista Penal N.º 20, 2007, pp. 89-100.
- Jakobs, Günter, Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Gonzales de Murillo, 2da Edición, ed. Marcial Pons, Ed. Jurídicas, Madrid, 1997.

Luzón Peña, Diego Manuel, Lecciones de Derecho penal. Parte general», 3.a edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Mir Puig, Santiago, Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método, ed. Bosch, Barcelona, 1976.

Mir Puig, Santiago, Derecho penal, parte general, 10.a edición, ed. Reppertor, Barcelona, 2016.

Muñoz Conde, Francisco, Introducción al Derecho penal, 2.a edición, ed. B de F, Buenos Aires, 2001.

Muñoz Conde, Francisco, El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los "extraños a la comunidad", Revista Cenipec, 20, 2001, pp. 151-180.

Muñoz Conde, Francisco, De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo", Revista Penal, 16, 2009.

Muñoz Conde, Francisco, Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la "tolerancia cero" al "Derecho penal del enemigo", Revista General del Poder Judicial, N.º 3, 2005.

Portilla Contreras, Guillermo. Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo. Jueces para la democracia, 2004, no 49, p. 43-50.

Roxin, Claus, Política criminal y sistema del Derecho penal, traducción e introducción por Francisco Muñoz Conde, 2.a edición, 1.a reimpresión, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

Roxin, Claus, Derecho penal, parte general, Tomo I, fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2.a edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, ed. Civitas, 1997.

Silva Sánchez, Jesús-María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, ed. Bosch, Barcelona, 1992.

Silva Sánchez, Jesús-María, Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2.a edición, ed. Civitas, Madrid, 2001.