

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS



TESIS DE GRADO

**“DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN
PENAL BOLIVIANA”**

(TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO)

POSTULANTE : ALAN MAURICIO ZARATE HINOJOSA

TUTOR : DR. GUSTAVO A. CAMACHO PÉREZ

La Paz – Bolivia
2013

IN MEMORIAM
Feliciano Hinojosa Martínez
(1937-2001)

AGRADECIMIENTOS

A Dios por la felicidad plena que me permite tener en el alma. A Karolay, mi prometida. A mi familia: mi madre Elizabeth, mi hermana Lizbeth, mi abuela Juana, y mi tío Ariel, por su apoyo incondicional.

RESUMEN

ABSTRACT

Ha existido siempre un uso discriminatorio de la potestad punitiva para algunos seres humanos, pues se les ha dado el trato de “no personas”, de entes peligrosos o dañinos, de enemigos o extraños. Allí donde se hace esta distinción, estas “no personas” no son protegidas por las garantías mínimas reconocidas universal y regionalmente por los tratados y convenios sobre derechos humanos.

Esta distinción es sugerida por el profesor alemán Dr. Günther Jakobs, a cuya tesis denomina derecho penal del enemigo, donde plantea la distinción entre un derecho penal para ciudadanos y uno para los enemigos, para los “no personas”. Distinción que más parece referirse a un estado de belicosidad y no a un Estado de Derecho, es así que este fenómeno jurídico tiende a debilitar y deteriorar el Estado de Derecho reforzando así el estado de policía y facilitando de esta manera el tránsito hacia el Estado Absoluto.

Este fenómeno descrito por Jakobs tiene diversas formas de aparición, entre los cuales resaltan: el derecho penal simbólico, el endurecimiento desproporcional de las penas, la supresión o relativización de derechos y garantías propias del Derecho Penal liberal, la supresión de diferencias entre autoría/participación, tentativa/consumación, actos preparatorios/actos ejecutivos, etc.

Es así que aparecen elementos cuestionables en la legislación penal boliviana vigente para con los principios liberales que inspiran y sobre los que descansa el Estado de Derecho. La retroactividad de la ley penal más perjudicial en materia de corrupción, el juzgamiento en rebeldía para los servidores públicos, la derogación de cualquier régimen de inmunidad y el establecimiento de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, son algunos de los tantos elementos que resultan incompatibles con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho.

**“DERECHO PENAL DEL ENEMIGO
EN LA LEGISLACIÓN PENAL BOLIVIANA”**

ÍNDICE

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1. ENUNCIADO DEL TEMA DE LA TESIS	1
2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	1
3. PROBLEMATIZACIÓN.....	2
4. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE LA TESIS	2
4.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.....	2
4.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	3
4.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	3
5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DE LA TESIS.....	3
6. OBJETIVOS DEL TEMA DE LA TESIS	4
6.1. OBJETIVO GENERAL.....	5
6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	5
7. HIPÓTESIS DEL TRABAJO	5
8. VARIABLES.....	5
8.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.....	5
8.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....	5
8.3. UNIDADES DE ANÁLISIS.....	6
8.4. NEXO LÓGICO.....	6
9. MÉTODOS A UTILIZAR EN LA TESIS	6
10. TÉCNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS.....	7

DESARROLLO DEL DISEÑO DE LA PRUEBA DE TESIS

INTRODUCCIÓN.....	8
-------------------	---

CAPÍTULO I

EL EJERCICIO REAL DEL PODER PUNITIVO

1.1. EL HOSTIS EN EL DERECHO ROMANO.....	11
1.2. EL PODER PUNITIVO EN LA REVOLUCIÓN MERCANTIL	13
1.3. LA REVOLUCIÓN INQUISITORIAL: EL SECUESTRO DE DIOS	17
1.4. EL PODER PUNITIVO DE LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL	19
1.5. EL PODER PUNITIVO EN LA PERIFERIA NEOCOLONIZADA	21
1.6. EL VIEJO AUTORITARISMO DEL SIGLO XX.....	24
1.7. EL NUEVO AUTORITARISMO COOL DEL SIGLO XXI.....	27
1.8. EL ENEMIGO EN LA PRÁCTICA DEL EJERCICIO REAL DEL PODER PUNITIVO EN LA HISTORIA DE BOLIVIA	30

CAPÍTULO II

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

2.1. LOS FUNDAMENTOS DE JAKOS.....	41
2.1.1. LA PENA COMO CONTRADICCIÓN O COMO ASEGURAMIENTO.....	42
2.1.2. ALGUNOS ESBOZOS IUSFILOSÓFICOS.....	44
2.1.3. PERSONALIDAD REAL Y PELIGROSIDAD FACTICA.....	47
2.1.4. ESBOZO RESPECTO DEL DERECHO PROCESAL PENAL.....	52
2.1.5. DESCOMPOSICIÓN: ¿CIUDADANOS COMO ENEMIGOS?.....	53
2.1.6. PERSONALIZACIÓN CONTRAFÁCTICA: ENEMIGOS COMO PERSONAS.....	55
2.2. CRÍTICA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	55

2.3. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y ESTADO DE DERECHO.....	68
2.4. CONCEPTOS Y DEFINICIONES.....	72

CAPÍTULO III

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

EN LA LEGISLACIÓN PENAL BOLIVIANA

3.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.....	77
3.2. CÓDIGO PENAL.....	86
3.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.....	90
3.4. LEY N° 004 LEY DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INVESTIGACIÓN DE FORTUNAS “MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ”.....	93
3.4.1. REFORMA AL CÓDIGO PENAL.....	94
3.4.2. CREACIÓN DE NUEVOS TIPOS DELICTIVOS. LA APLICACIÓN DE LA RETROACTIVIDAD EN LO PERJUDICIAL.....	112
3.4.3. REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.....	115
3.5. LEY N° 007 LEY DE MODIFICACIONES AL SISTEMA NORMATIVO PENAL.....	118
3.5.1. REFORMA AL CÓDIGO PENAL.....	118
3.5.2. REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.....	119
3.6. DECRETO SUPREMO N° 138.....	132

CAPÍTULO IV

DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. ENCUESTA.....	138
4.1.1. ¿CREE USTED QUE EXISTEN RASGOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN PENAL BOLIVIANA VIGENTE?.....	139

4.1.2. ¿DE QUÉ FORMA CONSIDERA QUE SE MANIFIESTA EN NUESTRA LEGISLACIÓN PENAL EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?.....	141
4.1.3. ¿EN QUÉ CUERPOS NORMATIVOS SE ENCUENTRAN LOS ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?	144
4.1.4. ¿CONSIDERA UD., QUE EXISTEN DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES QUE CONTRAVIENEN PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL Y DEL DERECHO PROCESAL PENAL?.....	147
4.1.5. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL CONTRAVENIDOS POR PRECEPTOS LEGALES VIGENTES?.....	148
4.1.6. ¿ES POSIBLE DESPOJAR DEL STATUS DE PERSONA A UN CIUDADANO, DENTRO DEL ESTADO DE DERECHO?.....	150
4.1.7. ¿ES CORRECTO DESPOJAR DE DERECHOS QUE LE ASISTEN A LA CRIMINALIDAD EN GENERAL A SECTORES ESPECÍFICOS COMO ES LA CORRUPCIÓN EN UN ESTADO DE DERECHO?.....	153
4.1.8. ¿QUÉ OPINIÓN LE MERECE QUE LA PUNICIÓN DEL TERRORISMO SE ADELANTE A LOS ACTOS PREPARATORIOS, E INCLUSO SEA PUNIBLE LA MERA PERTENENCIA A GRUPOS TERRORISTAS?.....	155
4.1.9. ¿CUÁL ES LA FORMA CORRECTA Y ADECUADA PARA COMBATIR EL TERRORISMO?.....	158
4.1.10. ¿CONSIDERA USTED ADECUADO EL ADELANTAMIENTO DE LA PUNIBILIDAD A LOS ACTOS PREPARATORIOS EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO?.....	161
4.1.11. ¿CONSIDERA USTED COMPATIBLE LA INCORPORACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN DE ELEMENTOS QUE HACEN AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO CON EL MODERNO DERECHO PENAL DEL ESTADO .DE DERECHO?.....	163
4.2. ENTREVISTA A FERNANDO VILLAMOR LUCIA.....	165

CAPÍTULO V

ANTEPROYECTOS

5.1. ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE FORTALECIMIENTO AL ESTADO DE DERECHO.....	179
5.2. ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA PENAL “FERNANDO VILLAMOR LUCIA”	182
CONCLUSIONES.....	190
RECOMENDACIONES.....	197
BIBLIOGRAFÍA.....	199
ANEXOS	

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1. ENUNCIADO DEL TEMA DE LA TESIS

“DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN PENAL BOLIVIANA”

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Desde tiempos remotos, y en la coyuntura actual en la que vivimos siempre ha existido una pugna entre el estado de policía y el estado de derecho, mientras mejor contenga el Estado de Derecho al Estado de Policía, más se va ir acercando al modelo ideal, pues el Estado de Derecho perfecto, no existe.

El problema que se plantea y que inspira la redacción de esta tesis es analizar la coyuntura actual atendiendo a la realidad de nuestra legislación penal vigente y la forma en la que puede llegar a ser aplicada. Han sido objeto de críticas muy grandes –por ejemplo- algunas innovaciones de nuestra vigente Constitución Política del Estado, reformas del Código Penal y Código de Procedimiento Penal como ser: la incorporación de la retroactividad de la ley penal más perjudicial en materia de corrupción, la imprescriptibilidad de ciertos delitos, salvo los casos de lesa humanidad, sólo para mencionar algunos elementos que innovan nuestras leyes que llegan a ser cuestionables al contradecir estas los principios rectores de la materia jurídica penal aceptados por la doctrina dominante.

De todo lo expuesto, surge una interrogante: ¿Se aplica la teoría del Derecho Penal del Enemigo en Bolivia? Aquella propugnada por el gran profesor alemán

Günther Jakobs, en la que hace una distinción entre un derecho penal para ciudadanos y otro derecho penal que se aplicaría a los considerados enemigos, y aquellos a quienes se considera “enemigos”, se los deja de considerar personas, por tanto dejan de ser sujetos de derecho y es así que no se les reconoce sus derechos fundamentales. De esta forma el presente trabajo investigativo, busca determinar –luego de estudiar el linaje verdadero del Derecho Penal del Enemigo- si la legislación vigente se adecúa a lo descrito en la tesis propugnada por Jakobs y establecer si ello es compatible con el Estado de Derecho.

La verdadera problemática surge a partir de considerar la presencia de esta teoría en nuestro país, toda vez que se estaría arribando a la construcción de un derecho penal más autoritario de lo normal, lo cual tendría por consecuencia dejar en estado de indefensión al ciudadano frente al iuspuniendi estatal y el deterioro del Estado de Derecho.

3. PROBLEMATIZACIÓN

- ¿Qué es el Derecho Penal del Enemigo?
- ¿Existe Derecho Penal del Enemigo en Bolivia?
- ¿Es compatible el Derecho Penal del Enemigo con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho?

4. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE LA TESIS

4.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

Será estudiada la tesis del gran profesor: Günther Jakobs, como máximo exponente del Derecho Penal del Enemigo, así como también a los jurisconsultos más sobresalientes que critican la tesis de Jakobs. Se hará un

estudio analítico de la legislación penal vigente, es decir, Código Penal, Código de Procedimiento Penal, sus novedades, reformas y en caso de evidenciar en las mismas rasgos del derecho penal del enemigo, establecer si son o no compatibles con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho.

4.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL

La investigación está enfocada a ser clara y precisa, de esta forma pretende evitar la incertidumbre de lo que proyecta llegar a ser, y como llegar a serlo. Es así, que siendo nuestro objeto de estudio el derecho penal del enemigo y su incidencia en la legislación penal vigente, el análisis jurídico del presente trabajo investigativo estará delimitado desde la promulgación de la Constitución Política del Estado, es decir, a partir del 7 de febrero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011, analizando por supuesto los antecedentes y/o coyunturas sociales de donde antecedieron o que rodearon su publicación si acaso ello fuere necesario.

4.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL

Para arribar a lo estipulado y trazado, el tema debe centrarse en una muestra representativa de la investigación en atención a personas, cosas, etc., de un determinado espacio geográfico. Para nuestro tema de tesis este espacio representativo es la ciudad de La Paz, lugar donde se llevará a cabo el trabajo investigativo, pues constituye lugar idóneo para hacer las entrevistas pertinentes y el trabajo investigativo.

5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA

Es de imperiosa necesidad en la coyuntura actual adoptar una posición crítica respecto al Derecho Penal, siempre orientado por los principios rectores del

saber jurídico-penal antes que dejarse llevar por apasionamientos políticos coyunturales, eventuales, subjetivos, y que en definitiva impiden realizar una valoración objetiva de la realidad de las legislaciones y la forma en que interviene el *ius puniendi* estatal.

El presente trabajo investigativo pretende entender las bases y el linaje que tiene el Derecho Penal del Enemigo, es decir el derecho penal simbólico y el resurgimiento del punitivismo; ello que involucra siempre la lesión de principios dispositivos que rigen el saber jurídico penal. El pensamiento de su máximo exponente: Günther Jakobs, sus detractores, para así arribar a la normativa penal vigente, de esta forma evidenciar la exacerbación indiscriminada de las penas, y la creación desmesurada de nuevos tipos delictivos, lo cual es cuestionable a partir del moderno Derecho Penal del Estado de Derecho.

Atendiendo a la problemática que se plantea, este proyecto de tesis busca ser una referencia para poder evidenciar la existencia de un derecho penal autoritario en nuestro país, evidenciar la existencia en Bolivia de un sistema punitivo para ciudadanos y para enemigos, y de esta forma orientar a la población y al jurista a una visión crítica atendiendo al principio de intervención mínima, y así poder ver como se afecta al ciudadano sobrepasando la prevención general negativa y dejándolo muchas veces en estado de indefensión frente al *ius puniendi* estatal, a efecto de orientar una visión garantista y liberal, en una lucha por el respeto al ciudadano y a las garantías procesales y constitucionales que le asisten. La investigación buscará establecer la existencia o no de un derecho penal para enemigos en Bolivia, y su incompatibilidad con el Estado de Derecho, arribando luego de la investigación a reflexiones conclusivas que pretenden ser de referencia en la pobre literatura jurídica penal de nuestra patria Bolivia.

6. OBJETIVOS DEL TEMA DE LA TESIS

6.1. OBJETIVO GENERAL

- Evidenciar la presencia del Derecho Penal del Enemigo en la Legislación penal boliviana y establecer su incompatibilidad con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho.

6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar las incorporaciones y las reformas que objetivamente se consideren atentatorias a los principios rectores en materia jurídico penal.
- Analizar tipos delictivos que relativicen o supriman las diferencias entre categorías dogmáticas del Derecho Penal.
- Identificar en la legislación penal al derecho penal simbólico y el resurgimiento del punitivismo.

7. HIPÓTESIS DEL TRABAJO

“Se constata la presencia del Derecho Penal del Enemigo en la legislación penal boliviana vigente y se establece su incompatibilidad con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho”.

8. VARIABLES

8.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

Se constata la presencia del Derecho Penal del Enemigo en la legislación penal boliviana.

8.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Se establece su incompatibilidad con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho.

8.3. UNIDADES DE ANÁLISIS

- Ciudad de La Paz.
- Legislación penal vigente, y posiciones doctrinales

8.4. NEXO LÓGICO

- Constatar

9. MÉTODOS A UTILIZAR EN LA TESIS

MÉTODO HIPOTÉTICO DEDUCTIVO.-Toda vez que permite analizar de lo general a lo particular para posteriormente comprobar experimentalmente, es así que permitirá que la parte teórica no pierda su sentido y se relacione con la realidad.

MÉTODO INDUCTIVO.-Permitirá establecer conclusiones a partir de datos particulares para poder ser generalizados.

MÉTODO DOGMÁTICO O JURÍDICO.-Permitirá el análisis jurídico de las leyes que serán estudiadas en el presente trabajo de investigación.

MÉTODO LÓGICO-SISTEMÁTICO.- Facilitará establecer conclusiones de forma sintética y sistemática de forma coherente y congruente.

MÉTODO DELPHY.- Permitirá valorar los resultados obtenidos mediante el criterio de expertos.

10. TÉCNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS

INVESTIGACIÓN BIBLIOGRÁFICA.- Por medio de la técnica de la investigación bibliográfica, se podrá examinar la información obtenida, con el objeto de analizar y sintetizar la información pertinente.

ENCUESTA.- Esta técnica nos permitirá conocer la opinión, posición, de un sector exclusivo de la población, los mismos necesariamente serán especialistas en Derecho Penal.

ENTREVISTA.- Se tiene planificado entrevistar al eminente profesor de Derecho Penal, profesor Dr. Fernando Villamor Lucia, toda vez que es un referente del saber jurídico penal a nivel internacional, a mayor abundancia ser ciudadano boliviano, y el haber escrito una obra referida al Derecho Penal del Enemigo. Todo ello, nos permitirá establecer conclusiones de carácter objetivo.

INTRODUCCIÓN

El gran profesor Günther Jakobs propone la distinción entre un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo. En este último, no existen las garantías mínimas del Derecho Penal liberal, pues el individuo es considerado “no persona”, enemigo o extraño, un ente peligroso, al cual hay que combatirlo en una guerra refrenada.

El derecho penal del enemigo tiene diversas formas de aparición: el derecho penal simbólico, el endurecimiento desproporcional de las penas, la supresión o relativización de derechos y garantías propias del Derecho Penal liberal, etc. Elementos que solapadamente se han incrustado en nuestra legislación penal.

A partir de la promulgación de la Constitución Política del Estado se ha observado innovaciones en algunas figuras delictivas y en el tratamiento del Derecho Penal boliviano. El artículo 123 de la Constitución Política del Estado es uno de los elementos más demostrativos de un derecho penal del enemigo, pues hecha por la borda muchos años de investigación dentro del saber jurídico penal así como los Tratados y Convenios internacionales sobre derechos humanos. Pero ello no es todo, además se amplía el margen de intervención de la potestad punitiva del Estado, pues, la Traición a la Patria, otrora figura delictiva cuyo presupuesto sine qua non era el estado de guerra extranjera, ahora puede darse en un tiempo de paz, y se expande de manera irracional su aplicación a quien viole el régimen constitucional de recursos naturales y a quien atente contra la unidad del país, constituyéndose estas características en elementos extremadamente genéricos que violan el principio de taxatividad, sin embargo la pena sigue siendo la máxima sanción reconocida en el ordenamiento jurídico boliviano, 30 años de presidio sin derecho a indulto.

A su vez, la Ley Fundamental dispone que los delitos de corrupción cometidos por servidores públicos son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad. A partir de ahí, se han promulgado leyes como la 004 y la 007 que desarrollan estas innovaciones, haciendo uso del derecho penal simbólico y del resurgimiento del punitivismo, elementos que hacen al linaje del derecho penal del enemigo.

El cuerpo normativo más demostrativo de un derecho penal del enemigo es sin lugar a dudas el Decreto Supremo N° 138, que, sin embargo, es un cuerpo normativo poco conocido. Este dispone que los delitos de terrorismo, alzamiento armado y sedición deben juzgarse en la ciudad de La Paz, independientemente de donde hayan sido cometidos, en detrimento de principios que inspiran el Estado de Derecho como son el principio del juez natural y sobretodo el principio de legalidad adjetiva, pues este Decreto Supremo cambia las reglas de competencia para el juzgamiento de delitos establecidos en el artículo 49 del Código de Procedimiento Penal.

El fin último de este trabajo investigativo no es establecer la existencia del derecho penal del enemigo en nuestra legislación, sino establecer la incompatibilidad que tiene este con el Estado de Derecho donde debe existir el respeto de los gobernantes y los gobernados a la Constitución Política del Estado y a las Leyes, el imperio de la ley como expresión de la voluntad general, la igualdad de las personas ante la Ley, la división e independencia de los Órganos del Estado que garantice el sistema democrático, y sobre todo el respeto a los derechos y garantías fundamentales que le asisten a las personas. De esta manera el derecho penal del enemigo refuerza el estado de policía facilitando el tránsito hacia el Estado Absoluto.

Para ello, una vez diseñada la investigación, fue menester estudiar a Jakobs y a sus detractores para poder adoptar una postura propia. De esta manera las

técnicas empleadas para este trabajo fueron la investigación bibliográfica, la entrevista y la encuesta, donde se hizo uso también del método Delphy, que consiste en valorar los resultados obtenidos mediante el criterio de expertos, además del método deductivo, inductivo, dogmático y otros.

La investigación ha sido desarrollada de acuerdo a la siguiente estructura: Diseño de la investigación, que contiene: la identificación del problema, problematización, objetivos, hipótesis, etc. Desarrollo del diseño de la prueba de tesis, que en su capítulo primero refiere al ejercicio real de la potestad punitiva en los distintos tiempos y muestra como hubo un enemigo/extraño siempre hasta nuestros días. El capítulo segundo es el marco teórico donde se revisa a Jakobs, Muñoz Conde, Cancio Meliá, Zaffaroni, Fernando Villamor y otros, además se buscaron conceptos y definiciones y se habla de la relación entre el derecho penal del enemigo con el Estado de Derecho. El capítulo tercero es el marco jurídico, donde se analizaron distintos cuerpos normativos, entre ellos la Constitución Política del Estado, el Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Ley 004, Ley 007 y el Decreto Supremo N° 138. El capítulo cuarto es el marco práctico que contiene la encuesta realizada a expertos de la materia entre los cuales sobresale la figura el profesor Doctor Juan Carlos Carbonell Mateu; y la entrevista al profesor Dr. Fernando Villamor Lucía, donde se valora los datos obtenidos para poder emitir conclusiones objetivas. El quinto capítulo contiene dos proyectos de Ley para reforzar el Estado de Derecho y depurar algunos elementos cuestionables dentro de nuestra legislación penal. Finalmente, se emitieron las respectivas conclusiones y recomendaciones que arrojaron el trabajo investigativo.

CAPÍTULO I

EL EJERCICIO REAL DEL PODER PUNITIVO

El objeto del presente capítulo es hacer una mención al ejercicio real del poder punitivo en el desarrollo de los tiempos en la historia de la humanidad, recurriendo a aquellos momentos más importantes, en el que se ha podido no solo evidenciar la existencia dual de un Derecho Penal –aunque la tesis de Jakobs no la íbamos a conocer sino hasta 1985- sino, además de ello la existencia de un “enemigo o extraño”, un receptor de aquel poder punitivo desbocado y discriminador en relación con los “iguales”. Recurriendo a los conocimientos que nos brinda el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, en su obra “El Enemigo en el Derecho Penal” se hará una mención a estos estadios. Además de ello, se verá hechos concretos en la historia de nuestra patria que refieren al Derecho Penal del Enemigo.

1.1. EL “*HOSTIS*” EN EL DERECHO ROMANO

Al intentar establecer la esencia misma del trato diferenciado en el Derecho Penal respecto a ciudadanos y enemigos, cuando una persona deja de ser considerada como tal, pues ha sido individualizada como “enemigo”, esta individualización no hace a la esencia misma. El origen mismo de esta distinción la hallamos en el mismísimo Derecho Romano. Por otro lado, Carl Schmitt quien fuera el máximo teórico del nazismo alemán en aquellas épocas del nacional socialismo fue el teórico político que habló con más coherencia y de forma abierta sobre el tema de los “amigos” y “enemigos”, sin embargo no hizo más que recurrir al concepto proveniente del Derecho Romano.

Para Schmitt, el enemigo es el otro, el extranjero. En Roma ya existía esa distinción, entre el *inimicus* y el *hostis*. El primero era el enemigo personal, mientras que el segundo era el verdadero enemigo político, ante el cual se abría la máxima hostilidad y la tolerancia cero a su existencia. “*El extranjero, el extraño, el enemigo, el hostis, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba fuera de la comunidad*”.¹ Es así que coexistían como máximas penas, la pena de muerte y el exilio de una comunidad, precisamente por haber sido individualizado como “extraño u enemigo”.

Hostis, proviene de la raíz sánscrita “*ghas*”, que significa comer. *Hostire* a su vez significa matar y *hostia* refiere a la víctima.

A partir del Derecho Romano, para este trato punitivo diferenciado, se estableció como verdadero núcleo el *hostis*, a partir del cual surgirían verdaderas sub clasificaciones. Las dos originarias hacen referencia a:

- a) Hostis alienígena. Hace referencia a quienes eran protegidos por el *ius gentium*. Se constituyen en el núcleo troncal de los molestos al poder, basado en la idea de que lo extraño o lo extranjero siempre genera desconfianza, además de ello, el extranjero habla un idioma distinto y no se le comprende, por eso resulta potencialmente peligroso.
- b) Hostis iudicatus. Hace referencia al enemigo político. Constituye el tronco de los disidentes o enemigos abiertos del poder de turno, quedaban en condición de esclavos y se le aplicaba las penas que estaban vedadas para los ciudadanos.

Es necesario precisar que desde los tiempos del Derecho Romano hasta la actualidad el “enemigo político” como receptor del *ius puniendi* discriminatorio, lo declaraba siempre quien detenta el poder. No basta con que uno mismo se

¹ ZAFFARONI, Eugenio. *EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL*. Ed. Ediar, Pg. 22 Segunda Reimpresión. Buenos Aires, 2009.

declare enemigo político, sino que lo declare el Señor Público, es así que en Roma un ciudadano podía ser declarado hostis por el senado, porque amenazaba la seguridad de la República.

En los hechos el concepto de enemigo o extraño surgió a partir del Derecho Romano y ha traspasado al Derecho occidental y a su desarrollo, muchas veces considerándolo post moderno o como una categoría que representa modernidad, cuando de lo que se trata es de un error, así lo establece Zaffaroni: *“una rémora del pensamiento premoderno arrastrada contradictoriamente por la modernidad”*².

El concepto de “enemigo” nos remite necesariamente al ámbito de la guerra, es ello lo que es contradictorio con el Estado de Derecho, y la incursión de esta categoría conlleva necesariamente al Estado absoluto, puesto que una persona pierde su condición como tal, y con ello el Estado le declara una verdadera guerra al hostis.

1.2. EL PODER PUNITIVO EN LA REVOLUCION MERCANTIL

Según el profesor Zaffaroni, son 3 formas a través de las cuales Europa ha ejercido poder sobre otros continentes: El colonialismo, que data a partir del siglo XV. El neocolonialismo en el siglo XVIII. Y como globalización a partir del siglo XX, poder planetario que se ejerce junto con el poder de otras potencias. Estas etapas fueron precedidas por diversas transformaciones de índole económica, cultural, social, política, que se constituyen en las respectivas revoluciones:

1. Revolución Mercantil (Siglos XIV-XV).

² ZAFFARONI, Eugenio. Op. Cit. Pg. 25.

2. Revolución Industrial (Siglo XVIII).

3. Revolución Tecnológica (Siglo XX).

Cada uno de estos momentos históricos fue una oportunidad para extender su poder, y suponía por tanto la creación de un discurso legitimante para poder ejercer la potestad punitiva de forma habilitada, o desbocada en su caso.

Como antecedente a todo aquello el profesor argentino hace referencia a la forma en la que Roma logró tal forma de imperio, que consistía en poder primero estructurar de tal forma una sociedad, jerarquizarla, y ejercer un control, un dominio de tal manera que una vez estructurada una sociedad dominada, se podía constituir en un Estado dominante sobre otros, aquello no se podía lograr sin antes estructurar y jerarquizar a una sociedad. Es lo que debieron hacer las grandes potencias para poder llegar a controlar a otras y ejercer su poder por encima de ellas, *“El ejercicio del poder planetario necesitó siempre cierta forma de poder interno en las potencias dominantes, pues no se puede dominar sin organizarse previamente en forma dominante”*.³

Lo que ha permitido una verticalización interna, estructuración, jerarquización de estas sociedades es la *“confiscación del conflicto”*, que consiste en la usurpación de la víctima por parte del Estado, lo cual le da un verdadero poder de decisión, pues será el Señor Público quien decida cuál comportamiento será considerado prohibido; la sanción aplicable a la conducta punible; y por último la forma o medida en la que el señor Estado decidirá hacer recaer sobre el sujeto infractor la sanción aplicable. Pero, la confiscación del conflicto no solo le da al Estado un poder de decisión, sino también un verdadero poder de vigilancia y neutralización pues tomará recaudos, controlará, vigilará –además de a

³ ZAFFARONI, Eugenio. Op. Cit. Pg. 30

aquellas personas infractoras- sobre todo a quienes le representen un potencial peligro a su estructura.

El colonialismo fuera del continente europeo se ejerció a través del genocidio, en una verdadera forma de campos de concentración que implicaba a su vez el exterminio de la mayor parte de la población, con eso se eliminaba no solo a la gente nativa del continente sino también a su cultura. Se redujo a los habitantes de este continente a la calidad de esclavos y se instauró una economía extractiva, dadas las grandes riquezas de nuestro continente.

En la primera etapa de la planetarización del poder, se utilizó un discurso legitimante: el discurso teocrático, es decir, el poder recaía sobre una persona porque encarnaba a una divinidad. Se utilizó el genocidio colonialista como medida urgente y necesaria para luchar contra los enemigos que atentan contra la divinidad, de esta manera corrían la suerte de ser eliminados. Estos “enemigos” en esta etapa eran los disidentes internos, los colonizados rebeldes, las brujas. Dado el discurso teocrático, el enemigo también se individualizaba en Satán, todas estas configuraciones de “enemigos o extraños” abrían el paso a una “emergencia” que requería declarar una guerra individualizando a un enemigo.

En el siglo XVI la inquisición romana decayó, el poder político identificaba a los enemigos como los herejes y reformados, a quienes se daba muerte de manera inhumana a través de torturas, en forma de espectáculo público en las principales plazas de las ciudades de Europa, para reforzar la idea de prevención general negativa e infundir un terror penal para evitar la imitación de sus comportamientos. En España esta potestad punitiva desembocada irracional y discriminadora recaía contra los disidentes al monarca, a quienes se etiquetó como herejes.

En esta primera etapa, se podía ya observar cómo fueron trasladadas las categorías del Derecho Romano para habilitar una exclusión en la potestad punitiva. Por un lado el *hostis romano*, eran los patibularios o autores de delitos muy graves, como eran considerados la traición y la conspiración. Ellos una vez identificados no representaban ningún tipo de problema para las estructuras internas como supra internas, pues su invariable destino era su exterminio o su expulsión de la comunidad.

El *hostis judicatus*, era el disidente político, este corría la misma suerte del *hostis romano*, aun cuando este hubiera pertenecido a aquellas estructuras privilegiadas. Por otro lado estaban los “*molestos*”, eran aquellos que reincidían en comportamientos no tan graves, o simplemente eran indisciplinados. Si estos últimos llegaban a ser reincidentes y su comportamiento se podía considerar potencialmente indisciplinado, iba a llegar a correr la misma suerte del *hostis romano*, pues su comportamiento podía ser contagioso para con los demás súbditos. Estuvieron luego los *enemigos o extraños*, dado el crecimiento de los sectores urbanos, se fue saliendo del alcance del dominio y control riguroso del sector rural, aquel sector considerado altamente peligroso para con las estructuras si es que estas no ejercían un control y vigilancia debida para con estos súbditos. Aquellos miembros del sector rural que implicaban algún peligro para con las estructuras de poder, al principio corrieron con la misma suerte de supresión física, sin embargo, dada la comunicación más frecuente entre los sectores urbano y rural, y la adopción de un espíritu solidario por parte del sector urbano, se tuvo que evitar así las grandes matanzas pues implicaba la desaprobación de la mayoría de la población, es así que se procedió a su neutralización, excepcionalmente la pena de muerte, u otro tipo de penas por ejemplo la producción de energía motriz, es decir, pena de galeras.

1.3. LA REVOLUCIÓN INQUISITORIAL: EL SECUESTRO DE DIOS

Con el deceso del Imperio romano y la expansión del feudalismo, desapareció la potestad punitiva, que no resurgiría sino hasta los siglos XII y XIII. De esta manera se utilizó la *disputatio* para resolver los conflictos de intereses opuestos que se presentaban. La *disputatio* hace referencia a la resolución de conflictos interpersonales en el que Dios daba la verdad, era quien definía quien tenía o no la razón, y se expresaba a través del *duelo*, es decir el combate o pelea entre dos personas, quien ganaba era poseedor de la verdad y de la razón. El juez simplemente cumplía un rol de árbitro, pues debía garantizar el cumplimiento de las reglas del combate, para que no exista ningún obstáculo que vicie la manifestación de Dios por algún embeleco. A partir del surgimiento de un vencedor, Dios daba su veredicto.

Posteriormente se superó la institución de la *disputatio*, para ser reemplazada por la *inquisitio*. No la inquisición romana que refería al poder centralizador del Papa, sino la búsqueda de la verdad a través del interrogatorio o inquisitio. Con este nuevo instrumento de búsqueda de la verdad y resolución de conflictos se produjo un secuestro de Dios bajo la autoridad del *dominus*. Con ello, resurgió la potestad punitiva. El sujeto cognoscente (el interrogador o investigador) usurpa la posición de la víctima. A partir de esta estructura se tiene que el sujeto cognoscente y el objeto del conocimiento (el sujeto interrogado), no se encuentran en posiciones de igualdad, pues el dominus detenta el poder. Además de ello, todavía con un discurso teocrático, el dominus era un sujeto bueno y sabio, pues había secuestrado a Dios, por ende podía hacer uso de la violencia, una violencia que podía ser totalmente irracional e ilimitada traduciéndose en torturas y en la vivisección, que eran considerados un bien, pues el dominus era el sujeto bueno que habría de salvarnos de todos los

males cósmicos. En ese tiempo, el “enemigo” identificado era nuevamente Satán, las brujas, hechiceros, herejes, etc., por ende todo obstáculo a la averiguación de la verdad que realizaba el dominus, era considerado malo.

Posteriormente, se dio un proceso de laicización, es decir se independizó la búsqueda de la verdad y el saber de toda influencia religiosa, de la fe, y de Dios. El enemigo pasó de ser Satán a la ignorancia, y Dios que representaba el bien fue sustituido por el saber, el conocimiento. El inquisidor no tenía ningún límite en su búsqueda de la verdad, y la estructura misma de este sistema pone en condiciones de superioridad al inquisidor en relación al inquirido. El inquisidor siempre interroga al inquirido para poder dominarlo, sin embargo el subjectus (inquisidor) también resulta ser dominado en el ejercicio de su poder por el peso de las respuestas vertidas por el inquirido. El inquisidor pregunta para dominar, por ende de toda la entidad de la respuesta solo le interesa lo que le sirve, lo que le conviene y lo que legitimará su poder. No prestará atención a respuestas que no le convengan, pues las considerará inútiles, innecesarias o falsas. *“él mismo queda dominado en el ejercicio de su saber (poder), pues es empujado o lanzado (yectado) hacia abajo (sub) por el peso del propio objectus que se le lanza (yecta) en contra (ob)”*.⁴

En todo el desarrollo del proceso histórico del hombre, existió una serie de “emergencias apocalípticas”, de “males cósmicos” que requirieron la individualización de un “enemigo o extraño”, para poder librar una guerra abierta, legitimada, a través de la cual la población en general preste su consentimiento, pues esa guerra implicaba la liberación de amenazas directas, de males cósmicos, etc. Para ello, muchas veces –lejos de existir una “emergencia”- se creó tales o se exacerbó las existentes para poder habilitar la potestad punitiva de forma discriminante e indiscriminada. El inquisidor poseía el poder y tenía un poder para controlar, vigilar, ejercer la violencia pues era

⁴ ZAFFARONI, Eugenio. Op. Cit. Pg. 40.

una especie de salvador ante los males que amenazan a los más, además de ello, dada su “búsqueda de la verdad” que no era otra cosa que las ganas de ejercer un abusivo uso del poder conferido, la jerarquización de las personas era algo inevitable, dada su búsqueda arbitraria e irracional de la verdad. De esta manera era él, quien definía quien era igual o quien era extraño, quien enemigo y quien amigo, ante quien utilizar la violencia y en qué medida, y ante quién no. Era el inquisidor quien individualizaba al hostis. En los tiempos actuales, las torturas u otros tratos inhumanos y crueles estarían limitados por la existencia de los derechos humanos, las garantías constitucionales, las garantías del debido proceso, los principios limitadores del ius puniendi, que sin embargo—cuando se individualiza a un “enemigo”- pasan a ser papel mojado pues si se tiene el poder suficiente son vulnerados sin ningún tipo de restricción.

1.4. EL PODER PUNITIVO DE LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

Junto con esta transformación económica y social en el mundo, surgieron ciertos fenómenos que también tuvieron su incidencia en el sistema punitivo. Surgía junto con la revolución industrial una nueva clase social hegemónica representada por los industriales y los comerciantes, lo que iba a dar lugar a una especie de competencia con el clero y nobleza preexistentes. Para ello, una de las tareas principales de los nuevos privilegiados de la clase hegemónica era reducir el punitivismo o de alguna manera contenerlo y hacerlo funcional a sus intereses y a su surgimiento. Es así, que surgió un discurso reductor del punitivismo que en la práctica no tuvo mucha incidencia. Esta revolución industrial que empezó al culminar el siglo XVIII se incrementó de gran manera en el siglo XIX, que por cierto despertó el interés por estudiar el delito culposo, que hasta ese entonces era considerado solo un quasi delictum. El humanismo había puesto de manifiesto la crueldad de las penas y las falencias de los

sistemas penales, es así que en pleno siglo XIX ya se hablaba de los principios de legalidad de los delitos y de las penas, proporcionalidad, culpabilidad, igualdad, etc. Sin embargo la pena de muerte coexistía con ellos. El trato penal dual siguió existiendo aunque de alguna manera pudo reducirse. Los autores de delitos graves y los disidentes, al igual que en Roma, su invariable destino era la pena de muerte. Lo que si se constituía en un gravísimo problema, eran los *molestos* pues se habían incrementado superabundantemente y se habían concentrado tanto en áreas rurales como urbanas. Era en realidad una consecuencia lógica, pues dada la mayor densidad de la población es mucho más difícil conseguir la aprobación o desaprobación absoluta en distintos ámbitos, no por nada se conoce en la doctrina penal como causa de exculpación a los delitos por convicción. Lo que se hizo con los molestos fue neutralizarlos. En pleno siglo XIX con los postulados que nos había dejado el iluminismo, aplicar la pena de muerte en la plazas principales a través de torturas e inhumanos padecimientos había dejado de ser lo más convencional, de esta manera se recurría a la columna vertebral del sistema penal: las jaulas para humanos, que hábilmente la humanidad ha preferido denominarles: prisiones, ya sea como prisión preventiva, o como cumplimiento de condenas, además de ello, el enjuiciamiento desarrollado en largos años resultaba ser un gran neutralizador de molestos, o finalmente se optaba por la deportación.

El siglo XIX si bien ya conocía de los principios anteriormente referidos y de los postulados del iluminismo, cuando se hablaba de la humanización del sistema penal y de las penas, si bien se lograron grandes incorporaciones respetando la dignidad de los seres humanos en las legislaciones y en las leyes fundamentales de los países del mundo, la diferencia en el trato penal seguía existiendo entre iguales o extraños, entre amigos o enemigos, el ejercicio de la potestad punitiva todavía se aplicaba selectivamente. *“La Italia saboiana, la Francia bonapartista del primer y del segundo imperio, la Alemania Guillermina, la España borbónica, la Gran Bretaña victoriana, eran sociedades donde las*

grandes mayorías eran clases potencialmente peligrosas que estaban excluidas de la ciudadanía real e incluso formal".⁵ El mismo problema se presentaba en Estados Unidos con los afroamericanos, se les desconoció la calidad de seres por mucho tiempo, y aún reivindicada esa calidad se hizo esfuerzos enormes para deportarlos, además de ello, es bien sabida la discriminación racial que han sufrido y que probablemente hasta nuestros días, siguen padeciendo.

1.5. EL PODER PUNITIVO EN LA PERIFERIA NEOCOLONIZADA

El poderío que ejercieron los países de Europa sobre el nuevo mundo se valió de la potestad punitiva, que creó una especie de campos de concentración análogos a los establecidos por el nazismo en la época del nacional socialismo de Adolf Hitler. Los europeos utilizaron irracional como desmedidamente la potestad punitiva –nuevamente- como una forma de dominación, en el que se cometió delitos de grandes proporciones, además de reducir a los nativos del nuevo mundo a condiciones de verdadera esclavitud con fines de explotación extractiva lográndose con ello destruir su cultura, su lengua, sus costumbres, su desarrollo y permanencia en los tiempos.

En diversos momentos históricos se creó una emergencia y ante ello un discurso legitimante para combatir dicha emergencia sin ninguna clase de restricción, o más aún sobrepasando las restricciones preexistentes. En el caso concreto también se utilizó un discurso legitimante para hacer uso desmedido y discriminador del poder punitivo. Los nativos eran considerados inimputables y estaban asemejados a los animales salvajes y a los niños. El mestizo por lo general era menos domesticable que el nativo, por lo que se satanizó al mestizo etiquetándolo de degenerado o loco moral en potencia. Los molestos y los más

⁵ ZAFFARONI, Eugenio. Op. Cit. Pg. 45

rebeldes eran tildados de enemigos de la civilización, del progreso, salvajes, etc.

Aún mucho después de la independencia que obtuvieron muchos de estos países, el ejercicio de la potestad punitiva no cambió trascendentalmente. El alcanzar la independencia en la mayoría de los casos fue la sustitución en el bastión de mando de los colonizadores por los hijos blancos de los colonizadores y el establecimiento de territorios feudales, constituyéndose estos estados en verdaderas repúblicas oligárquicas en las que gobernaban un círculo exclusivo de personas excluyendo de esta manera a la gran generalidad que no llegarían a tener ningún tipo de participación trascendental en lo económico ni mucho menos político, sino hasta entrado el siglo XX. *“Justicia ejercida por terratenientes, penas de muerte privadas, asesinatos de disidentes, represiones masivas, reclutamiento forzado de mestizos y mulatos para los ejércitos, policías de ocupación, arbitrariedades y torturas, degüellos, prisionizaciones sin proceso, estados de excepción permanentes y fenómenos de increíble corrupción, fueron corrientes en estos inmensos campos de concentración”*⁶.

En la segunda mitad del Siglo XIX las anteriormente denominadas repúblicas oligárquicas adoptaron legislaciones más liberales de acuerdo a los postulados del Derecho Penal liberal, sin embargo en todo el desarrollo histórico se puede evidenciar que muchas veces el vaivén entre el Derecho Penal liberal y el Derecho Penal peligrosista fue pendular, por ejemplo nuestro Código penal de 1834 señalaba en su artículo 1 *“Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia, hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la ley, se entenderá haber voluntad y malicia, mientras que el infractor no pruebe o no resulte claramente lo contrario”*. En 1834 el legislador boliviano adopta lo que se denomina la presunción de culpabilidad, lo

⁶ ZAFFARONI, Eugenio. Op. Cit. Pg. 47.

que en nuestros tiempos vendría a ser algo atentatorio a los derechos fundamentales y a las garantías constitucionales del debido proceso, y no fue hasta la Constitución Política del Estado de 1967 que se adoptaría el principio de inocencia.

Junto con la Revolución mexicana comenzaría la decadencia de las repúblicas oligárquicas y empezaron a surgir lo que se denominarían los gobiernos de tinte populista. Los populismos hicieron un uso más prudente y limitado de la potestad punitiva, eran proteccionistas, garantistas y nacionalistas, de tal manera que permitió la participación de las mayorías excluidas por tanto tiempo en los ámbitos políticos, económicos, etc., lo cual desató la antipatía de las oligarquías que veían desafiado su poderío y su estabilidad político-económica. Este fenómeno no fue visto con buenos ojos por las “agencias norteamericanas”, quienes gestionaron golpes de estado para poner punto final a estos gobiernos populistas que surgían, y que permitirían un desarrollo progresivo a las regiones del cono sur. De esta manera se evitó el progreso de estas regiones. Este último fenómeno a su vez, generó la resistencia de grupos minoritarios armados de tinte marxista, lo cual obviamente no fue recibido con buenos ojos por las agencias norteamericanas, quienes so pretexto de su existencia fortalecieron sus regímenes militares que practicaron la violencia desmedida haciendo uso de todo el aparato estatal. Fueron estos grupos minoritarios de ideología marxista el “enemigo” del momento y a su vez el discurso legitimante para el uso arbitrario del ius puniendi.

Las dictaduras de seguridad nacional latinoamericanas, emplearon para los *molestos* medidas eliminatorias pervirtiendo el uso de los estados de excepción contemplados en las constituciones, aplicando de esta manera detenciones perpetuas. Para los *disidentes* se dio una especie de desdoblamiento del sistema penal. Un sistema penal paralelo que aplicaba detenciones administrativas ilimitadas, y un sistema penal subterráneo que implicaba la

eliminación directa por muerte y desapariciones forzadas sin ningún proceso previo.

Por presión de las agencias norteamericanas se declaró la guerra contra la droga, creándose de esta manera otro enemigo y otro discurso legitimante. El traficante era considerado un sujeto que pretendía debilitar la sociedad, el comerciante de marihuana un subversivo, y se asimilaban lo que eran los guerrilleros y los narcotraficantes. En tanto se acercaba la caída del muro de Berlín se buscó un nuevo “enemigo”, que no hallaron otro sino en el reforzamiento de la lucha contra la droga, que nunca llegó a tener la entidad requerida.

En los años 80 del siglo XX, nuevamente por presión de las agencias norteamericanas, la región del cono sur sancionó leyes anti droga atentatorias a los principios limitadores del ius puniendi, y en lo procesal manteniendo elementos del sistema inquisitivo como ser: los testigos, fiscales y jueces anónimos, la equiparación entre actos preparatorios y ejecutivos, asimilación entre participación y autoría, el agente espía, etc. Toda esta lucha, con todo y sus vulneraciones a los principios, no impidieron la potenciación en la comercialización de droga interna y externamente.

1.6. EL VIEJO AUTORITARISMO DEL SIGLO XX

En el siglo XX, el racismo y la peligrosidad –en ocasiones pre delictual- se mantuvieron como piedras angulares en el discurso legitimador de la potestad punitiva ilimitada.

Se utilizó un discurso único para poder crear la alucinación de una guerra, aquella que se requiere para que exista una paranoia de emergencia y legitime el uso ilimitado de la potestad punitiva, así en la Europa de entreguerras entre

los años 1918 y 1939 se implantaron nuevos autoritarismos que manejaron un discurso biologista, verbigracia la superioridad o la inferioridad de una raza o grupo colectivo.

Disfrazado de marxismo en Rusia donde los enemigos fueron etiquetados de *parásitos*, el nazismo liderado por Hitler en la Alemania nacional socialista que se ejerció a través de un genocidio racista los bautizó como *subhumanos*; los fascistas cubiertos de un supuesto idealismo, individualizaron a los *enemigos del Estado*. Sin lugar a dudas, el régimen autoritario que cometió peores atrocidades y los más aberrantes crímenes contra la humanidad fue el nazismo de Adolf Hitler, que entre otras atrocidades antijurídicas mataban a los enfermos, personas de constitución débil o personas incapaces por ser considerados inútiles, máxime las atrocidades que se cometieron en contra de los judíos aplicando un verdadero Derecho Penal de Autor y no de acto como lo demanda el sistema penal respetuoso de las libertades individuales de las personas. “... *pero ello no excluye otras atrocidades ni obsta a que en el fondo hubiese una base ideológica común en lo penal, que era el peligrosismo médico-policial (racismo) proveniente del siglo XIX.*”⁷

Estos regímenes autoritarios no tuvieron ningún basamento legal, no tuvieron ningún asidero legal las atrocidades que cometían, ni siquiera en sus propias leyes, no lo tuvo el stalinismo cuando eliminaron a los prisioneros polacos o cuando eliminaban a cualquier *molesto*, llegando a exceder incluso el sistema penal formal legitimado por sus respectivos discursos legitimadores mejores elaborados. El sistema penal subterráneo al cual se recurría, –como quedó establecido- implicaba muertes, torturas, ejecuciones policiales masivas, etc., sin ningún tipo de proceso o procedimiento legal y a mayor abundancia sin ningún tipo de límites, en síntesis desapegado totalmente de las leyes, aplicándose de esta manera un autoritarismo genocida, que caracterizó a todos

⁷ ZAFFARONI, Eugenio. Op. Cit. Pg. 53.

estos regímenes autoritarios. Por ende fue este el instrumento represivo que se utilizó con mayor frecuencia y se optó por el burocrático sistema penal paralelo solo de forma excepcional.

Al observar el ejercicio real del poder punitivo en el siglo XX, se evidencia la existencia de leyes, incluso en el régimen de Hitler, pero cabe plantearse las siguientes interrogantes: ¿Para qué? ¿Cuál es la utilidad de promulgar leyes si no se las va a respetar? ¿Qué objeto tiene la emisión de leyes que limitan el ejercicio de la potestad punitiva para resguardar y proteger los derechos de los ciudadanos, si en los hechos se aplica un sistema penal subterráneo, desapegado completamente de la ley? Evidentemente existían leyes, estas eran elaboradas por juristas y en su caso criminólogos, técnicos de los discursos legitimantes y obviamente su primera misión era agradar al autócrata, por el mismísimo instinto de preservación. Por otro lado, estas leyes también se dirigían al público, es decir a la población, con el objeto de mostrarles a través de la ley las bondades de estos regímenes para con ellos, exponiéndoles los supuestos derechos y garantías que les asistían, aunque existieron también leyes aberrantes. Sin embargo, no por el hecho de que estas leyes también se dirigían a la población, pueden considerarse democráticas, más bien al contrario ya se utilizaba la técnica *völkisch*, para la fabricación de un enemigo recurriendo a reforzar y alimentar los peores prejuicios. Por esta razón estas leyes penales eran consideradas frontalistas, sin excluir la existencia del sistema penal subterráneo que obviamente no estaba contemplado por las leyes penales formales. *“Las leyes penales de estos autoritarismos mostraban sólo la cara visible del sistema penal formal y algo del sistema penal paralelo, mientras en la trastienda funcionaba el más terrible, el subterráneo, sin ley y sin límites.”*⁸

⁸ ZAFARONNI, Eugenio. Op. Cit. Pg. 53, 54.

1.7. EL NUEVO AUTORITARISMO “COOL” DEL SIGLO

XXI

En el siglo actual se puede observar un fenómeno, que -según refiere el profesor Zaffaroni- producto de la revolución comunicacional planetaria que hace a la globalización, se impone una propaganda de tal magnitud que sustenta lo que está de moda, de esta manera contradecir lo “modernoso” pone al sujeto contradictor en el lugar del desubicado, descontextualizado, etc., por lo que asume y se vuelve un filiado de la moda sin que ello signifique una verdadera convicción de lo que profesa. Y es de esta manera: *cool*, como se ha utilizado y se utiliza la potestad punitiva en este siglo.

A partir de la primera guerra mundial, Estados Unidos se estableció como única potencia hegemónica del mundo, y producto de la globalización y de la revolución comunicacional, se da hoy por hoy un discurso planetario único, es decir lo que pone de moda una potencia del mundo como es Estados Unidos tiende a ser imitado por los demás países y naciones.

Luego de la Segunda Guerra Mundial el capital se concentró sobretodo en la nueva potencia del mundo, los norteamericanos quedaron como única potencia indiscutida en el planeta. Junto con el movimiento del capital hacia Estados Unidos, vino también el movimiento humano, es decir el movimiento de inmigrantes que eran elegidos selectivamente en virtud de criterios racistas.

En el año 1972 parecía que la pena de muerte se iba de Estados Unidos para no volver más, la máxima Corte de Justicia de ese país la declaró inconstitucional porque se basaba en la selectividad. Sin embargo a finales de los años 70 del siglo XX, hubo una crisis en el sistema penitenciario en Estados Unidos, el índice de presos y cautelados había crecido en tal magnitud que eran

millones las personas prisionizadas, otros cuantos millones los que fungían su ocupación laboral en los centros penitenciarios. De esta manera la selectividad como fundamento de la inconstitucionalidad de la pena de muerte desapareció y fue restablecida por el partido republicano a través de sus jueces en la Corte Suprema de ese país.

Además del resurgimiento del punitivismo que se puede evidenciar con la restitución de la pena de muerte en este país, además se estableció la pena perpetua, de esta manera queda completamente relegada la prevención general especial y las ideas resocializadoras de la pena, llegando a apartar de la sociedad de manera definitiva al hostis, vulnerando además el principio de proporcionalidad de las penas. En su plano procesal la praxis jurisdiccional de Estados Unidos contiene aún elementos del inquisitorio, como ser: los delatores, espías, agentes encubiertos, etc.

En todos los tiempos y espacios siempre hubo una necesidad de encontrar a un *enemigo/extraño*, de tal entidad que justifique los fines del equipo de turno. En esa búsqueda, se crearon infracciones de tal manera genéricas que se puede subsumir en ellas conductas de distinta gravedad, y que en la persecución de esos delitos se vulneran garantías sustantivas y procesales. Verbigracia el *crimen organizado*, que lejos de ser una construcción conceptual de juristas fue inventado por periodistas y políticos, y fue adoptado legislativamente sin que existiera un acuerdo respecto a su alcance entre juristas y criminólogos. Junto al crimen organizado, generalmente va de la mano la corrupción, otro término demasiado abstracto. Y el terrorismo a partir del 2001, que tuvo una repercusión internacional de severas consecuencias para el Estado de Derecho. *“Tanto el crimen organizado como la corrupción son funcionales para habilitar poder punitivo y la intromisión del estado en cualquier actividad económica desagradable al equipo de turno o que sea útil para*

*eliminar o difamar a competidores, sin los límites ni las garantías constitucionales para tales intervenciones”.*⁹

Estados Unidos, como primera potencia mundial de manera indiscutida adoptó una política aislacionista en materia de compromisos internacionales, es decir no rinde cuentas ante ningún tribunal internacional. La verticalización interna, característica principal de los estados dominantes, tuvo que reforzarse en el país de Norteamérica. A este efecto el discurso legitimante desde 1980 se volvió *simplista*, los candidatos políticos prometen penas más graves, anuncian guerras sucias contra la delincuencia, y se propone los elementos de la teoría de la *tolerancia cero*, obviando por supuesto sus terribles consecuencias a largo plazo.

Cuando el socialismo soviético llegó a su fin, fue difícil encontrar un enemigo de tal entidad que lo reemplazara, se intentó encontrarlo en el delincuente callejero o en el inmigrante, pero no se encontró un enemigo de entidad semejante al soviético. Ante la ausencia de un enemigo, o de prejuicios anteriores para ser reforzados con el objeto de individualizar un nuevo enemigo o extraño, solo un hecho aterrador pudo tener esa entidad. A ello, el ataque terrorista a las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001 fue completamente funcional, pues se individualizó al terrorismo como el enemigo, y su lucha debía extremar todo tipo de recursos. Esto permitió además adoptar un discurso preventivo para iniciar una guerra contra Irak. De esta manera, al igual que los nebulosos conceptos de corrupción, o crimen organizado, el *terrorismo* vino a ser la excusa perfecta para poder perseguir penalmente y sin restricción alguna, infringiendo los derechos humanos con detenciones sin control judicial, privaciones de libertad ilimitada, torturas, etc.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio. Op. Cit. Pg. 62

Por otro lado, la individualización del enemigo en el terrorista fue funcional también para poder perseguir penalmente al delincuente común o al molesto, y al extraño, cuando pudieran estos subsumirse en el estereotipo del musulmán.

En Europa, a partir de la caída del muro de Berlín se dejó libre a muchas personas que vivían en espacios menos desarrollados y en condiciones socio económicas precarias en relación a otros países. Sumado a ello, las personas del África, tienen la facilidad de escapar a Europa por la cercanía. Ello obviamente, permite considerar como candidato favorito a enemigo al *hostis alienigena*, quien es identificado con relativa facilidad por su idioma, color de piel, rasgos físicos, etcétera, dada la homogeneidad cultural y social en países de Europa. Además de ello, no es un secreto para nadie, el racismo y discriminación que sufren los latinoamericanos por parte de europeos, por el simple hecho de ser latinoamericano, lo cual influye en sus medidas políticas, reflejadas en sus legislaciones rodeadas del linaje del derecho penal del enemigo.

1.8. EL ENEMIGO EN LA PRÁCTICA DEL EJERCICIO REAL DEL PODER PUNITIVO EN LA HISTORIA DE BOLIVIA

Al igual que en los epígrafes anteriores del marco histórico, se analiza los puntos más trascendentes que los profesores del Derecho Penal consideraron.

Siempre existió un *hostis*, ya sea alienígena, *judicatus*, los patibularios, molestos, etc. Sin embargo, enumerar todos aquellos que existió en la historia de la humanidad, o tan solo en toda la historia de Bolivia, sería un trabajo imposible. Pues no olvidemos que es el Estado, independientemente de quien lo ejerza, quien individualiza al *hostis*, y esto siempre será en relación a la

“peligrosidad de un individuo”, como un concepto demasiado abstracto y abierto, librado a la arbitrariedad de quien detenta el poder político.

También en nuestro país existieron los *enemigos o extraños* que fueron objeto de un uso patológico de la potestad punitiva.

En el Imperio de los Incas, la mayoría de las leyes que regía eran de carácter penal. Su normativa se basaba en la trilogía AMA SUA, AMA LLULA y AMA KELLA (No seas ladrón, no seas flojo, no seas mentiroso). Tres fueron las clases de penas aplicables en el Incario. La pena de muerte, que podía ser por ahorcamiento, decapitación, despeñamiento. Las penas corporales, que se daban por lapidación, apaleamiento y reclusión; y las penas infamantes: corte de cabello e inhabilitación del derecho de ocupar funciones públicas.

Eran acreedores de la pena de muerte los patibularios o autores de delitos graves y el *hostis judicatus*. En ese sentido, los autores de delitos cometidos en contra del Inca y el poder real eran descuartizados y la población de la cual eran originarios debía ser arrasada, en una especie de responsabilidad penal solidaria, algo inaudito en la praxis jurisprudencial del siglo XXI. Merecedores de la misma pena, eran los violadores de las vírgenes del sol que debían prestar servicios en los templos del dios Inti. La destrucción de un puente, también era merecedora de la pena capital.

Se aplicaba la HIHUAYA RUMI, a los delitos contra la fe pública, es decir, a los suplantadores de títulos o funciones. Esta pena consistía en dejar caer una piedra sobre las espaldas del condenado, de dos varas de alto.

Fueron instituidas en su normativa jurídico penal figuras penales novedosas y poco comunes, como la sodomía. Al autor del delito de sodomía, se le aplicaba la pena de muerte por ahorcamiento, y debía ser arrastrado su cadáver y sus

bienes para luego ser quemados. El perjurio era castigado con chicotes especiales, hasta arrancarles las entrañas. Finalmente, a los chasquis también se les aplicaba la pena de muerte, cuando incurrían en delitos de apropiación indebida, como malversación. Con la muerte del último Inca, Atahualpa, el año 1533, se abre otro periodo, la colonia.

En la colonia, la potestad punitiva se aplicó en forma de genocidio. Se pretendía perpetuar el poder ejercido por la Corona Española en nuestro territorio. Se trató con demasiada crueldad a los *disidentes*, es decir aquellos que estaban en contra del sistema opresor que regía por parte de los españoles; y por otro lado, se aplicaba una especie de *hostis alienigena invertido*, es decir que se aplicaba con crueldad las penas y tratos degradantes como discriminatorios a los indígenas originarios, por ser considerados diferentes y hasta inferiores, sin embargo, el habitante de esta tierra sufría discriminación por parte del extranjero. En la Colonia, regían cuerpos normativos que referían, -en palabras del profesor Villamor- *“una copiosa legislación que llegó a sumar aproximadamente un millón de disposiciones de toda índole denominadas posteriormente, DERECHO INDIANO; caracterizado por su formalismo legal y demarcado espíritu religioso.”*¹⁰

Los derechos contemplados en el denominado “Derecho Indiano”, sólo regían para los españoles, hijos de españoles, pero nunca, para los nativos. El profesor Villamor, refiere que para ver la crueldad y represión inhumana que se dio en la época de la Colonia en nuestro país, basta revisar dos casos conocidos. El del señor Julián Apaza, más conocido como Tupac Katari, y el de otro caudillo indígena, don José Gabriel Condorcanqui, más conocido como Tupac Amaru.

¹⁰ VILLAMOR, Fernando. *DERECHO PENAL BOLIVIANO*. Tomo II. Impreso en Inspiración Cards. Pg. 73. La Paz-Bolivia, 2007.

La sentencia de Julián Apaza, conocido como Tupac Katari, fue 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, en el que se condena a Julián Apaza a pena ordinaria de muerte y último suplicio. En virtud a la sentencia contra Julian Apaza debía ser sacado de la prisión en la que se encontraba y ser arrastrado a la cola de un caballo, publicarse a voz pregonera en la plaza sus delitos, asido por unas cuerdas robustas para ser descuartizado por cuatro caballos, hasta que la muerte le llegue naturalmente. Su cabeza debía ser fijada sobre la horca de la plaza mayor y puesto de Quilquili. Su mano derecha en una picota debía trasladarse a Ayo Ayo, su pueblo, y luego a Sica Sica, además se dispuso también la confiscación de todos sus bienes.

Aún peor es el caso de don José Gabriel Condorcanqui, conocido con el nombre de Tupac Amaru, a quien no solo se le aplicó la pena de muerte, sino que se aplicó la misma a su familia, vulnerando así el principio de la personalidad de las penas, que refiere que la pena es *intuitu personae*, y que nadie puede sufrir pena alguna por delito cometido por otra persona. Se acusaba a Tupac Amaru 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.

Además, conforme a su sentencia, Tupac Amaru estaba condenado a presenciar la ejecución de su mujer Micaela Bastidas, sus dos hijos Hipólito y Fernando Tupac Amaru, a su tío Francisco Tupac Amaru, a su cuñado Antonio Bastidas y otros que fueran parte de su “proyecto”.

En la vida republicana también hubo Derecho Penal del Enemigo. Lo reconoce Villamor al referir: *“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”*¹¹.

El “Catedrático de La Paz”, como denomina el profesor Zaffaroni a Fernando Villamor Lucia, nos refiere en su obra “Una Aproximación al Derecho Penal del Enemigo” algunos casos que se dieron en la historia de nuestro país, verbigracia, refiere el caso de los hermanos Jáuregui que fueron procesados por el asesinato del ex Presidente José Manuel Pando, condenándose a los autores materiales a la pena de muerte, sin someter a juicio a los autores intelectuales. La pena de muerte fue ejecutada solo a uno de los cuatro autores, el desafortunado fue elegido por sorteo en virtud al Código penal boliviano de 1834, denominado Código Penal Santa Cruz.

En otros casos se aplicó el derecho penal del enemigo para reforzar la idea de prevención general negativa, trascendiendo incluso al terror penal desnaturalizando la verdadera idea de la prevención general, tal el caso que refiere el catedrático de La Paz referido al cura Catorceno por la comisión de delitos contra la libertad sexual, fue condenado a pena de muerte.

Los presidentes Hertzog y Urriolagoitia establecieron una cárcel para presos políticos en la isla de Coati en el lago Titicaca, este ejemplo luego fue seguido por el presidente Paz Estenssoro en su primer gobierno (1952-1956), pues, a través de Decreto Supremo 02221 de 23 de octubre de 1952 creó campos de concentración en 4 puntos del país, 3 de ellos centros mineros de relevante importancia. Estos campos de concentración ubicados en Corocoro (La Paz), Uncía (Potosí), Catavi (Potosí), y Curahuara de Carangas (Oruro), albergaban a

¹¹ VILLAMOR, Fernando. *UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*. Pg. 31. Impreso en Inspiración Cards. La Paz-Bolivia, 2007.

los opositores de su gobierno donde sufrían todo tipo de vejaciones y torturas. Exceso, sin lugar a dudas, en detrimento de la dignidad del ser humano y de los derechos y garantías mínimas que le asistían, en total desmedro e irrespeto del Estado de Derecho, cuya justificación se hallaba en la idea del “control político” ejerciendo una violencia revolucionaria y anti oligárquica para sostener y dar continuidad a la Revolución Nacional.

El *hostis judicatus* también fue perseguido por René Barrientos, éste, ligado al M.N.R., llegando incluso a pilotear el avión que traería a Paz Estenssoro en retorno triunfal desde Argentina para asumir la presidencia de la República, persiguió posteriormente a Paz Estenssoro por la comisión de varios delitos en el denominado “caso 111”, llevando la persecución de los mismos a la justicia ordinaria, en un irrespeto total y manifiesto a la Ley de Juicio de Responsabilidades contra Altos Dignatarios de Estado de 31 de octubre de 1884.

Las dictaduras militares en nuestro país además de aplicar el denominado derecho penal subterráneo, utilizaron la potestad punitiva de manera politiquera persiguiendo a líderes sindicales, opositores, disidentes, con el fin de neutralizarlos ya sea temporal o definitivamente manteniéndoles en prisión, o mandándoles al exilio.

En 1967, el año de la guerrilla del Ché, se reunieron los trabajadores mineros en la mina Siglo XX, allí resolvieron apoyar la guerrilla del Ché Guevara. Esa noche del 23 de junio, en plena fiesta tradicional de San Juan, entre bailes y fogatas, irrumpieron fuerzas del ejército produciendo una violenta como sangrienta represión, de manera completamente desproporcional en desmedro de los derechos y libertades de los trabajadores mineros, cuyo saldo fueron varios muertos y heridos. A aquél suceso se le denominó, la “masacre de San Juan”.

El mismo Presidente Barrientos Ortuño se sirvió del ius puniendi para mantener en la cárcel a dirigentes mineros, en la misma época, se vulneró la inmunidad parlamentaria con el desafuero y enjuiciamiento penal a los diputados: Marcelo Quiroga Santa Cruz y José Ortiz Mercado. El primero fue puesto en libertad debido a actitud proba e idónea del juez instructor a cargo del caso de Quiroga que no cedió ante la presión política. Al segundo, le fue peor, pues se le aplicó la detención preventiva y fue mandado a la penitenciaría de San Pedro de la ciudad de La Paz, sin embargo, posteriormente recuperó su libertad. Fue en esta su última gestión como presidente que dictó la Ley de Seguridad del Estado, instrumento legal demostrativo de un derecho penal del enemigo pues limitaba libertades y derechos ciudadanos continuando la línea de represión intolerante de los gobiernos bolivianos. Un año después en 1969 moriría el Presidente Barrientos y con ello se archivarían aquellos procesos con tinte político.

En la década de los setenta, Estados Unidos, potencia mundial absoluta ejerció marcada influencia en América Latina. Bolivia no fue la excepción. Los dictadores de Latinoamérica estudiaron en la Escuela Militar de las Américas, donde el adoctrinamiento identificaba a un enemigo: el extremismo de izquierda.

El Coronel Hugo Banzer, que llegara al poder de Bolivia por golpe de Estado el año 1971, sin lugar a dudas fue uno más que utilizó el ius puniendi con afanes de dominación, no es casualidad que literalmente él refiera: "*Personalmente, tengo una filosofía: al amigo, todo; al indiferente, nada; y al enemigo, palo.*"¹²

Banzer, a través de Decreto Ley, restituyó la pena de muerte, un desatino absoluto para nuestro país y para los derechos humanos. Este cuerpo normativo, de la misma manera tenía el objetivo de reprimir al hostis judicatus.

¹² VILLAMOR, Fernando. Op. Cit. Pg. 35

Es así, que la paz, trabajo y orden pregonado por ese gobierno, lo iba a lograr a través del resurgimiento del punitivismo. Así, se restituyó la pena capital para los delitos de asesinato, parricidio, traición a la patria, terrorismo, atentados contra los Dignatarios de Estado y los miembros de las Fuerzas Armadas de la Nación y del orden público, “por motivaciones políticas”, el secuestro de personas, alzarse en actos de guerrillas urbana o rural, etc.

El Decreto Ley del Coronel referido fue aplicado, en contra de Melquiades Suxo, que habría protagonizado un hecho monstruoso de violación a una niña, en presencia de sus hijos y la participación de unos de ellos. Este hecho, conmocionó a nuestra sociedad, y se instauró y desarrolló el proceso penal más rápido y corto de nuestra historia. Cuando llegó el momento en que se pidió al Coronel la conmutación de la pena a una privativa de libertad, este –cual buen César- echó el pulgar hacia abajo y se fusiló a Suxo en la penitenciaría de San Pedro.

También en la década de los setentas el cáncer de la droga se expandió por los países del globo terráqueo. En este ámbito también fue decisivo y trascendental el papel que jugó el país del Norte, pues condicionó a Bolivia toda ayuda económica hasta que este emita una ley de manera constitucional de lucha, prevención y represión contra el narcotráfico. De esta manera nace la Ley 1008 el 22 de julio de 1988, instrumento jurídico que contenía en su interior el linaje del derecho penal del enemigo, pues, establece para los delitos contemplados y tipificados en él, penas desproporcionales, además de un procedimiento especial en el que se presumía la culpabilidad del imputado, se establecían tribunales especiales y fiscales con más poder. Sin embargo, por su importancia transcribo literalmente las palabras del “Catedrático de La Paz”: *“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”.¹³

La presión norteamericana también fue determinante para incorporar en el Código de Procedimiento Penal, instituciones que parecen ser más propias del sistema inquisitivo que del acusatorio, por ejemplo las figuras del agente encubierto y la entrega vigilada, que se estrellan con el bloque de constitucionalidad.

Restaurada la democracia en Bolivia, a partir de 1982, los gobiernos democráticos también utilizaron el derecho penal del enemigo para instaurar juicios penales eminentemente políticos con barniz judicial. Tal es el caso que refiere el “Catedrático de La Paz” respecto a una denuncia contra un supuesto narcotraficante que en realidad era un dirigente político opositor, del cual se tenía meras sospechas sin existir prueba plena.

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, Edgar Oblitas Fernández y el Sub Decano Ernesto Poppe Subiera, no cedieron a la presión política, por lo que fueron procesados sin respetarse el debido proceso y sin existir prueba alguna. De esta manera, se presionó en el Honorable Senado Nacional para obtener la mayoría de los votos. Su sentencia se dictó el 13 de junio de 1994, por cierto el Fiscal de Distrito quien hiciera la proposición acusatoria era un abogado sin título. El año 2001 fueron rehabilitados porque no existió un debido proceso.

En 1985 asumiría la presidencia de la República de Bolivia nuevamente, y por última vez en su vida, don Victor Paz Estenssoro. Éste, recibió un país al borde del colapso, sin exagerar la situación, pues la hiperinflación que existía era la peor de todos los tiempos, solo comparable con la más grande del mundo que

¹³ VILLAMOR, Fernando. Op. Cit. Pg. 39.

vivió Alemania en los años 30. Instaurada la democracia en Bolivia, en 1982, el gobierno del presidente de ese entonces, don Hernán Siles Zuazo, careció de gobernabilidad puesto que no contaba con una mayoría parlamentaria, su vicepresidente había renunciado, lo asfixiaron tanto Paz Estenssoro como Juan Lechín desde la C.O.B., y por último fue secuestrado en una suerte de golpe de Estado que fracasó. Apartado de una vocación autoritaria, don Hernán Siles decidió acortar su mandato para viabilizar la continuidad de la democracia. Ese era el país que recibía el presidente Paz Estenssoro, y así lo graficó en su mensaje inaugural cuando advirtió: “*Bolivia se nos muere*”. Para salvar al país de esta hiperinflación, su gobierno decretó el 21060, instrumento legal cuyo mérito fue restaurar la economía nacional y salvarla de esa hiperinflación. La C.O.B., de Lechín junto con otros dirigentes quisieron hacer lo mismo que con Hernán Siles. Paz Estenssoro, optó por confinarlos para darle viabilidad a la aplicación del Decreto.

En 1989 fue criticada la acción del gobierno de Paz Zamora, pues de manera irregular y desapegada de legalidad, extraditó a Luis Arce Gómez a los Estados Unidos, acusado de tráfico de drogas. De la misma manera en 1992, sin existir tratado de extradición la Corte Suprema extraditó oficialmente a Asunta Roca Suárez, hermana del narcotraficante *Techo de Paja*.

En 1990, se produjo un suceso que conmocionó a la sociedad boliviana. Un grupo terrorista denominado Comando Nestor Paz Zamora (C.N.P.Z.) había secuestrado a un prestigioso empresario, Jorge Lonsdale. El gobierno de Jaime Paz Zamora, extremó recursos para combatir este grupo guerrillero que lo incomodaba por la grotesca utilización del nombre de su hermano, quien había elegido el camino de las armas enrolándose en el Ejército de Liberación Nacional (E.L.N.) en 1969. Una vez que la policía boliviana identificó el paradero de estos terroristas donde tenían secuestrado a Lonsdale, iniciaron un operativo cuyo desgraciado desenlace fue la muerte del empresario. Se

presume que los secuestradores habrían cumplido su amenaza de darle muerte. Sin embargo, se dio muerte también de manera innecesaria a los secuestradores en desmedro del principio de superioridad ética del Estado, lo cual fue severamente criticado.

Para concluir y cerrar este capítulo, cabe decir que existe una constante en nuestro país, que mientras los órganos jurisdiccionales y los encargados de la persecución penal sean compuestos no por los hombres más capacitados sino por una selección en una suerte de cuoteo político, hasta hace unos años, y actualmente por la imposición de un solo partido político, no parece ser muy saludable ni para nuestra democracia, ni mucho menos para nuestra sociedad, mucho menos para el Estado de Derecho. Mientras nuestros jueces en materia penal y el Ministerio Público, no sean verdaderamente independientes de toda índole política e incluso económica, la existencia de un derecho penal del enemigo será una realidad en nuestra patria, o al menos una realidad intermitente. Lo observado en este capítulo, tanto a nivel mundial, como a nivel local, constituye simplemente un pincelazo sobre un óleo de pintura que es más amplio y profundo, son las consideraciones más relevantes de los profesores referidos de Derecho Penal. El pasado inmediato, es historia conocida, y siendo que este trabajo de índole investigativo no tiene fines de controversia, dejamos su reflexión a las próximas generaciones, sin embargo no se dejará de analizar en el capítulo correspondiente el linaje del derecho penal del enemigo en nuestra legislación, tal cual propone el título de este trabajo.

CAPITULO II

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En este capítulo, se estudia la tesis del profesor de Bonn, Günther Jakobs, de la manera más aproximada a la fuente original, esto con el objeto de analizar esta formulación teórica y esto permita emitir posteriormente conclusiones apegadas a lo objetivo. Se revisará también las posiciones detractoras a la tesis de Jakobs. Este capítulo es de considerable importancia, pues es necesario comprender de la manera más adecuada qué es el derecho penal del enemigo, para poder establecer si los elementos del derecho penal del enemigo inmersos en nuestra legislación penal son compatibles con el Estado de Derecho.

2.1. LOS FUNDAMENTOS DE JAKOBS

La construcción teórica del Derecho Penal del Enemigo fue realizada por el profesor alemán de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs. Hoy por hoy, es imposible hablar de moderna dogmática penal sin referir las obras de los dos más grandes penalistas de los últimos tiempos: Claus Roxin y Günther Jakobs. El primero, creador de un modelo de dogmática penal posterior al finalismo que va de la mano con la política criminal, que algunos le denominan “normativismo moderado”. El segundo, plantea el modelo del funcionalismo sistémico, y es creador además de la tesis del derecho penal del enemigo, por cuya elaboración es muy criticado por jurisconsultos del saber jurídico penal en todo el mundo. La primera vez que Jakobs expuso sus ideas y postulados que hacen a este tema, fue en mayo de 1985 en Congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt am Main, a cuya ponencia denominó: *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*.

Para Jakobs, tanto el derecho penal del ciudadano como el derecho penal del enemigo, son tipos ideales que no pueden aplicarse en la realidad de modo puro. Es decir, siempre estarán entremezclados, pues, aun en un hecho delictivo cotidiano –que viene a ser regido por el derecho penal del ciudadano- se entremezcla con criterios de prevención de delitos a la posteridad –derecho penal del enemigo-. Y viceversa, aún al terrorista más peligroso y apartado de la esfera ciudadana –derecho penal del enemigo- es tratado como persona dentro del proceso penal al concedérsele sus derechos como imputado –derecho penal del ciudadano-.

Con todo esto Jakobs, quiere decir que ni el derecho penal del ciudadano, ni el derecho penal del enemigo, pueden aplicarse de manera pura, es decir absoluta, sin que se entremezclen ambas esferas al formar parte de un mismo contexto jurídico-penal.

El derecho penal del ciudadano trata al autor del delito como persona. El derecho penal del enemigo trata al individuo como fuente de peligro, como enemigo, como *no persona*. Al ser ambos –tanto derecho penal del ciudadano como derecho penal del enemigo- dos fenómenos entremezclados dentro de un solo contexto jurídico, el uno puede superponerse a otro y viceversa, de esta manera se da de una forma solapada un trato al autor de un delito como fuente de peligro, como no persona.

2.1.1. LA PENA COMO CONTRADICCIÓN O COMO ASEGURAMIENTO

La pena es coacción, de diversas clases. Es coacción como portadora de un significado, concretamente portadora de la respuesta al hecho. Tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica porque tienen un significado en la sociedad. Aquella conducta de una persona competente que

se adecúa al supuesto de hecho de una norma jurídico penal, significa que está desautorizada por la norma, que ataca a su vigencia y a su vez ataca y vulnera la configuración de la sociedad. La consecuencia jurídica, o pena, también significa algo, que aquella vulneración de la norma por parte de la conducta del autor que la infringió es irrelevante, pues la pena permite que la norma siga en plena vigencia sin ninguna modificación, por tanto, a su vez, se mantiene la configuración de la sociedad.

En esta idea previamente descrita, la pena actúa como contradicción. Al sujeto autor del delito se lo considera competente, y nos ofrece un mínimo de seguridad cognitiva, por tanto merece el trato como persona y la pena contradice el hecho delictivo.

Por otra parte, la coacción penal produce también físicamente algo. El privado de libertad, por ejemplo, estará excluido de la sociedad todo el tiempo que dure su privación de libertad, de esta manera no podrá cometer delitos en la sociedad. Se evidencia la idea de prevención especial, es decir apartar de la comisión de futuros delitos a alguien que ya ha delinquido, corrigiéndolo, intimidándolo o asegurándolo. Esta idea de aseguramiento es parte de las esferas del fenómeno pluridimensional de la pena. Es así que ante la comisión de hechos delictivos de cierta gravedad, la reacción habitual es la privación de libertad. De esta manera, si bien se toma en cuenta el hecho objeto del enjuiciamiento penal, sin lugar a dudas se toma también en cuenta el riesgo de comisión de hechos delictivos futuros semejantes al ya cometido. Así, con la neutralización se estaría protegiendo a la generalidad, pues el individuo en esta esfera, deja de ser considerado persona, y más bien es tratado como un “individuo peligroso”.

En esta idea, la pena ya no es una contradicción. El Estado, no dialoga, asume una guerra con el individuo peligroso. Lucha contra un peligro, no se comunica

con él, no existe contradicción de la pena con el hecho delictivo, lo que importa es proceder de modo físicamente efectivo, prevalecerá la idea del aseguramiento, por lo que la reacción habitual será la medida de seguridad privativa de libertad.

2.1.2. ALGUNOS ESBOZOS IUSFILOSÓFICOS

En este epígrafe se exponen los fundamentos ius filosóficos de Jakobs para sostener su tesis del derecho penal del enemigo. Para ello, Jakobs recurre a autores que fundamentan la existencia y los límites del Estado en las teorías contractualistas, entre ellos, Rousseau, Hobbes, Fichte, etc. Inicialmente debemos considerar el concepto que da de Derecho el profesor de Bonn, por su importancia se parafrasea literalmente: *“Se denomina “derecho”, al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del derecho penal. En consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo. Tal argumentación en absoluto es nueva, sino que cuenta con destacados precursores filosóficos.”*¹⁴

A partir de esta argumentación y su lógica respecto a los ciudadanos y enemigos, Jakobs afirma que no existe razón alguna para que el status de ciudadano, sea algo imposible de perder.

Rousseau, quien fuera el máximo ideólogo de la revolución francesa, y autor de la construcción teórica ficticia del *contrato social* que fundamenta la existencia del Estado y la sociedad, decía que cualquier malhechor que ataque el derecho

¹⁴ JAKOBS, Günther/CANCIO, Manuel. *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Pg. 20. Bogotá-Colombia. Diciembre de 2005.

social deja de gozar de la protección del Estado, puesto que se halla en guerra contra éste. Este autor refería ya en ese entonces que al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano. En consecuencia, Rousseau acepta la pérdida del status de ciudadano toda vez que alguien vulnera el derecho social, lo cual implicaría la vulneración de cualquier norma emitida por la voluntad general.

En el mismo sentido, aunque con alguna variante, Fichte establecía que quien abandone el contrato ciudadano, sea de modo voluntario o por imprevisión, pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, pasa a ser declarado una cosa o pieza de ganado y por ende llega a un estado de ausencia total de derechos.

Véase entonces, de la lógica manejada por Rousseau y Fichte, que cualquier persona al cometer cualquier delito, perdía su condición como tal, y era tratado como cosa, en estado de ausencia total de derechos porque había infringido el contrato social, de esta manera el Estado le declaraba la guerra y lo trataba como enemigo, no como ciudadano. Jakobs sustenta su teoría en estos autores, sin embargo, también reconoce algo, que la postura de Rousseau y Fichte es abstracta, absoluta, demasiado radical en cuanto a la separación entre el ciudadano y su derecho. Una persona por su conducta, no puede de por sí perder su condición de persona, así lo reconoce Jakobs, y refiere que son dos razones por la que el ordenamiento jurídico debe mantener dentro del derecho también al criminal. Porque el criminal tiene derecho a reconciliarse con la sociedad, y por otro lado, tiene el deber de resarcir el daño.

Contrapuesta a esa separación radical encontramos a Hobbes. Él reconocía que no cualquier hecho podía desposeer a una persona de su status como tal. Siguiendo la corriente contractualista, Hobbes diferenciaba el estado de naturaleza refiriendo que era un estado salvaje, pues el hombre es un ser

egoísta, por eso declaraba que el hombre es el lobo del hombre, a diferencia de la concepción de Rousseau que consideraba que aquel estado de naturaleza era un estado idílico al cual la humanidad no podrá regresar nunca, un estado en el que el hombre era totalmente libre, y que al entrar al estado civil, renuncia a esta libertad absoluta.

Para Hobbes, la base de la relación entre Estado y sociedad es un contrato de sumisión. De esta manera, considera que el ciudadano no pierde por sí mismo su status. Sin embargo, cuando se trata de delito de alta traición, establece que el súbdito deja de ser tratado como tal y pasa a ser tratado como enemigo, pues su conducta demuestra una rescisión de la sumisión y ello implica una recaída en el estado de naturaleza que puede conllevar a la anarquía.

Para Kant, también es posible tratar a un ciudadano de manera hostil en determinadas situaciones. Él refiere que toda persona se encuentra autorizada para obligar a alguien a entrar a un estado comunitario-legal. Sin embargo, si una persona o pueblo se encuentran en un estado de naturaleza, no brindan la seguridad necesaria y amenazan constantemente por la ausencia de legalidad de su estado, por lo que se les puede obligar a entrar al estado comunitario-legal o que abandonen la vecindad. Aquellas personas que no pueden ser obligadas a entrar en el estado comunitario-legal deben ser tratadas como enemigos, por ser considerados una “amenaza constante”.

Para Rousseau y Fichte, todo delincuente es de por sí un enemigo. Para Hobbes, solo el autor del delito de alta traición, y para Kant aquel que me amenaza constantemente. A quien no se considera enemigo, deja incólume su status de persona. Para los enemigos, se aplica el derecho penal del enemigo.

El derecho penal del enemigo halla la necesidad de su existencia en el derecho que tiene el Estado a brindarse asimismo seguridad, y más importante que ello

los ciudadanos tienen derecho a pedir seguridad al Señor Público. De esta manera, el profesor de Bonn afirma: “*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 física, hasta llegar a la guerra*”.¹⁵

No siempre el Estado va a privar al enemigo de absolutamente todos sus derechos, le permitirá por ejemplo ser propietario de los bienes que son de su propiedad, y dejará abierta la puerta para un posterior acuerdo de paz con el enemigo.

Para concluir, es preciso puntualizar: en el derecho penal del ciudadano, la pena tiene por función contradecir el hecho del autor para mantener la vigencia de la norma; en el derecho penal del enemigo la pena es entendida como aseguramiento, porque combate peligros futuros.

2.1.3. PERSONALIDAD REAL Y PELIGROSIDAD FÁCTICA

Thomas Hobbes, refería que el estado de naturaleza era un estado salvaje, caracterizado por la violencia extrema dada la naturaleza egoísta del hombre y la libertad ilimitada que caracterizaba este estado. De acuerdo a su concepción, el hombre podía hacer todo en cuanto le venga en gana si podía hacerlo, amparado por su *ius naturale*, es decir, si quería matar a otro sin causa alguna era totalmente libre de hacerlo, así, la fuerza física del hombre se constituía en el verdadero límite al *ius naturale*. Por lo referido se podría decir que en este estado de naturaleza descrita por Hobbes, se aplicaba la ley del más fuerte.

Amparado en esta lógica, Jakobs, refiere que no existe propiamente un delito, si no es en una sociedad ordenada con un sistema regulativo vinculante. En el

¹⁵ JAKOBS, Günther/CANCIO, Manuel. Op. Cit. Pg. 24-25.

estado de naturaleza descrito por Hobbes, no existían los delitos porque no existía un orden definido, no existía el ente denominado Estado, que defina que es prohibido, que es permitido, y cómo reaccionar ante la vulneración de las normas.

Cabe pensar si acaso la comisión de un delito en una comunidad ordenada por el Estado pone en riesgo su vigencia. Rousseau, por ejemplo, establecía que cualquier persona que vulnere el contrato social, debía ser tratada como enemigo, sin embargo, también se vio como no es conveniente la despersonalización absoluta. Se puede afirmar entonces, que la comisión de un delito en una comunidad ordenada no siempre aparece como principio del fin de la existencia del Señor Público. Piénsese por ejemplo en delitos no tan graves. Jakobs, da un ejemplo: El caso de un sobrino que mata a su tío para cobrar anticipadamente la herencia. ¿Acaso se podría considerar que por la comisión de este delito, se marcó el inicio del fin del Estado? ¿Es acaso posible pensar que por haber infringido el *contrato social*, este sobrino debe ser tratado como enemigo al que debe destruirse? Se afirma de esta manera que la conducta del sobrino referido no tiene la entidad para marcar el inicio del fin de un Estado, porque su ataque ni siquiera va dirigido contra él. Menos aún podrá despersonalizarse a este individuo, aún demostrada su conducta infiel al ordenamiento jurídico.

De esta manera, el Estado moderno ve al autor de un hecho considerado “normal” como ciudadano, y no como enemigo. El autor de este hecho ha vulnerado la vigencia de la norma y la pena por tanto interviene como contradicción, no como aseguramiento, como coacción dirigida a un ciudadano, no a un enemigo. El autor del hecho mantiene su status de persona, aún después de haber defraudado la expectativa de fidelidad al ordenamiento jurídico y la pena restituye esa expectativa defraudada, en consecuencia se

mantiene la majestuosidad de la norma y la configuración de la sociedad privando al autor del hecho delictivo de medios de desarrollo.

En síntesis, cuando el autor del hecho delictivo ofrezca seguridad cognitiva, es decir permita pensar que actuará fielmente al ordenamiento jurídico, este debe ser tratado como persona y no como enemigo. Sin embargo, *ni la vigencia de la norma, tampoco la personalidad del autor, pueden mantenerse de manera completamente contrafáctica.*

En una sociedad con un ordenamiento jurídico vinculante, se establece un sistema de expectativas. Las normas generan una expectativa en la población de que no se realizará la conducta prohibida. Sin embargo, queda siempre una amenaza que puede ser eventual, duradera, seria, o de poca importancia, que la expectativa será defraudada por la comisión de un delito. ¿Qué hacer con la expectativa defraudada? ¿La vulneración de una norma evidencia la nula vigencia de un ordenamiento jurídico? La expectativa defraudada genera una reacción, esta reacción es la pena. Justamente porque la expectativa defraudada genera una nueva expectativa: que al autor del hecho delictivo se le aplique la sanción correspondiente por su conducta infiel al ordenamiento jurídico que atenta contra la configuración de la sociedad. De esta manera al aplicarse la sanción respectiva al autor de la conducta infiel al ordenamiento jurídico, se evidencia la necesidad del ordenamiento jurídico, y por ende resalta la verdadera vigencia de la estructura jurídica.

Basado en esa lógica, se establece que si una norma pretende marcar la configuración de una sociedad, la conducta que se constituye en la base de la norma debe ser esperable, es decir, se genera la expectativa de que la norma no será infringida, al menos aquellas normas que describan las conductas más peligrosas y nocivas. En ese sentido, Jakobs establece: *“Al menos en los casos de las normas de cierto peso, que se pueda esperar la fidelidad a la norma*

necesita de cierta corroboración cognitiva para poder convertirse en real".¹⁶ Verbigracia, si se desea entrar por un parque, de lo cual se tiene plenamente el derecho, sin embargo, se considera que si se entra al parque podemos ser lesionados, y hasta tal vez muertos, en realidad por más de que exista la norma, no existe la referida corroboración cognitiva, es decir, esa realidad descrita por la norma no es susceptible de ser vivida, y por tanto su contenido es vacío. De esta manera y parafraseando a Jakobs: "*En el plano teórico puede rechazarse esta corroboración de lo normativo por lo fáctico aduciendo que lo que no debe ser, no debe ser aunque probablemente vaya a ser*".¹⁷ La confianza de que los demás actuarán en fidelidad al ordenamiento jurídico, puede ser defraudada en cualquier momento, es cierto, sin embargo, las personas actuarán en confianza al mismo siempre que la amenaza de la expectativa defraudada no sea demasiado intensa por el conocimiento de lo que será.

La personalidad del autor tampoco puede mantenerse de manera completamente contrafáctica. Jakobs afirma: "*la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial*".¹⁸ Si se pretende considerar al individuo como persona se debe partir de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito, de esta manera la expectativa normativa tendrá a su vez un sustrato cognitivo, en palabras del profesor de Bonn: "*(...) sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real*".¹⁹ Cuando el individuo no presta una garantía cognitiva mínima, no será acreedor a un trato como persona sino como enemigo: "*(...) en aquellos casos en los que la*

¹⁶ JAKOBS, Günther/CANCIO, Manuel. Op. Cit. Pg. 27.

¹⁷ Op. Cit. Pg. 28.

¹⁸ Op. Cit. Pg. 24.

¹⁹ Op. Cit. Pg. 36, 37.

expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona".²⁰ Esto quiere decir que el autor por tendencia -por su actitud, su vida económica o por su incorporación a una organización- no es acreedor al status de persona. Las personas que se hayan apartado de manera duradera, es decir de modo decidido del derecho, han salido del estado de ciudadanía y se hallan inmersos en un estado de naturaleza salvaje, de libertad excesiva y de ausencia de normas, por ende el individuo se convierte en una amenaza constante por su permanencia en un estado de ausencia de legalidad, y al no poder ser obligado a entrar al estado de ciudadanía pierde sus beneficios como persona. El legislador adopta una legislación de lucha, no en contra de un ciudadano sino en contra de un enemigo peligroso, se adelanta la persecución penal a los actos preparatorios, no se busca la compensación de un daño a la vigencia de la norma sino la eliminación de un peligro, la pena no busca una sanción por los hechos cometidos sino el aseguramiento frente a hechos futuros, es una guerra refrenada a la que llamamos: derecho penal del enemigo, que a diferencia del derecho penal del ciudadano, no existe control de las pasiones, la reacción penal no espera exclusivamente a los actos ejecutivos y la personalidad del delincuente no es un status absoluto. Se combate al enemigo por su peligrosidad y la necesidad de reaccionar ante su estilo de vida reiteradamente contrario al ordenamiento jurídico, por ejemplo, la criminalidad organizada, que puede ser en ámbito económico, relacionado al narcotráfico, delitos graves como los delitos sexuales, terrorismo, etc. Llamar a todo ello: "delito", no debe representar para el Estado un límite que lo conmine al respeto del autor como persona. La aplicación de este derecho penal del enemigo, halla su legitimidad en el derecho que tiene el ciudadano a la seguridad.

²⁰ JAKOBS, Günther/CANCIO, Manuel. Op. Cit. Pg. 28, 29.

2.1.4. ESBOZO RESPECTO DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Jakobs, realiza un pequeño esbozo de lo que constituye el Derecho Procesal Penal del enemigo. Se manifestó que en el Derecho Penal material existen dos polos que hacen a una misma realidad: el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo. Asimismo podemos encontrar en el proceso penal esa polarización. Una innovación del sistema acusatorio –que en definitiva marca uno de los avances en relación al inquisitivo- es justamente que al imputado se le considera un sujeto procesal, por ende como persona le asisten derechos, garantías constitucionales y del debido proceso. Sin embargo, en contraposición a ello, aparece una coacción solapada, que sin lugar a dudas el mejor referente de ello es la detención preventiva, que a momentos parece aplicarse como regla y no como excepción. Al imputado se le aplica esta medida cautelar en ejecución de una verdadera coacción física. En palabras de Jakobs: *“Esta coacción no se dirige contra la persona en derecho –ésta ni oculta pruebas ni huye-, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce en esa medida, como enemigo.”*²¹

De la misma forma, existen otras instituciones dentro del proceso penal que abolen derechos, por ejemplo: las coacciones referidas a intervenciones corporales, medidas de supervisión en las que el imputado desconoce que está siendo objeto de una supervisión, como ser las intervenciones de las telecomunicaciones y la intervención de los agentes encubiertos. El Estado abole ciertos derechos, excluyendo a los imputados de los mismos, y lo hace de modo jurídicamente ordenado.

²¹ JAKOBS, Günther/CANCIO, Manuel. Op. Cit. Pg. 33.

Al igual que en el Derecho Penal, la guerra refrenada más severa se da contra los terroristas. Baste referir que en algunas legislaciones penales como la alemana se ha establecido en el derecho positivo la incomunicación de los terroristas con sus abogados, para evitar riesgos a la vida, integridad corporal y coacciones. Sin embargo, la guerra refrenada contra el terrorismo halla su lucha más radical, no en esas incorporaciones legislativas, sino fuera de ellas. Bien hace Jakobs al recordar que si se quiere saber lo que se hace fuera del ordenamiento jurídico con el terrorismo, recordemos lo que hizo Estados Unidos ante el ataque terrorista al World Trade Center, que en resumidas cuentas implica: detenciones policiales sin control judicial, torturas, vejaciones, demás procederes en contravención a las garantías mínimas y derechos fundamentales que asisten al individuo por su calidad de persona.

Cuando en una determinada coyuntura, no existe materialmente una separación entre el Poder Ejecutivo y el Poder judicial, no se puede hablar de un procedimiento judicial propio de una administración de justicia, sino de un procedimiento de guerra. Se puede resumir la verdadera lucha contra el terrorismo en la siguiente afirmación de Jakobs, que llama demasiado la atención: “(...) *aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento –y solo 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, llamado daño colateral*”.²²

2.1.5. DESCOMPOSICIÓN: ¿CIUDADANOS COMO ENEMIGOS?

²² JAKOBS, Günther/CANCIO, Manuel. Op. Cit. Pg. 34.

Jakobs enfatiza la mezcolanza que suele darse entre fragmentos del derecho penal del ciudadano con fragmentos del derecho penal del enemigo, resultando esta entremezcla referida muy perjudicial para el Estado de Derecho.

El Estado puede ejercer su *ius puniendi* de dos formas: contra personas que delinquen, que han podido cometer un error, pero que no dejan de ser personas porque ofrecen la garantía mínima cognitiva de que actuarán conforme a derecho; y contra enemigos que amenazan con destruir el ordenamiento jurídico porque se han apartado de manera duradera del Derecho, por ello, no brindan seguridad cognitiva, tratarlos como personas constituye un error por parte del Señor Público y un irrespeto al derecho a la seguridad brindada por el Estado a todas las personas.

De esta manera resulta poco adecuado la entremezcla entre fragmentos de derecho penal del enemigo con el Derecho Penal en general, precisamente porque si esta mezcla genera confusión, la intervención del *ius puniendi* será incorrecta y se corre el riesgo de que ciudadanos sean tratados como enemigos y viceversa. Adelantar la persecución penal a los actos preparatorios del delito, enfocar la punición no en el daño actual a la vigencia de la norma sino en el peligro de daños futuros, son características propias del derecho penal del enemigo, que resultan propias y adecuadas –según Jakobs- en la lucha contra verdaderos enemigos como son los terroristas. Sin embargo, no resulta adecuada la incorporación de estos elementos en la intervención penal estatal contra cualquier delito, por ejemplo, el robo, pues resultaría dañino para el Estado de Derecho y sobre todo para las personas pues resulta erróneo sustraerlos de ese status y por ende sean tratados indebidamente como enemigos. Se entiende que Jakobs propone separar claramente una esfera de la otra del Derecho Penal, y reconoce además entre líneas el terrible riesgo que existe de llevar a cabo un trato incorrecto a los individuos, cuando afirma: *“Por otro lado, sin embargo, no todo delincuente es un adversario por principio del*

*ordenamiento jurídico. Por ello, la introducción de un cúmulo –prácticamente inabarcable ya- de líneas y fragmentos de derecho penal del enemigo en el derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de derecho”.*²³

2.1.6. PERSONALIZACIÓN CONTRAFÁCTICA: ENEMIGOS COMO PERSONAS

De acuerdo a Jakobs, la vigencia global de los Derechos Humanos, no es absoluta sino tan solo como postulados de realización. No se trata de mantener la vigencia de la norma o el estado comunitario-legal, sino de establecerlo.

De esta manera, los que vulneran los derechos humanos y además de ello, no ofrecen una garantía mínima cognitiva de un comportamiento personal en fidelidad al ordenamiento jurídico, son despojados de su status de personas y por ende es válido todo lo que sea requerido para asegurar el estado comunitario-legal, de esta manera se abre una guerra refrenada, no contra personas culpables sino contra enemigos peligrosos: derecho penal del enemigo. Una vez que se tiene al infractor, se cambia el rumbo y se adecua el procedimiento a los Códigos, Penal y Procesal penal. Se declara al autor persona únicamente con el fin de mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos, resaltando la importancia de la diferencia entre mantener y asegurar los derechos humanos donde verdaderamente tienen una vigencia universal, de establecer la vigencia de los derechos humanos.

2.2. CRÍTICA AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El profesor Cancio Meliá, es uno de los más reconocidos autores en contra de la tesis de Jakobs.

²³ JAKOBS, Günther/CANCIO, Manuel. Op. Cit. Pg. 35.

Cancio Meliá, afirma que se está dando un giro en las legislaciones penales del mundo, y ese nuevo direccionamiento tiene que ver con el denominado derecho penal del enemigo y su reintroducción a la discusión por parte de Jakobs a partir del 11 de septiembre de 2001. Afirma que las legislaciones penales tenían un núcleo duro, y que cualquier modificación, reformulación, cambio de dirección, etc., era sometido siempre a una discusión profunda, cuidadosa, técnica, que de un tiempo a esta parte se ha adoptado una nueva moda de cambiar los contenidos de los códigos penales con gran rapidez y superficialidad. De esta manera, las legislaciones penales que responden al corte occidental incorporan nuevas figuras delictivas en una verdadera consonancia con la criminalización en el estadio previo a la lesión de los bienes jurídicos, a veces de nuevos sectores de regulación, delitos de peligro abstracto, reforma de tipos penales ya existentes y la incrementación de los marcos penales con evidente desproporción que hacen a lo que Cancio denomina “derecho penal de la puesta en peligro”.

Se debe comprender el giro de la política criminal para poder comprender el derecho penal del enemigo, porque esta expansión del Derecho Penal puede ser matizada por dos fenómenos, que a criterio del profesor referido, constituyen el linaje del derecho penal del enemigo: El derecho penal simbólico, y el resurgimiento del punitivismo.

El derecho penal simbólico es obra de agentes políticos e incluso de agentes que establecen estrategias de mercadotecnia de conservación del poder político, y no de jurisconsultos o criminólogos. Lo único que persigue el derecho penal simbólico, según Silva Sánchez, es dar la “*impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido*”.²⁴ Este fenómeno como parte de la expansión del Derecho Penal, busca crear tipos delictivos con el simple objetivo de

²⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EL DISCURSO PENAL DE LA EXCLUSIÓN*. Edisofer. Pg. 347. Buenos Aires-Argentina, 2006.

producir efectos meramente simbólicos en la sociedad, es decir que no busca la verdadera aplicación de las mismas. Se utiliza el Derecho Penal como recurso político para producir tranquilidad en la sociedad, con la mera promulgación de normas que establecen figuras delictivas y que logran tener ese efecto en la mayoría de la población.

Además, el derecho penal simbólico, crea una identidad de excluidos dentro de la sociedad. Al promulgar nuevos tipos delictivos, se condena ciertos tipos de conducta, pero también a ciertos tipos de “autor”. De esta manera, mediante la definición de los autores de delitos simbólicos, se etiqueta a los mismos como los “otros”, creando así una verdadera identidad social que excluye a los extraños, a los otros.

La expansión del Derecho Penal no termina ahí en la promulgación de leyes que buscan tener un mero efecto simbólico, es decir no ser efectivamente destinadas a ser aplicadas. Está por otro lado, la promulgación de leyes penales que crean, reforman, tipos delictivos destinados a una efectiva y decidida aplicación y/o al endurecimiento de las penas de manera desproporcional. Sin embargo, es evidente que estos dos fenómenos no son agua y aceite que no se puedan juntar, y de hecho van a estar generalmente entremezclados. Así, una ley por muy punitivista que pueda ser, buscará una aplicación efectiva y decidida de sus disposiciones, lo que conlleva a su vez los efectos simbólicos a la sociedad. Y por otro lado, una ley catalogada como meramente simbólica, al fin y al cabo, es ley, y por ende puede ser aplicada en cualquier momento. Así lo reconoce Zaffaroni: *“Cada tipo penal, cada nueva ley penal, es una nueva arma que tiene el ejercicio arbitrario del poder punitivo, y las armas como todos sabemos las carga el diablo, por más que no se dispare en el momento, nunca se sabe en qué momento se va a disparar, y nunca se*

*sabe contra quien se va a disparar, pero en cualquier momento se puede disparar”.*²⁵

El derecho penal del enemigo de Jakobs, implica por un lado, el adelantamiento de la punibilidad. En segundo lugar, están las penas elevadas de manera desproporcional. Por último la relativización o supresión de las garantías procesales a los enemigos.

El derecho penal del enemigo no es parte del ordenamiento jurídico-penal y no debe ser aceptado como un segmento instrumental de un derecho penal moderno, y esto debido a tres razones: Primero, el derecho penal del enemigo es inconstitucional y erróneo. Segundo, no cumple su supuesta finalidad de prevención de delitos. Y por último, el derecho penal del enemigo no forma parte conceptualmente hablando, del Derecho Penal, porque no cumple con la función de prevención general positiva al no restituir las normas quebrantadas, sino demonizar a un grupo de infractores, además de ello, el derecho penal del enemigo constituye un derecho penal de autor, y no de acto como exigen los sistemas penales democráticos.

Principalmente, lo que plantea al respecto Cancio Meliá, es la problemática que se suscita entre el derecho penal del enemigo y el principio del hecho. Principio, de tinte liberal que establece que lo que debe contener el tipo penal es la descripción de una conducta, y es precisamente presupuesto para cualquier reacción jurídico penal, la realización de la misma o al menos los actos ejecutivos sin llegar a conseguir el resultado. De esta manera se excluye de la persecución penal los meros pensamientos y los actos preparatorios, es más, tampoco es objeto de persecución penal el declarar la resolución de delinquir, en tanto no se transforme en actos ejecutivos.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio. *ESTRUCTURA BÁSICA DEL DERECHO PENAL*. Editorial Ediar. Disco 1. Buenos Aires, Argentina, 2009.

De esta manera, desaparecen en algunas figuras delictivas las diferencias entre preparación y tentativa, participación y autoría, con todo ello, se estaría hablando de un derecho penal de autor. Y es que es discutible, por ejemplo, el adelantamiento de la persecución penal en el terrorismo por la simple pertenencia al grupo, aunque no exista ninguna conducta exteriorizada en contra de los bienes jurídicos colectivos contra los que se atentaría. El problema radica, al igual que en la función divergente de la pena del derecho penal del enemigo, (no se cumple con la prevención general positiva porque no se restituye ninguna norma, pues las supuestas conductas peligrosísimas que demandan la aplicación de un derecho penal del enemigo, no tienen la entidad como para poner en verdadero peligro la estructura de la sociedad, y por ende el problema de trasfondo es de carácter simbólico para poder excluir a los “otros”, a través, también, de las adecuadas técnicas de redacción de los tipos penales que orientan la identificación de los enemigos) en el aspecto simbólico, es decir, realmente el principio del hecho, si bien puede verse lesionado mucho o poco, el trasfondo es el siguiente: la redacción de estos tipos delictivos buscan, más que describir adecuadamente una conducta punible la identificación del selecto pero no privilegiado grupo de “enemigos/otros”.

El Profesor Doctor Fernando Villamor Lucía, entre los muchos libros de su autoría tiene uno referido al derecho penal del enemigo. La obra referida fue realizada debido al compromiso adquirido con profesores europeos y latinoamericanos en las Jornadas Internacionales de Madrid en diciembre de 2005 de emitir una opinión que debía salir de Bolivia, respecto al polémico tema que se aborda en el presente trabajo.

De esta manera, Villamor evidencia un expansionismo del Derecho Penal, un expansionismo que según él, se siente en Bolivia, por ejemplo, a través del resurgimiento del punitivismo en el caso de los delitos sexuales en los que se agrava las penas en inobservancia de los principios de proporcionalidad y de

humanidad de las penas, recuérdese que por el año 2010 se debatía un proyecto de castración química, que en palabras de Villamor constituye algo aberrante. Reconoce la participación de los agentes políticos en el derecho penal simbólico, y el uso de la potestad punitiva como medio para retener el poder al aplicarlo de forma selectiva. “(...) *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.*”²⁶

El catedrático de La Paz, sin embargo, no cree que se pueda hablar propiamente de un denominado derecho penal del enemigo, sino de un derecho penal excepcional: “*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 (...)*”.²⁷

Propone una especie de soluciones alternativas ante hechos que conforman la criminalidad y combatirlos de una forma alterna al Derecho Penal. Por ejemplo, contra el narcotráfico, además de la emisión de leyes penales que hacen a un derecho penal simbólico, propone la erradicación de la materia prima lo más posible juntamente con una política de concientización respecto a los peligros que generan los psicotrópicos y estupefacientes. De forma sarcástica, propone generar eficiencia en los funcionarios públicos para luchar contra la corrupción, estableciendo que precisamente no coadyuva en tal propósito rebajarles los salarios.

Afirma y sugiere que se debe extremar los recursos para mantener un Estado Social y Democrático de Derecho, debido a la ilegitimidad del derecho penal del

²⁶ VILLAMOR, Fernando. *UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*. Pg. 25, 26. Impreso en Inspiración Cards. La Paz, Bolivia, 2007.

²⁷ VILLAMOR, Fernando. Op. Cit. Pg. 44

enemigo y sus disposiciones en contra de la dignidad del ser humano, y eso no quiere decir otra cosa que asumir de manera frontal una resistencia ideológica y democrática al derecho penal del enemigo por sus disposiciones atentatorias a la dignidad del ser humano.

Por otra parte, el argentino, profesor Doctor Eugenio Zaffaroni se pronuncia de forma crítica ante el derecho penal del enemigo, pues afirma que con ello se renuncia a la función limitadora, y esto debido a la trascendencia de un derecho penal de autor al tipo penal de autor que en definitiva no describiría conductas prohibidas sino tintes de la personalidad. *“En consecuencia, la racionalización de tipos de autor (o de enemigos) es el signo más burdo de la claudicación del derecho penal, o sea, su inversión y puesta al servicio del estado de policía. Es la máxima consagración del estado de policía: al amigo todo, al enemigo nada. Si bien se habla de derecho penal de autor, cuando éste llega al extremo de pretender legitimar tipos de autor, es dudoso que eso pueda merecer el nombre de derecho penal”.*²⁸

El derecho penal del enemigo implica la alucinación de una guerra, una emergencia apocalíptica que demande derecho penal del enemigo, así, cobra mayor relevancia el “enemigo” antes que la lesión a un bien jurídicamente protegido y que la mismísima víctima. Por ende, se volverá siempre en los hechos al sistema inquisitivo, pues es una guerra refrenada contra el individuo, lo que más importa es combatir al elemento peligroso, y nada ni nadie debe contener la guerra contra este.

Como se vio en el marco histórico, la esencia del enemigo del derecho penal la encontramos en el hostis romano, que a criterio de Zaffaroni no implica una categoría que haya evolucionado en el tiempo, y que se pueda considerar

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio/ ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. *MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. Editorial Ediar. 2da. Edición-1ra. Reimpresión. Pg. 347. Buenos Aires-Argentina, 2007.

moderna sino “(...) en realidad no se trata más que de una rémora del pensamiento premoderno arrastrada contradictoriamente por la modernidad”.²⁹

Zaffaroni, pone énfasis en que nunca en un estado civilizado debe despersonalizarse a un individuo, por muy aberrante que sea el crimen que haya cometido, porque el Estado no puede convertirse en un criminal ante el criminal. “*En el derecho penal del enemigo le digo vos no sos más persona. Aquí se le dice, pese a lo que hiciste, sos persona, vení que te voy a juzgar con mínimas garantías por lo menos, no voy a dejarte librado a una horda asesina*”.³⁰

El Profesor Doctor Francisco Muñoz Conde, en un pequeño pero exquisito trabajo denominado “*El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo*”, enfoca un análisis respecto al derecho penal del enemigo, en el cual toma como puntos centrales lo ocurrido el 11 de septiembre de 2001 y su repercusión en los Estados nacionales que conlleva la promulgación de leyes penales excepcionales, de esta manera este fenómeno se generalizó y se convierte en regla y no en excepción. Evidencia una supremacía del valor seguridad en desmedro de otro valor, no menos importante.

En toda Constitución Política del Estado -la nuestra no es una excepción- se consagra como derechos de la persona o del ciudadano, el derecho a la libertad y el derecho a la seguridad. Sin embargo, esto plantea una dicotomía de difícil y complejo tratamiento y que muchas veces una absolutización, ya sea del uno o del otro valor desemboca en un desmedro a los derechos de los ciudadanos de manera significativa.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio. *EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL*. Editora AR. S.A. Pg. 25. Buenos Aires, 2009.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio. *ESTRUCTURA BÁSICA DEL DERECHO PENAL*. Editorial Ediar. Disco 1. Buenos Aires, Argentina, 2009.

El valor de la libertad implica el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad propiamente dicho, no es un valor absoluto, pues ello pondría en desmedro la libertad de los demás.

Sin embargo, el valor de la seguridad, tampoco es un valor absoluto, esto debido a que nada ni nadie (ni siquiera el Derecho) puede garantizar una seguridad absoluta. El hombre vive en una verdadera sociedad de riesgo, con amenazas varias a su integridad e incluso a su propia vida. No solo riesgos producidos por la conducta humana de manera directa, sino amenazas del medio ambiente, la guerra, etc. Sin embargo, el ser humano, vive tranquilo debido a un principio de confianza, que nos permite pensar que los sujetos actuarán conforme a derecho en respeto de las normas sociales.

Por otro lado, en la persecución de los delitos no debe primar el valor absoluto de la seguridad, pues se encuentran consagrados en las Constituciones estatales y los instrumentos jurídicos internacionales, libertades fundamentales y garantías mínimas que le asisten al ser humano, por su misma condición de tal. La persecución de los delitos debe velar siempre por ser eficaz y brindar seguridad, pero no en desmedro de las libertades individuales.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto se evidencia en la realidad que en muchas ocasiones esta pugna la ha ganado el valor seguridad en desmedro de las referidas garantías y libertades, convirtiéndose el Derecho Penal, en uno mucho más autoritario, al cual se denomina derecho penal del enemigo. *“Pero corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia, sobre todo al más alto nivel, es decir, a la jurisprudencia constitucional, marcar una línea firme que permita seguir confiando en la vigencia de las garantías y derechos fundamentales, a pesar de retrocesos puntuales que deben ser inmediatamente corregidos.”*³¹

³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.

Asimismo, Muñoz Conde, evidencia que las cosas no han vuelto a ser las mismas desde lo ocurrido en Nueva York, el año 2001, y es que lo que pasó, generó graves *consecuencias para el Estado de Derecho a partir del 11 de septiembre con el ataque terrorista*, este suceso ha reintroducido el polémico tema del derecho penal del enemigo de Jakobs.

A partir de lo ocurrido el 11 de septiembre de 2001, aquella pugna que existía entre el valor libertad y el valor seguridad, ha dejado un amplio vencedor: la seguridad, en desmedro de aquellas garantías y libertades fundamentales. Y es que inmediatamente después, que David golpeó a Goliat, el gigante enfurecido inició una “guerra refrenada” al terrorismo, dirigiendo sus ataques a Afganistán. De esta manera Estados Unidos, fuente de consagración de derechos y garantías, empezó a derogarlos a título de guerra contra el terrorismo. “(...) se empezó a controlar la información y a limitar la libertad de expresión en los medios de comunicación, la libertad de circulación y de residencia. Empezó a hablarse de *Tribunales Militares excepcionales, de detención policial sin intervención judicial*”.³² Los prisioneros capturados por el Imperio norteamericano, fueron reclusos en la Base de Guantánamo, donde sufrieron un trato inhumano en desmedro de los derechos mínimos que asisten al ser humano.

Posteriormente, sin la autorización del Consejo de Seguridad de la O.N.U., se inició una Guerra contra Irak. La emergencia legitimante: supuestamente Irak poseía armas de destrucción masiva, lo cual nunca fue probado.

La peor consecuencia del 11 de septiembre y de las subsiguientes guerras, es el menoscabo de las garantías y derechos fundamentales a título de seguridad y el irrespeto que se promueve al Derecho internacional. Alarma de sobremanera esto que afirma Muñoz Conde: “...*lo que importa es tener la*

³² MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit.

*fuerza para imponer los propios intereses, al margen de cualquier formalidad o razón jurídica. Y los países de nivel cultural jurídico y económico inferior, empezando por el propio Irak, verán que, al fin y al cabo, los derechos humanos no son más que una hermosa expresión, sin ningún contenido, que en cualquier momento puede ser pisoteada y menospreciada, sin ninguna consecuencia negativa, si se tienen las armas y el poder suficiente para hacer prevalecer la ley del más fuerte. Y si no se tienen, entonces se recurre a tácticas terroristas para minar la moral del adversario, de hecho más fuerte, pero más sensible también a este tipo de acciones”.*³³

Para Jakobs -según Muñoz Conde- en el derecho penal del enemigo el legislador no dialoga con sus ciudadanos, los amenaza a través de penas draconianas, hay una relativización de las garantías procesales, y se adelanta la punibilidad a estadios previos a la lesión de bienes jurídicos protegidos.

Jakobs, establece que los enemigos no son efectivamente personas. Muñoz Conde, ahonda en esa expresión, y cuestiona las consecuencias de tal afirmación y si ello es legítimo para con el Estado de Derecho. Y es que al afirmar que el enemigo no es una persona, al mismo tiempo quiere decir que no es un sujeto de derecho, por ende no le asisten derechos y garantías. *“Suena muy mal porque recuerda inmediatamente la teoría de Carl Schmitt sobre amigo y enemigo, que fundamentó la teoría política del estado nazi”*³⁴ Y es que Schmitt, principal ideólogo del nazismo establecía que la política es el terreno donde interactúan amigos y enemigos, donde no importa quién tiene la razón, sino quien tiene la capacidad de imponer y someter al otro por la fuerza. Por otro lado, en su obra: *“Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo”*, evidencia como Edmund Mezger, también contribuyó a esta distinción de los dos polos del Derecho Penal en pleno régimen nacionalsocialista en la

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit.

³⁴Entrevista a Muñoz Conde. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* en fecha 30 de julio de 2002. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-c2.html

Alemania Nazi, donde Mezger fue proponente de un proyecto de ley denominado “Extraños a la comunidad”, donde se incluían disposiciones aberrantes como la reclusión indefinida de los “extraños” en campos de concentración, la castración de los homosexuales, la esterilización de los asociales, etc. Mezger, afirmaba de manera puntual y literal que en el futuro existirían dos o más derechos penales. Uno, donde se respetarían los derechos y garantías vigentes. Y el otro, completamente diferente, donde se aplicarían esas medidas aberrantes para ciertos sectores de la criminalidad como ser los autores por tendencia.

Pero, el análisis de Muñoz Conde tiene su mayor exquisitez al afirmar de manera categórica que el denominado derecho penal del enemigo, no puede ser compatible con el Estado de Derecho y que el uso del mismo a través del Derecho, convierte al ordenamiento jurídico en mero garantizador de los intereses de quienes detentan el poder, es decir el derecho penal del enemigo es lo que en cada momento es funcional a la “razón de Estado”. En el Estado de Derecho no puede haber distintos niveles de protección jurídica a “enemigos” y “ciudadanos”. Este gran profesor, ganador del premio “Alexander von Humboldt”, el Nobel de las Ciencias Jurídicas, refiere que los principios consagrados tanto del derecho penal material como del procesal penal son irrenunciables. *“Si se admite su derogación aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo Ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, cuyos valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. En definitiva, el Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de*

*Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder”.*³⁵

¿Quién define al enemigo? ¿Es compatible el derecho penal del enemigo con el Estado de Derecho? Son interrogantes que plantea Francisco Muñoz Conde, y el análisis de las mismas le permite afirmar que Jakobs, no responde satisfactoriamente a estas interrogantes. *“Todo esto es muy peligroso, porque además no hay límites en la definición del concepto de enemigo: ¿quién es el enemigo?, ¿los asociales en el nacionalsocialismo, los judíos?, ¿los inmigrantes ilegales?, ¿los talibanes? ¿son enemigos los somalíes para el sistema norteamericano? Lo que conduce a que, según la coyuntura política, definamos como enemigos a quienes nos convenga.”*³⁶

Jakobs, establecía que quien no brinde una garantía cognitiva mínima debía ser considerado enemigo, no persona. Pero esta “seguridad cognitiva”, no solo la busca el derecho penal del enemigo, sino todo sistema jurídico, pero nunca se puede alcanzar una seguridad cognitiva absoluta, no se puede buscar la seguridad en desmedro de derechos y garantías mínimas que hacen a la dignidad del ser humano.

Pero, ¿Cuáles son las consecuencias del Derecho penal del enemigo? Estas consecuencias deben ser ponderadas por una idea elemental de la responsabilidad científica. En su análisis, no parece que aquel sector de la criminalidad contra el cual supuestamente se dirige el derecho penal del enemigo se sienta amenazado, más aún parece legitimarlo en su lucha contra el Estado pues este ya los habría calificado de “no personas”.

³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *DE LA TOLERANCIA CERO AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica. Pg. 57. Managua-Nicaragua, 2009.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Entrevista en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* en fecha 30 de julio de 2002. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-c2.html

De acuerdo a la lógica manejada por el profesor Muñoz Conde, la peor consecuencia de una consagración en las leyes de cuño del derecho penal del enemigo y su aplicación, es el inevitable deterioro del Estado de Derecho, “(...) *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 la legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras. Lo único que falta ya para parecerse a ellas son la pena de muerte (...) y los tribunales militares, que han vuelto a colarse como tribunales excepcionales para juzgar los llamados “crímenes terroristas”, sin darse cuenta que la forma más grave de terrorismo es el “terrorismo de Estado”.* ³⁷

2.3. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y ESTADO DE DERECHO

El fin último de este trabajo es establecer la incompatibilidad de los elementos del derecho penal del enemigo inmersos en nuestra legislación penal boliviana con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho, por lo cual resulta necesario precisar que se entiende por Estado de Derecho.

El Estado de Derecho, clásicamente concebido fue producto de las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII (revolución norteamericana, revolución francesa) como un concepto contrapuesto al ejercicio de poder ilimitado de las monarquías. Los primeros que acuñaron esta expresión que posteriormente se convertiría en un principio básico del Estado moderno, fueron los alemanes. Como idea general se entiende al Estado de Derecho clásico como aquel respeto y subordinación a las leyes por parte de gobernantes y gobernados, es decir el Estado mismo se somete a las leyes que él mismo impone.

³⁷MUÑOZ CONDE, Francisco. *El Derecho ante la Globalización y el Terrorismo*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.

Posteriormente se dio una evolución en este concepto básico y se dotó a este de un contenido social dado el exceso del individualismo que provenía de las constituciones de los siglos XVIII y XIX. Es así que este contenido social refería que el Estado además del respeto a la libertad del ciudadano, a los derechos fundamentales y la separación de los poderes del Estado, este debía también ser un promotor del desarrollo social, brindando educación, salud, trabajo, velando por el núcleo familiar, proyectando el desarrollo económico, etc. Es decir, el Estado Social de Derecho no deja de ser el clásico Estado de Derecho, pero complementa el aspecto social que debe regir la actuación del Estado. La expresión última del Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho es un principio constitucional. El Estado de Derecho en su origen clásico, más el contenido social del Estado Social, además, debe sustentar el sistema democrático, la democracia representativa y el pluralismo político económico, social y cultural, sin cuyos elementos no puede existir un Estado Democrático de Derecho. El Estado Constitucional de Derecho es un tránsito del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional, es decir, debe existir la supremacía de la Constitución (lo cual importa también el bloque de constitucionalidad) y Jerarquía de las normas jurídicas, debiendo conforme a esta idea directriz el ordenamiento jurídico nacional tener coherencia y congruencia entre normas de jerarquía superior e inferior, sin lo cual no puede existir un Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho.

En Bolivia, el Artículo 1 de la Constitución Política del Estado establece que Bolivia es un Estado Social Democrático de Derecho, además de Unitario, Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, intercultural, descentralizado, con autonomías, entre otros atributos. Pese a que este precepto no establece literalmente que Bolivia es un Estado Constitucional de Derecho, queda sobreentendido este aspecto pues existe una supremacía de la Constitución Política del Estado y las leyes en nuestro país, estando además el bloque de constitucionalidad integrado por los Tratados y Convenios

Internacionales en materia de Derechos Humanos, que en caso de que estos declaren derechos más favorables deben aplicarse preferentemente.

El moderno Derecho Penal del Estado de Derecho, es una frase acuñada por el profesor Doctor Francisco Muñoz Conde, que si bien, nunca dio una definición de este concepto, corresponde dotarle de un significado para el desarrollo de este trabajo. De acuerdo a la interpretación existe una congruencia entre lo que profesa el moderno Derecho Penal y el Estado de Derecho. Conforme a lo referido anteriormente respecto al Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho, todo aquello es válido, es decir cuando se hable de Estado de Derecho, no desconocemos su evolución ni sus líneas directrices, sin embargo, al tener este trabajo de investigación una perspectiva eminentemente desde el Derecho Penal, corresponde enfatizar aquellos elementos pertinentes para con la investigación. De esta manera, para el desarrollo de este trabajo, el Estado de Derecho implica el respeto de los gobernantes y los gobernados a la Constitución Política del Estado y a las Leyes, es decir es el Estado sometido al Derecho donde rige el imperio de la ley como expresión de la voluntad general, la igualdad de las personas ante la Ley, la división e independencia de los Órganos del Estado que garantice el sistema democrático, y sobre todo el respeto a los derechos y garantías fundamentales que le asisten a las personas. Dicho así, el Estado de Derecho se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario como Estado con poder ilimitado, no controlado jurídicamente. Esto último halla su mayor relación con el Derecho Penal, puesto que en su mayoría los principios que inspiran al saber jurídico penal se traducen en derechos fundamentales propios del Estado de Derecho. De esta manera surge la controversial relación entre derecho penal del enemigo con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho, puesto que como ampliamente se vio en este capítulo, el derecho penal del enemigo implica la supresión o relativización de los derechos y garantías propias que proyecta el saber jurídico penal a través de sus principios rectores para proteger a las personas del ejercicio de

un ius puniendi ilimitado en detrimento de la dignidad de las personas. Ya la distinción misma entre “ciudadanos” y “enemigos” que propugna la tesis de Jakobs promueve una falta de respeto a la igualdad que debe existir entre las personas con relación a la ley. De esta manera, al insertar elementos del derecho penal del enemigo a la legislación actual a través de dispositivos legales no acordes al moderno Derecho Penal se abren las puertas para que el Estado pueda hacer, de manera paulatina, un ejercicio autoritario de la potestad punitiva en detrimento de los derechos mínimos que le asisten a los ciudadanos, lo cual facilita la posibilidad de subordinar a los demás órganos del Estado, convirtiéndose este en un Estado de Policía menoscabando el Estado de Derecho.

Como bien refiere Eugenio Zaffaroni en su obra *Manual de Derecho Penal Parte General*, existe una pugna, una batalla en todo momento, entre el estado de policía y el Estado de Derecho. El estado de policía es autoritario y arbitrario y en contraposición a este se halla el Estado de Derecho liberal/democrático. En el estado de policía el que manda es el gobierno, este no se somete a las leyes; en el Estado de Derecho todos se someten al Derecho, incluido el gobierno. El Estado de Derecho tiene encapsulado al estado de policía; mientras más se va acercando al modelo ideal de Estado de Derecho mejor contiene al estado de policía. El estado de policía, encapsulado, busca a través de sus pulsiones deteriorar al Estado de Derecho para poder salir.

El derecho penal del enemigo, a través de sus disposiciones legales no acordes al moderno Derecho Penal deterioran el Estado de Derecho, por la contraposición en la que se hallan sus disposiciones violatorias de los derechos mínimos que buscan proteger al ciudadano del uso arbitrario y abusivo de la potestad punitiva. Generalmente, el derecho penal del enemigo se incluye en las legislaciones de manera excepcional, es decir para específicos sectores de la criminalidad, sin embargo, ello también se halla en detrimento de la supuesta

igualdad ante la ley, por otra parte, como bien puntualiza Zaffaroni: “*históricamente se verifica que el derecho penal autoritario siempre se introduce como excepción y luego se generaliza y ordinariza*”³⁸.

2.4. CONCEPTOS Y DEFINICIONES

Para una mejor comprensión del presente trabajo, se considera conveniente puntualizar el significado de las siguientes palabras:

CIUDADANO, NA.-adj. y s. Natural o vecino de una ciudad. – Relativo a la ciudad o a los ciudadanos. – m. y f. El que está en posesión de los derechos que le permiten tomar parte en el gobierno de un país.³⁹

ENEMIGO, GA.-“adj. Contrario, opuesto. – m. y f. El que tiene mala voluntad a otro y le desea o hace mal. – m. El contrario en la guerra. – Diablo, demonio. – f. Enemistad, odio, oposición”.⁴⁰

“El contrario en la lucha, en las ideas, en los intereses. – Quien odia a otro, tiene mala voluntad contra él y le hace o desea mal. – En Derecho Canónico y en Teología, el diablo. – En Derecho Internacional y en la milicia, el adversario, contrario o rival en la guerra. – En el antiguo Derecho Penal, el homicida de su padre, de su madre o de alguno de sus parientes restante hasta el cuarto grado, o quien los había acusado de un grave delito. (*Dic. Der. Usual*).”⁴¹

PERSONA.-“Ser o entidad capaz de derechos y obligaciones aunque no tenga existencia individual física, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones. Esta definición coincide con la que expresa el Código Civil

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio. *MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. Ediar. Pg. 273. Buenos Aires-Argentina, 2007.

³⁹ Diccionario Enciclopédico. *OCEANO UNO COLOR*. Edición 1997. Impreso en España. Pg. 348.

⁴⁰ Diccionario Enciclopédico *OCEANO UNO COLOR*. Pg. 579. Impreso en España. Edición 1997.

⁴¹ OSSORIO, Manuel. *DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS POLITICAS Y SOCIALES*. Editorial Heliasta. 26° Edición actualizada, corregida y aumentada por GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS. Pg. 386.

argentino, al decir que son *personas* todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones.

Capitant hace una definición análoga cuando dice que *persona* es el ente al que se reconoce capacidad para ser sujeto de Derecho.”⁴²

DERECHO PENAL.- “Conforme a la acepción contenida en el *Diccionario* de la Academia, el que establece y regula la represión y castigo de los crímenes o delitos por medio de la imposición de las penas, definición notoriamente equivocada, porque no cabría reprimir y castigar los delitos si previamente no se hubiesen determinado las acciones que han de considerarse delictivas. De ahí que el *Derecho Penal* lo primero que ha de hacer es fijar los bienes jurídicos que han de ser protegidos penalmente y, sobre esos principios, variables en el tiempo y en el espacio, configurar específicamente los delitos y establecer la pena que a cada uno de ellos corresponden. Otra cosa equivaldría a quebrantar el aforismo, respetado por todos los pueblos que defienden la libertad y la dignidad de las personas, de que no hay pena, como tampoco hay delito, sin previa ley que los establezca. En los tiempos actuales, sólo los regímenes totalitarios y tiránicos han declarado la posibilidad de imponer penas sin una configuración previa de los hechos a que se tienen que aplicar.

La apreciación precedente encuentra apoyo en la definición que Jiménez de Asúa da del *Derecho Penal*, cuando dice que es un “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad de sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”.

⁴² OSSORIO, Manuel. Op. Cit. Pg. 747

R.C. Núñez lo define como “la rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles”. Esta visión del *Derecho Penal* (enjuiciada en sus términos y sin tener en cuenta otras consideraciones del propio autor) tal vez adolezca del mismo defecto que la acepción expuesta por la Academia; es decir que circunscribe la disciplina de que se trata a la facultad de castigar a los autores de infracciones punibles; pero omite la expresión de que el *Derecho Penal* debe señalar, en primer término, cuáles son las infracciones punibles.

FontánBalestra dice que “es la rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción”. Se advierte que en esta definición se contemplan los dos principales aspectos del Derecho Penal: la determinación de los hechos delictivos y su sancionabilidad.”⁴³

IUS PUNIENDI.—“La potestad punitiva o “*iuspuniendi*” (para lo que también se utiliza frecuentemente la denominación —no muy conveniente por inducir a confusión, como ya he advertido— de “derecho penal subjetivo” se refiere a la facultad que corresponde a un determinado sujeto —en concreto, en la actualidad al Estado— de imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos.”⁴⁴

ESTADO.— “Dar una definición del *Estado* y, sobre todo, hacerlo en pocas líneas, ofrece dificultades insuperables, porque se trata de un concepto muy discutido. Por ello es preferible limitarse a decir que, según Adolfo Posada, el *Estado* “es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume la mayor fuerza política”, y que para Capitant es “grupo de individuos

⁴³ OSSORIO, Manuel. Op. Cit.

⁴⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *CURSO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. Editorial Universitas, S.A. Pg. 47.

establecidos sobre un territorio determinado y sujetos a la autoridad de un mismo gobierno”.

Sin perjuicio de tal reserva, como orientación sintética de índole jurídica, social y política, cabe agregar estas acepciones: Cada una de las clases o jerarquías diferentes en una sociedad política. – Condición de una persona con relación al matrimonio: soltera, casada, divorciada, viuda. – Cuerpo político de una nación. – La nación misma, aunque esta sinonimia no sea técnica, por haber naciones que no son *Estados*, soberanos al menos. – La administración pública. – Territorio o país independiente. – La hacienda pública. –La sociedad jurídicamente organizada. –En los regímenes federales, cada territorio que posee cierta autonomía. (*Dic. Der. Usual*).⁴⁵

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.- “Fenómeno de exclusión penal a través del cual el Estado utiliza su poder de decisión, vigilancia y neutralización contra individuos que pueden no ser necesariamente infractores, sino considerados meros peligros potenciales para el Estado, y por ello la persecución penal para estos individuos puede empezar en un estadio previo a la lesión de bienes jurídicos protegidos adelantando la punición a los actos preparatorios, vulnerando derechos y garantías mínimas que le asisten a toda persona por su condición como tal, en inobservancia de principios limitadores del ius puniendi y/o relativizando o suprimiendo las garantías procesales para los enemigos, porque el individuo peligroso no ofrece una garantía cognitiva mínima al haberse separado de un modo duradero del ordenamiento jurídico, por ello ha sido desposeído de su status de persona, y debe ser tratado como no persona, como enemigo. Esta guerra refrenada contra el individuo peligroso, que llamamos derecho penal del enemigo, dinamitará el terreno jurídico con la creación y/o reforma de tipos delictivos con efecto meramente simbólico, tipos delictivos para su efectiva aplicación, y/o el incremento desproporcional de los

⁴⁵ OSSORIO, Manuel. Op. Cit. Pg. 400

marcos penales, generalmente, producto de reformas legislativas rápidas y superficiales que intentan tener un efecto tranquilizador en la sociedad mostrando un supuesto legislador atento y decidido en la lucha contra el delito y la delincuencia. A través de estos instrumentos (derecho penal simbólico y resurgimiento del punitivismo) el derecho penal del enemigo crea una identidad de excluidos en la sociedad, y dirige la atención hacia “los otros”, creando un verdadero derecho penal de autor basado en la selectividad en detrimento de los principios del hecho y de ofensividad, eliminando o relativizando las diferencias de categorías dogmáticas como la autoría y participación, actos preparatorios y tentativa. Así, se alucina una guerra y/o emergencia apocalíptica o se crea un discurso de moda, que legitima la aplicación de este fenómeno de exclusión penal. La relación con el enemigo no se determina por el derecho sino por la coacción física eficiente independientemente de la existencia de una lesión o víctima, en ocasiones en detrimento del valor libertad por la preponderancia del valor seguridad. Este fenómeno de exclusión penal halla su legitimidad en el derecho que tiene el ciudadano a la seguridad, y por su parte el derecho que tiene el Estado de procurarse seguridad así mismo. Por todo ello, el denominado derecho penal del enemigo se constituye en un verdadero Derecho de Estado, protegiendo siempre lo que es funcional a los intereses del poder político de turno, quienes individualizan al enemigo y determinan la forma de combatirlo.”⁴⁶

⁴⁶Es una definición del autor que suscribe el presente trabajo.

CAPÍTULO III

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

EN LA LEGISLACIÓN PENAL BOLIVIANA

A continuación, se procede a revisar la legislación penal vigente enfocando el análisis a aquellas normas jurídicas que llamen la atención por su coincidencia con los elementos establecidos en la definición de derecho penal del enemigo ensayado en el capítulo anterior. Para ello, se analiza la Constitución Política del Estado, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, Ley N° 004, Ley N° 007, y el Decreto Supremo N° 138.

3.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

“Artículo 111. Los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de traición a la patria, crímenes de guerra son imprescriptibles”.

En una primera aproximación, este artículo parece inofensivo. Sin embargo, póngase atención en el reconocimiento expreso que hace del delito de traición a la patria. En un Estado de Derecho, se acostumbra establecer la punición de los delitos en marcos penales, es decir estableciendo el mínimo y el máximo de la pena aplicable y la naturaleza de la misma. Sin embargo, en los delitos más graves, no se recurre a los marcos penales, sino se establece una pena fija, en el caso del delito de traición, 30 años de presidio sin derecho a indulto. Este artículo de la Constitución Política del Estado, establece la imprescriptibilidad de este delito desconociendo una garantía y derecho a un sector de la criminalidad pues el delito de traición a la patria no es un delito de lesa humanidad, y ese tratamiento mucho menos es sugerido por el saber jurídico penal. Más aún, este tratamiento es aberrante, y se comprenderá así cuando se analice el artículo

124 de este mismo cuerpo normativo pues desnaturaliza el delito de traición a la patria ampliando su alcance de manera completamente irracional. Este precepto constituye derecho penal del enemigo al establecer la imprescriptibilidad del delito de traición a la patria, lo cual implica el uso de un derecho penal simbólico, que como bien lo puntualiza Cancio Meliá, ello demoniza a un grupo de infractores y por ende crea un derecho penal de autor más que un derecho penal de acto, de tal manera que se deteriora el Estado de Derecho.

“Artículo 112. Los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad”.

Doctrinalmente, se acepta la imprescriptibilidad de ciertos delitos. Sin embargo, la figura de la prescripción, halla su fundamento no en la justicia sino más bien en la seguridad jurídica, porque ningún ciudadano puede vivir toda su vida, por tiempo ilimitado susceptible a persecución penal. Tanto la doctrina como los instrumentos jurídicos internacionales, aceptan la imprescriptibilidad exclusivamente para los delitos de lesa humanidad. Este artículo, nuevamente, establece la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por un sector de la criminalidad: los servidores públicos cuando cometan delitos que atenten contra el patrimonio del Estado causando grave daño económico. Ello sin lugar a duda, implica un tema sensible en nuestra sociedad: la corrupción. La pregunta sería: ¿Constituyen los delitos de corrupción, delitos de lesa humanidad? Aquí se evidencia la existencia de un derecho penal del enemigo en nuestra Constitución Política del Estado, y es menester reiterar aquí que los derechos consagrados por el Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, son irrenunciables. Renunciar a ellos, implica renunciar al Estado de Derecho.

Pero eso no es todo, además este artículo establece que estos delitos no admiten régimen de inmunidad. Y en virtud a este basamento y línea directriz que da nuestra Ley Fundamental, es que –como se verá posteriormente- se han eliminado los beneficios judiciales y procesales para este sector de la criminalidad.

“Artículo 123. La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución”.⁴⁷

Personalmente, creo que este artículo es uno de los más aberrantes. Es en virtud a este precepto legal que surge el deseo de estudiar este fenómeno con mayor amplitud para una mejor comprensión. Desde el año 2009 que se promulga la Nueva Constitución Política del Estado, surge el interés de entender este precepto legal y querer creer que no es tan malo lo que dispone. Pero en realidad si lo es. No existe forma racional de explicar tal disposición, que desnaturaliza de manera tan directa lo que es el Derecho Penal liberal en detrimento del Estado de Derecho. Desde los primeros cursos en la Universidad, se enseña que la ley solo rige para lo venidero a partir de su publicación. Y que solo, pero solo excepcionalmente se aplica esta de manera retroactiva en dos situaciones: en materia social cuando beneficia a los trabajadores; y en materia penal cuando beneficia al imputado. En síntesis la ley es retroactiva únicamente cuando beneficia, jamás cuando perjudica, y esto es aceptado por todos los juristas en materia penal, por los Tratados y Convenios Internacionales, y por las legislaciones en el mundo que siguen la corriente occidental. ¿Cómo explicar, entonces, los fundamentos de un

⁴⁷ La Sentencia Constitucional Plurinacional 770/2012 hace inoperante la aplicación retroactiva de la ley penal cuando esta es perjudicial.

precepto legal de tal naturaleza que hecha por la borda todo lo que propugna el saber jurídico penal? Los fundamentos de tal disposición, no se hallan sino en la tesis que propugna Jakobs: el derecho penal del enemigo. Este precepto jurídico, innova la retroactividad de la ley penal más perjudicial, y ello habilita a:

1. Aplicar penas más graves que no estaban vigentes al momento de la comisión de un hecho delictivo. Es decir, promulgar una ley posterior que incremente los marcos penales de delitos ya existentes, y aplicarlos retroactivamente.
2. Sancionar conductas que no estaban descritas como delictivas en una ley penal al momento de su comisión. Es decir, crear tipos delictivos y aplicarlos retroactivamente.

Ambos elementos, sin ninguna duda violan el principio de legalidad en ambas vertientes: *nullum crimen y nulla poena*; y en una de sus cuatro consecuencias: *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Necesidad de ley previa (prohibición de retroactividad) *“Este postulado y sus consecuencias, fueron consagrados para evitar injusticias y arbitrariedades de los estados al momento de ejercer su potestad punitiva”*.⁴⁸

Pero no solo eso, también con este precepto legal, se viola el principio de la ley penal más favorable, al habilitar la aplicación de la ley penal más perjudicial. Por otra parte, pretende hacer creer que el tratamiento de la corrupción es un ámbito distinto del penal, y ello no es así, hablar de corrupción es hablar de Derecho Penal y por ende regulado con todo y los derechos consagrados por este saber jurídico.

Por si fuera poco, este precepto se halla establecido en el Capítulo Primero “Garantías Jurisdiccionales” del Título IV de la Constitución Política del Estado. Como si tremenda disposición “constitucional” pudiera ser considerada “garantía jurisdiccional” para los ciudadanos. ¿Acaso no es ciudadano el servidor público y el ex servidor público? Sin lugar a dudas este precepto legal

⁴⁸ZARATE HINOJOSA, Alan Mauricio. *La Retroactividad de la Ley en el País*. Publicado a nivel nacional en la sección IDEAS, POLÍTICA Y ARTES. Pg. 2 del periódico Página SIETE. Domingo 20 de junio de 2010.

crea una identidad social de los excluidos, dirige la atención hacia “los otros”, ellos son los servidores y ex servidores públicos, a quienes se les despoja de derechos pues esta disposición constituye una garantía jurisdiccional solo para los que no somos ni hemos sido antes, servidores públicos. Se despoja de derechos elementales a este sector de la criminalidad, derechos que rigen para todos, no solo para algunos o para los muchos, para todos. *“En Bolivia, con la Asamblea Constituyente del Presidente Evo Morales, me queda la duda de si las modificaciones e innovaciones citadas en el contenido del presente texto, responden al desarrollo de una sociedad, o se consideró a los doctrinarios de Bolivia y el mundo, o simplemente hay una mala intención de los gobernantes de inobservar principios rectores de la Ciencia del Derecho, dejando así al ciudadano a su suerte frente a la potestad punitiva del Estado”.*⁴⁹

Se observa una técnica legislativa absurda en el precepto constitucional (en realidad en todo el texto constitucional y en las leyes nuevas) al establecer la especificidad de ambos géneros, por ejemplo: trabajadoras y trabajadores, bolivianas y bolivianos, etc., y ello no tiene coherencia con lo que se propugna en la doctrina referido a la economía legislativa. Ello, además de poner en evidencia el poco debate al que fue sometido la aprobación de nuestra Constitución Política del Estado, genera una consecuencia en su interpretación. Al utilizarse esa técnica legislativa absurda, cuando el precepto constitucional establece solo la retroactividad de la ley en materia de corrupción para los servidores públicos, ello conllevaría a establecer (por la prohibición de analogía in malam partem en materia penal) que la retroactividad en materia de corrupción solo sería aplicable a los servidores públicos y no así a las servidoras públicas.

⁴⁹ZÁRATE HINOJOSA, Alan. *La Retroactividad de la Ley en el País*. Publicado en Revista “PERSPECTIVAS ANALÍTICAS DESDE LA AUXILIATURA DE DOCENCIA”. Pg. 83. Publicación de la Organización de Auxiliares de Docencia de la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés. La Paz-Bolivia, 2011.

Para culminar el análisis de este precepto constitucional, por el momento y solo por el momento (porque no olvidemos que este precepto da lugar a la aplicación retroactiva de la Ley N° 004), dejemos sentado que en virtud a esta norma, solo sería aplicable la retroactividad en materia de corrupción para servidores públicos y no para particulares. Sin embargo, en un desatino –conforme a un análisis integral- la Ley 004 también dispone la retroactividad en materia de corrupción para particulares. Ello, será objeto de análisis en su momento.

“Artículo 124. I. Comete delito de traición a la patria la boliviana o el boliviano que incurra en los siguientes hechos:

1. Que tome armas contra su país, se ponga al servicio de estados extranjeros participantes, o entre en complicidad con el enemigo, en caso de guerra internacional contra Bolivia.
2. Que viole el régimen constitucional de recursos naturales.
3. Que atente contra la unidad del país.

II. Este delito merecerá la máxima sanción penal”.

Tradicionalmente el delito de traición a la patria requiere de una esencial *condictio sine qua non*: el estado de guerra extranjera. Se entiende que este delito protege la fidelidad que le debe el ciudadano al estado boliviano y a sus aliados en situación de guerra extranjera. El sujeto activo no solo es el ciudadano boliviano sino también el residente extranjero, todo esto conforme al Código Penal. La sanción a este delito es la máxima sanción penal, es decir 30 años de presidio sin derecho a indulto. Tanto en la Constitución Política del Estado, como en el Código Penal, la sanción no está establecida en un marco penal, sino en una pena fija, por la gravedad del delito. Sin embargo, con la nueva concepción del delito de traición a la patria en virtud al artículo 124 se ha desnaturalizado completamente el delito de traición a la patria. Y ello, porque se ha ampliado el alcance de una manera completamente absurda, en la que se

establecen supuestos de traición a la patria que no requieren el estado de belicosidad, y que tienen que ver con el régimen constitucional de los recursos naturales y la unidad del país. Al ampliarse inmensamente el alcance de este delito, y al hallar esta nueva disposición nada más y nada menos que en la Constitución Política del Estado, es directamente aplicable. Bolivia se constituye de esta manera en el país vanguardista de la desnaturalización del delito de traición a la patria, pero: ¿Será esto realmente un avance? Al incorporar nuevos elementos que hacen al alcance de este delito, la redacción es demasiado abstracta, lo cual lesiona el principio de legalidad, al no estar redactado de forma taxativa, nuevamente en detrimento del Estado de Derecho. Temas como contratos con empresas extranjeras, que debieran ser regulados por el Derecho Administrativo, o en el peor de los casos: materia penal por delitos de corrupción, podrían terminar tratándose bajo la figura del delito de traición a la patria. Pero ello no es el mayor peligro, sino el hecho de recibir la máxima sanción penal que nuestro país reconoce: 30 años de presidio sin derecho a indulto. En definitiva, este precepto legal es un detonante más incorporado en el terreno jurídico, nuevamente se identifica –de acuerdo al numeral 2 del precepto en cuestión- al servidor público como receptor de un derecho penal discriminatorio, puesto que son los servidores públicos quienes en sus funciones responden por la administración de los recursos naturales. Por otro lado, conforme al artículo 111 de este mismo cuerpo legal que fue objeto de un análisis anterior, los delitos de traición a la patria son delitos imprescriptibles.

No es saludable para la seguridad jurídica, la redacción de tipos penales demasiado abstractos y difusos. El numeral tres de este precepto, establece que se entiende como delito de traición a la patria el atentar contra la unidad del país. ¿Cuáles son esos supuestos en concreto? ¿Cuáles son las conductas concretas prohibidas, que se entienden como atentados a la unidad del país? ¿Es un atentado contra la unidad del país hablar de federalismo? ¿De autonomía? Por otro lado en virtud a este numeral los terroristas también

demandarían un derecho penal del enemigo y la máxima sanción penal. Personalmente, me queda la gran duda de que es realmente (conforme a los numerales 2 y 3 de este artículo) el delito de traición a la patria. Pues conforme al Código Penal, se requiere del estado de guerra extranjera, el sujeto activo puede ser el boliviano o el residente extranjero. Conforme a la Constitución Política del Estado, solo el boliviano, y además en los casos descritos no se requiere del estado de guerra extranjera. Considero que esta innovación de la Constitución Política del Estado, para no dejar tanta interrogante debe sustentarse en una ley, o el Tribunal Constitucional Plurinacional realizar una interpretación vinculante. Muy aparte de ello, este precepto constitucional es un elemento más que hace al derecho penal del enemigo, al recurrir al derecho penal simbólico y al resurgimiento del punitivismo en detrimento del Estado de Derecho.

“Artículo 324. No prescribirán las deudas por daños económicos causados al Estado”.

Nuevamente resulta pertinente cuestionar: ¿Las deudas por daños económicos al Estado son delitos de lesa humanidad? La doctrina penal y los instrumentos jurídicos internacionales solo reconocen como imprescriptibles los delitos de lesa humanidad. Cabe precisar que este precepto no se dirige al servidor público únicamente, sino contra cualquier otro ciudadano que cause un daño económico al Estado. La prescripción halla su fundamento en la seguridad jurídica, pues ningún ciudadano puede vivir susceptible de persecución penal por tiempo indeterminado. Sin embargo, conforme a la identidad de excluidos que crea este derecho penal simbólico, la prescripción es un privilegio para otros sectores de la criminalidad, no para éste. Por cierto, en el tema de impuestos, que puede ser relacionado con deudas al Estado, deberá guardarse eternamente los documentos en caso de requerirse para un descargo posterior, porque esas deudas no prescriben jamás. Despojar de derechos que le asisten

a la criminalidad en general a sectores específicos de la criminalidad, deteriora el Estado de Derecho, justamente porque suprime derechos de las personas, demonizando sectores específicos de la criminalidad, máxime que el uso de la potestad punitiva arbitraria y sin límites se introduce de manera excepcional para luego generalizarse.

“Artículo 359. I. Los hidrocarburos, cualquiera sea el estado en que se encuentren o la forma en la que se presenten, son de propiedad inalienable e imprescriptible del pueblo boliviano. El Estado, en nombre y representación del pueblo boliviano, ejerce la propiedad de toda la producción de hidrocarburos del país y es el único facultado para su comercialización. La totalidad de los ingresos percibidos por la comercialización de los hidrocarburos será propiedad del Estado.

II. Ningún contrato, acuerdo o convenio, de forma, directa o indirecta, tácita o expresa, podrá vulnerar total o parcialmente lo establecido en el presente artículo. En el caso de vulneración de los contratos serán nulos de pleno derecho y quienes los hayan acordado, firmado, aprobado o ejecutado, cometerán delito de traición a la patria”.

Este artículo en concordancia con los anteriormente revisados no hace más que confirmar lo que se estableció con anterioridad. Delitos relacionados con corrupción y/o recursos naturales son tratados bajo la figura de traición a la patria y ello conlleva la punición máxima de 30 años de presidio sin derecho a indulto. En el caso concreto un tema de contratos también se estaría ventilando bajo esta figura. Nuevamente, los servidores públicos son objeto de este fenómeno de exclusión penal. Como se vio en el marco teórico, generalmente los fenómenos ante los cuales se combate con derecho penal del enemigo, son: el terrorismo, el narcotráfico, la corrupción, la criminalidad organizada, etc.

3.2. CÓDIGO PENAL

“Artículo 132.- (ASOCIACIÓN DELICTUOSA). El que formare parte de una asociación de cuatro (4) o más personas, destinada a cometer delitos, será sancionado con reclusión de seis (6) meses a dos (2) años o prestación de trabajo de un (1) mes a un (1) año.

Igual pena se aplicará a los que formaren parte de bandas juveniles con objeto de provocar desórdenes, ultrajes, injurias o cualquier otro delito”.

Este precepto legal en su primer párrafo penaliza la mera pertenencia a una asociación delictuosa destinada a cometer determinados delitos. Debido a esta redacción se lesiona el principio del hecho, y se relativiza las categorías de autoría y participación, puesto que se penaliza la mera pertenencia a un grupo, aun cuando no se haya tomado parte en la realización de un hecho delictivo. El mismo comentario merece la redacción del artículo 132 Bis que tiene por nomen iuris: Organización Criminal.

“Artículo 133.- (TERRORISMO). El que formare parte, actuare al servicio o colabore de cualquier forma con una organización armada destinada a cometer delitos contra la seguridad común, delitos contra la vida o delitos contra la integridad corporal, con la finalidad de subvertir el orden constitucional, deponer al gobierno elegido constitucionalmente, mantener en estado de alarma o pánico colectivo a la población o a un sector de ella, será sancionado con presidio de quince (15) a veinte (20) años, sin perjuicio de la pena que le corresponda si se cometieran tales delitos.”⁵⁰

⁵⁰ El análisis de la figura del terrorismo que ofrece este trabajo ha sido realizado en virtud a la Ley N° 170 de 9 de septiembre de 2011, conforme a la delimitación temporal de este trabajo. Sin embargo, es necesario referir también que al momento de la defensa de este trabajo existe una reforma posterior de esta figura delictiva que ofrece la Ley N° 262 de 30 de julio de 2012, que sin embargo el análisis es el mismo, pues, aunque se pretende adecuar la redacción del terrorismo a los principios del Derecho Penal liberal, en su tercer párrafo, de manera más solapada, se mantiene la redacción peligrósista del terrorismo, esta figura queda redactada de la siguiente manera:

“Artículo 133. (TERRORISMO). El que cometiere hechos punibles que constituyan delitos contra la seguridad común, la salud pública y atentare contra la seguridad de los medios de transporte; la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad de Jefes

Este artículo fue modificado por el párrafo I del artículo 2 de la Ley N° 170 de 9 de septiembre de 2011. Es imposible hablar de derecho penal del enemigo sin hablar de terrorismo, puesto que Jakobs reintrodujo el debate de su tesis a partir de lo ocurrido el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York. Personalmente considero que este precepto sanciona actos preparatorios, cuando no meros pensamientos, es así que la última parte de este artículo refiere literalmente “*sin perjuicio de la pena que le corresponda si se cometieran tales delitos*”. Cuando el legislador, redacta esta conducta prohibida al referir “*El que formare parte*”, está penalizando un acto de mera pertenencia sin que se requiera una conducta penalmente relevante a través de las formas de participación: autoría inmediata, mediata, coautoría, complicidad, instigación, colaboración necesaria. A su vez, penaliza el actuar al servicio o colaborar de cualquier forma con una organización armada destinada a cometer delitos contra la seguridad común, delitos contra la vida o delitos contra la integridad corporal, con la finalidad de subvertir el orden constitucional, deponer al gobierno elegido constitucionalmente, mantener en estado de alarma o pánico colectivo a la población o a un sector de ella, sin que se especifique que esta colaboración tenga que ser penalmente relevante, siendo un desatino que se penalice cualquier forma de colaboración. Es más, la colaboración en la comisión de un delito está sancionada bajo la figura de la complicidad, de tal manera que al penalizar la colaboración, se suprime la diferencia entre autoría y participación, de esta manera el cómplice deja de ser cómplice y se convierte,

de Estado extranjeros o de otras autoridades que son internacionalmente protegidas en razón de sus cargos, con la finalidad de intimidar o mantener en estado de alarma o pánico colectivo a la población, a un sector de ella u obligar a un gobierno nacional, extranjero u organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; subvertir el orden constitucional o deponer al gobierno elegido constitucionalmente, será sancionado con presidio de quince (15) a veinte (20) años, sin perjuicio de la pena que le corresponda si se cometieran tales hechos punibles.

También comete el delito de terrorismo el que, se apodere de una aeronave en vuelo o buque mediante violencia, amenaza o cualquier otra forma de intimidación, el que atente contra la vida o integridad de una persona internacionalmente protegida o cometa un atentado violento contra locales oficiales, residencia particular o medio de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad; el que entregue, coloque, arroje o detone un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero en contra de un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte o instalación de infraestructura pública, será sancionado con presidio de quince (15) a veinte (20) años.

Será sancionado con la misma pena el que promoviere, creare, dirigiere, formare parte o prestare apoyo a una organización destinada a la realización de las conductas tipificadas en el presente artículo.

Las conductas que tengan por finalidad la reivindicación o ejercicio de derechos humanos, derechos sociales o cualquier otro derecho constitucional, no serán sancionadas como delito de Terrorismo”.

también, en autor del delito, aunque no haya tenido el dominio del hecho. Al penalizar cualquier forma de colaboración, se abre una grandísima posibilidad de un uso ilimitado de la potestad punitiva, esta reitero, debe ser penalmente relevante, y tratarse de acuerdo al sistema diferenciador de las formas de participación, pues dada tal redacción cabe preguntar: ¿El hospedaje a los terroristas, en un hotel, sin conocimiento de sus propósitos, es una colaboración penalmente relevante? Lo contrario es actuar en detrimento del Estado de Derecho, puesto que no se puede penalizar el pensamiento, ello se contrapone al principio de legalidad, tampoco cualquier colaboración a título de autoría, menos si esta no es penalmente relevante, tampoco puede adelantarse la punición a los actos preparatorios, ni siquiera en un delito como el terrorismo, puesto que el Derecho Penal no tiene el poder para evitar la guerra, las atentados terroristas, las masacres, los genocidios, etc., como dice el profesor Daniel Pastor: *“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”*⁵¹

“Artículo 162.- (DESACATO). El que por cualquier medio calumniare, injuriare o difamare a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas, será sancionado con privación de libertad de un (1) mes a dos (2) años.

Si los actos anteriores fueren dirigidos contra el Presidente o Vicepresidente de la República, Ministros de Estado o de la Corte Suprema o de un miembro del Congreso, la sanción será agravada en una mitad”⁵².

⁵¹PASTOR, Daniel. *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 Jakobs. Ed. Ara Editores. Perú. Pg. 808.

⁵² Este artículo es analizado debido a la delimitación temporal del presente trabajo. Es menester señalar que al momento de la defensa de este trabajo este artículo ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia Constitucional Plurinacional 1250/2012-R

Personalmente considero este precepto legal atentatorio contra la libertad de expresión. El bien jurídico protegido por el artículo referido es la función pública. Pero, la redacción del tipo remite a las figuras delictivas: la injuria, calumnia y la difamación. De esta manera, este precepto legal, no solo protege la función pública sino también el honor. Corresponde un análisis por cuerda separada. La difamación consiste en revelar o divulgar una conducta, calidad o hecho capaces de afectar la reputación de una persona individual o colectiva. Y ello, aplicado a la interpretación del delito de desacato, constituye algo terriblemente desproporcional porque se contrapone con el derecho de informar y de información respecto al manejo público del Estado que tienen todas las personas y que hacen a la democracia misma. Generando además un temor reverencial que cae dentro del ámbito de la impunidad de delitos al limitarse estos derechos: derecho a la información y a la libertad de expresión.

La calumnia que consiste en imputar a otro falsamente la comisión de un delito, también constituye desproporcional tratarlo en la figura del desacato pues también se tiene una figura delictiva que tiene por nomen iuris: acusación y denuncia falsa, que no dejaría en estado de indefensión al servidor público.

Por último la figura delictiva de la injuria que consiste en ofender la dignidad y decoro de una persona de modo directo y a través de cualquier medio. Constituye algo desproporcional tratarlo bajo la figura del desacato, pues la injuria estrictamente protege la dignidad y el decoro, no la función pública, que conlleva pena más gravosa y persecución penal distinta, puesto que estas tres figuras delictivas a las que nos remite el desacato son delitos de acción penal privada, y el desacato un delito de acción penal pública. De esta manera considero, completamente justificado que el desacato establezca una punición y tratamiento diferenciado en relación a ciudadanos y servidores públicos, puesto que de acuerdo a una interpretación teleológica, este precepto protege tanto el honor del funcionario, como la función pública misma. Sin embargo, me parece

un exceso, dado los derechos que se hallan limitados por esta figura delictiva (libertad de expresión e información), constituyendo esta figura delictiva en un precepto en absoluto no necesario, pues el servidor público tiene al igual que cualquier otro ciudadano los mecanismos jurídicos de la difamación, injuria, calumnia y además de acusación y denuncia falsa. Desacato, en ese sentido, sinónimo de derecho penal simbólico.

3.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

“Artículo 247.- (Causales de Revocación). Las medidas sustitutivas a la detención preventiva podrán ser revocadas por las siguientes causales:

- 1) Cuando el imputado incumpla cualesquiera de las obligaciones impuestas;
- 2) Cuando se compruebe que el imputado realiza actos preparatorios de fuga o de obstaculización en la averiguación de la verdad;
- 3) Cuando se inicie en contra del imputado un nuevo proceso penal por la comisión de otro delito.

La revocación dará lugar a la detención preventiva en los casos en que esta medida cautelar sea procedente”.⁵³

Este artículo fue modificado por la Ley N° 2494, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, publicada el 5 de agosto de 2003, con la incorporación del inciso 3. Esta ley empieza, a mi entender, un ciclo de endurecimiento en el tratamiento penal a título de seguridad en detrimento de derechos mínimos reconocidos. El inciso 3 de este precepto legal sin lugar a dudas hecha por la borda el principio de presunción de inocencia pues da un lineamiento que ante un denuncia se presume la culpabilidad, no tiene otra explicación que el inicio

⁵³ Al momento de la defensa del presente trabajo existe una reforma posterior de este artículo en virtud a la Ley N° 264, de 31 de julio de 2012, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana “Para una Vida Segura”. Sin embargo, esta reforma literalmente no cambia ni una sola letra a la redacción de este artículo que brindaba la reforma del año 2003, por lo que el análisis y comentario es el mismo.

de un nuevo proceso penal en contra del imputado sea una causal de revocación de las medidas sustitutivas, pues ello conlleva a imponer medidas cautelares de carácter personal más gravosas, como ser la detención preventiva. Y sorprende, que el referido inciso no refiera a una sentencia ejecutoriada, que sería completamente coherente con la presunción de inocencia. Resaltando que no es necesario una acusación, o tener una sentencia condenatoria en primera instancia, ni siquiera una imputación formal. Basta una mera imputación genérica para revocar las medidas sustitutivas y aplicar medidas más gravosas para el imputado. Un elemento del derecho penal del enemigo sin lugar a dudas, debido a este menoscabo a una garantía jurisdiccional que dinamita de manera completamente peligrosa el terreno jurídico, deslizándose el péndulo de nuestro país del garantismo hacia una inseguridad jurídica de grandes proporciones incompatible con el Estado de Derecho.

“Artículo 282.- (AGENTE ENCUBIERTO). En la investigación de delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, en caso de ausencia o insuficiencia de medios de prueba, el fiscal podrá solicitar fundadamente, bajo su responsabilidad, al juez de la instrucción, autorización para la intervención, en calidad de agentes encubiertos, de miembros de la Policía Nacional altamente calificados, sin antecedentes penales o disciplinarios, que presten su consentimiento al efecto.

La resolución del juez de la instrucción que autorice la intervención del agente encubierto consignará la identidad supuesta del mismo que será mantenida en reserva y se conservará fuera de las actuaciones con la debida seguridad en sobre cerrado y lacrado que contendrá además la identidad verdadera del agente.

El agente encubierto mantendrá informado al fiscal encargado de la investigación sobre las actividades realizadas y por realizarse en el curso de la misma y sobre la información que vaya obteniendo.

Las declaraciones testimoniales del agente encubierto no serán suficientes para fundar una condena si no se cuenta con prueba adicional incorporada válidamente al proceso.

El agente encubierto no estará exento de la responsabilidad que corresponda, si en el curso de la investigación realiza actos distintos a los específicamente encomendados o con evidente exceso o desproporcionalidad, con relación a las necesidades o finalidades de la misma”.⁵⁴

Tanto el profesor Zaffaroni como el profesor Villamor cuestionan la constitucionalidad de esta figura del Agente Encubierto. Según Zaffaroni, existen aún en el moderno proceso penal elementos del sistema inquisitivo, como los agentes encubiertos, espías, testigos y jueces anónimos, etc. Según Fernando Villamor Lucía en su obra *Una Aproximación al Derecho Penal del Enemigo*, entre los años 70 y 90 del siglo pasado el gobierno norteamericano habría ejercido presión en nuestro país para que se incorpore en nuestro Código de Procedimiento Penal tanto la figura del agente encubierto como de la entrega vigilada. Zaffaroni, refiere que esta figura lesiona el principio de

⁵⁴ El análisis realizado sobre este artículo es en virtud a la Ley N° 1970. Sin embargo es menester referir que al momento de la defensa de este trabajo existe una reforma posterior de este artículo que brinda la Ley N° 263, de 31 de julio de 2012, Ley Integral para la Trata y Tráfico de Personas, sin embargo el análisis sigue siendo el mismo, solo se ha ampliado el margen de acción del agente encubierto a los delitos de trata y tráfico de personas. Este artículo queda actualmente redactado de la siguiente manera:

“Artículo 282. (AGENTE ENCUBIERTO). En la investigación de delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, trata y tráfico de personas, en caso de ausencia o insuficiencia de medios de prueba, el Ministerio Público podrá solicitar fundadamente, bajo su responsabilidad, al Juez o la Juez de Instrucción en lo Penal, la autorización de intervención de agentes encubiertos, de miembros de la Policía Boliviana especializados, sin antecedentes penales o disciplinarios que presten su consentimiento al efecto.

La resolución de la autoridad jurisdiccional que autorice la intervención de la o el agente encubierto, consignará la identidad supuesta del mismo, que será mantenida en reserva y se conservará fuera de las actuaciones con la debida seguridad, en sobre cerrado y lacrado, que contendrá además la identidad verdadera de la o el agente.

La o el agente encubierto mantendrá informado a la o el Fiscal que tiene a su cargo la dirección funcional de la investigación sobre las actividades realizadas y a realizarse en el curso de la misma y sobre la información que vaya obteniéndose.

Las declaraciones testimoniales de la o el agente encubierto, no serán suficientes para fundar una condena si no cuenta con prueba adicional incorporada válidamente al proceso.

La o el agente encubierto no estará exenta o exento de la responsabilidad que corresponda, si en el curso de la investigación realiza actos distintos a los específicamente encomendados, o con evidente exceso desproporcionalidad, con relación a las necesidades o finalidades de la misma”.

superioridad ética del Estado. Para ilustrar mejor la figura refiere: “(...) *el Estado manda a un señor a delinquir, bueno, delinca, y yo que soy víctima de ese señor me lo tengo que aguantar porque ese señor es un funcionario del Estado que está victimizándome a mí para realizar la justicia penal, yo soy un ciudadano que no tengo derecho a gozar de todos mis derechos, mis bienes, etcétera. Y nadie tiene porqué interferir en mi vida, ni privarme de ningún derecho con el pretexto de que al valor supremo de realización de la justicia penal, me está defendiendo, como me está defendiendo me roba el auto y si yo llego a sacar un arma en legítima defensa para defender mi propiedad que es el auto, entonces me matan. Y bueno porque lo mandó el juez a hacer eso, esas son violaciones al principio de superioridad ética del Estado*”.⁵⁵ Por otra parte, esta figura lesiona –según William Herrera Añez- el derecho a la intimidad y a la privacidad, pues el agente enviado por el Estado si bien realiza su labor con una idea de persecución penal, y poder conocer de hechos delictivos cometidos o en vías de preparación, con una identidad falsa llega a ganarse la confianza del círculo delictivo en cuestión llegando a conocer cuestiones estrictamente personales de las personas objeto de investigación e incluso de otras terceras. El mismo comentario merece el artículo 283 que tiene por nomen iuris “Entrega Vigilada”.

3.4. LEY N° 004 LEY DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO E INVESTIGACIÓN DE FORTUNAS “MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ”

⁵⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *ESTRUCTURA BÁSICA DEL DERECHO PENAL*. DVD 1.

Esta ley establece reformas tanto de naturaleza sustantiva como adjetiva y a su vez crea nuevos tipos delictivos. Se analiza aquellas que coincidan con los elementos del derecho penal del enemigo, por cuerda separada.

3.4.1.REFORMA AL CÓDIGO PENAL

“Artículo 105.- (TÉRMINOS PARA LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA). La potestad para ejecutar la pena prescribe:

- 1) En diez (10) años, si se trata de pena privativa de libertad mayor de seis (6) años.
- 2) En siete (7) años, tratándose de penas privativas de libertad menores de seis (6) años y mayores de dos (2).
- 3) En cinco (5) años, si se trata de las demás penas.

Estos plazos empezarán a correr desde el día de la notificación con la sentencia condenatoria, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiera empezado a cumplirse.

No procederá la prescripción de la pena, bajo ninguna circunstancia, en delitos de corrupción”.

Este precepto legal fue modificado por el artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz” que incorpora la última parte estableciendo que la prescripción de la pena no procede bajo ninguna circunstancia en delitos de corrupción, ello en concordancia con el lineamiento que dan los artículos 112 y 324 de la Ley Fundamental, cual si se trataran de delitos de lesa humanidad. Se da por reproducido todo lo referido al derecho penal simbólico que legitima la supresión de derechos mínimos a sectores específicos de la criminalidad creando un derecho penal del enemigo, además

de ello, es parte del derecho penal del enemigo incrementar los marcos penales de manera desproporcional de figuras delictivas ya existentes, y que existe una mera finalidad de mostrar a un legislador atento y decidido en su lucha contra el delito.

“Artículo 142.- (PECULADO). La servidora o el servidor público que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años y multa de doscientos (200) a quinientos (500) días”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. En virtud al artículo 24 de la referida Ley, este delito constituye un delito de corrupción. Anteriormente el precepto legal solo hacía referencia al funcionario público, sin embargo, la reforma de la Ley 004 establece la especificidad de la servidora y el servidor público, algo que parece no merecer esa aclaración. Además de ello, en la definición ensayada de derecho penal del enemigo, se establecía que de acuerdo a este fenómeno se da una inflación penal caracterizado por reformas rápidas y superficiales, pues antes –como afirma Cancio Meliá- existía un núcleo duro en las legislaciones penales que para ser objeto de cualquier tipo de cambio requerían debate técnico, etc., y que sin embargo hoy por hoy se siente una inflación de las leyes penales sin ningún tipo de debate. Personalmente, creo que al observar preceptos penales con una nula técnica legislativa, ya sugiere la existencia de un derecho penal del enemigo, una irresponsabilidad por parte del Estado en la promulgación de leyes nada más y nada menos en materia penal, sin técnica legislativa, sin debate previo, y en franca vulneración de derechos y garantías. Existe, como afirma Villamor, un “afán legiferante”, un afán de emitir leyes penales y querer solucionar todos los problemas de la sociedad con la ley

penal. A su vez, Zaffaroni también describe este fenómeno de la ley penal, llegando a un sarcasmo de decir que un día el cáncer y el sida estarán prohibidos en la ley penal, que la inflación referida es tal que directamente no la conocen los profesores de Derecho Penal, ni los jueces, que en ocasiones pueden dictar sentencia amparados en leyes penales abrogadas o derogadas.

El aumento desproporcional de las penas, constituye lo que denomina Cancio Meliá, el resurgimiento del punitivismo, que es atentatorio con los principios de proporcionalidad y de humanidad de las penas. En Bolivia, como se ha visto, la moda última es combatir la corrupción con vulneración de derechos y garantías mínimas reconocidas a los ciudadanos, con la supresión de beneficios judiciales, aplicando retroactivamente la ley, y por supuesto no iba a ser excluida de esta moda la incrementación de los marcos penales.

Un incremento que en el caso concreto de este artículo se observa, pues antes de la publicación de la Ley 004, esta figura delictiva estaba sancionada con un marco penal de privación de libertad de 3 a 8 años y multa de sesenta a doscientos días. Ahora con la Ley 004 el nuevo marco penal es de pena de privación de libertad de 5 a 10 años de privación de libertad y multa de 200 a 500 días. Además de ello, y en una interpretación integral la Ley Fundamental en virtud a su artículo 123 habilita la aplicación retroactiva de este nuevo marco penal. En síntesis derecho penal simbólico y resurgimiento del punitivismo.

“Artículo 144.- (MALVERSACIÓN). La servidora o el servidor público que diere a los caudales que administra, percibe o custodia, una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados, será sancionada con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos cincuenta (250) días.

Si del hecho resultare daño o entorpecimiento para el servicio público, la sanción será agravada en un tercio”.

Este precepto legal fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. En virtud al artículo 24 de la referida Ley, este delito constituye un delito de corrupción. Este artículo fue modificado en dos aspectos: Por un lado, el establecimiento específico de la servidora o el servidor público, pues anteriormente el tipo delictivo refería al “funcionario público”, sin que ello excluya de la punición de estos delitos a las servidoras públicas, constituyendo una modificación absurda sin considerar elementos de técnica y economía legislativa. Por otro lado se incrementa el marco penal de esta figura delictiva de manera desproporcional pues anteriormente el marco penal de esta figura delictiva era reclusión de un mes a un año o multa de veinte a doscientos cuarenta días y ahora con la reforma de la Ley 004 el marco penal establece un mínimo de tres (3) a ocho (8) años de privación de libertad y multa de cien (100) a doscientos cincuenta (250) días. Este incremento desproporcional de los marcos penales hace al establecimiento en nuestra legislación del derecho penal del enemigo.

“Artículo 145.- (COHECHO PASIVO PROPIO). La servidora o el servidor público o autoridad que para hacer o dejar de hacer un acto relativo a sus funciones o contrario a los deberes de su cargo, recibiere directamente o por interpuesta persona, para sí o un tercero, dádivas o cualquier otra ventaja o aceptare ofrecimientos o promesas, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a ciento cincuenta (150) días”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Constituye un delito de corrupción en virtud al artículo 24 de la referida Ley. Nuevamente se observa la incorporación de dos elementos: La especificidad de la servidora y servidor

público y el incremento de la sanción. Anteriormente esta figura delictiva establecía una consecuencia jurídica de presidio de dos a seis años y multa de treinta a cien días. Hoy con la reforma de la referida ley se establece privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a ciento cincuenta (150) días, constituyendo, a mi parecer, un incremento desproporcional dada la figura delictiva, nuevamente conforme la descripción del fenómeno, con una mera búsqueda de mostrar un legislador atento y decidido en la lucha contra la criminalidad, que en esta coyuntura ha demonizado la función pública. Derecho penal simbólico y resurgimiento del punitivismo, en síntesis.

“Artículo 146.- (USO INDEBIDO DE INFLUENCIAS). La servidora o el servidor público o autoridad que directamente o por interpuesta persona y aprovechando de las funciones que ejerce o usando indebidamente de las influencias derivadas de las mismas obtuviere ventajas o beneficios, para sí o para un tercero, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y multa de cien (100) a quinientos (500) días”.

Este precepto legal fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Constituye un delito de corrupción en virtud al artículo 24 de la referida Ley. Además de establecer, a diferencia de la redacción anterior, la especificidad de género en el sujeto activo, se incrementa el marco penal. Esta figura delictiva, antes de la Ley 004 estaba penada con presidio de dos a ocho años y multa de cien a quinientos días. Actualmente, con la nueva reforma esta figura delictiva queda penada con presidio de tres (3) a ocho (8) años, sin exacerbar o agravar la pena de multa que estaba ya dispuesta. Incremento del marco penal de figuras delictivas ya existentes sinónimo de derecho penal simbólico y resurgimiento del punitivismo, por ende, linaje del derecho penal del enemigo.

“Artículo 147.- (BENEFICIOS EN RAZÓN DEL CARGO). La servidora o el servidor público o autoridad que en consideración a su cargo admitiere regalos u otros beneficios, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos cincuenta (250) días”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Constituye un delito de corrupción en virtud al artículo 24 de la referida Ley. Antes de esta reforma este delito estaba penado con reclusión de uno a tres años y multa de sesenta a doscientos días. Habiendo el legislador incrementado severamente el marco penal. Este precepto legal, es una norma prohibitiva, es decir prohíbe una conducta penalizando la desobediencia a la orden, sin considerar la lesión al bien jurídico protegido, pues no hace referencia a un perjuicio a la administración por consecuencia a la admisión de regalos u otros beneficios, de esta manera resulta totalmente desproporcional que por una mera aceptación de un regalo exista la posibilidad de privación de libertad de ocho (8) años, que sin lugar a dudas, nuevamente se observa ambos elementos que hacen a un fenómeno. Derecho penal simbólico y resurgimiento del punitivismo que ambos hacen al derecho penal del enemigo.

“Artículo 150.- (NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS). La servidora o el servidor público que por sí o por interpuesta persona o por acto simulado se interesare y obtuviere para sí o para tercero un beneficio en cualquier contrato, suministro, subasta u operación en que interviene en razón de su cargo, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años y multa de treinta (30) a quinientos (500) días”.

Este precepto fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e

Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, dejando de esta manera integrado el artículo 150 del Código Penal por su primer párrafo. Pues, el segundo párrafo con el que contaba antes de la reforma de la Ley N° 004, pasa a ser un nuevo artículo: el 150 bis. Constituye un delito de corrupción en virtud al artículo 24 de la Ley N° 004. En esta figura delictiva nuevamente se establece la especificidad innecesaria de: servidora y servidor público. Se observa que el legislador boliviano sanciona una conducta por su mera desobediencia a la norma independientemente de la ofensividad a un bien jurídicamente protegido. Además de ello, se incrementa, pero de manera completamente desproporcional el marco penal, estableciendo una sanción actual de 5 a 10 años de privación de libertad y multa de 30 a 500 días, cuando el marco penal anterior era de privación de libertad de uno a tres años y multa de treinta a quinientos días. El mismo comentario merece el artículo 150 bis, que es una incorporación de la Ley N° 004, que desmiembra el artículo 150.

“Artículo 151.- (CONCUSIÓN). La servidora o el servidor público o autoridad que con abuso de su condición o funciones, directa o indirectamente, exigiere u obtuviere dinero u otra ventaja ilegítima o en proporción superior a la fijada legalmente, en beneficio propio o de un tercero, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años”.

Este precepto fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Constituye un delito de corrupción en virtud al artículo 24 de la referida Ley. Se especifica que el sujeto activo puede ser tanto la servidora como el servidor público, una aclaración innecesaria. Por otro lado, se observa un incremento desproporcional del marco penal, pues antes de esta reforma la sanción era de presidio de dos a cinco años, quedando ahora establecida la sanción de 3 a 8

años de privación libertad. Resurgimiento del punitivismo hace al derecho penal del enemigo.

“Artículo 152.- (EXACCIONES). La servidora o el servidor público que exigiere u obtuviere las exacciones expresadas en el Artículo anterior para convertirlas en beneficio de la administración pública, será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años.

Si se usare de alguna violencia en los casos de los Artículos anteriores, la sanción será agravada en un tercio”.

Este precepto fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Constituye un delito de corrupción en virtud al artículo 24 de la referida Ley. Se establece la especificidad del sujeto activo: servidora y servidor público, en mi entendido, un absurdo. Por otro lado, se observa el incremento desproporcional del marco penal, recurriendo al resurgimiento del punitivismo, pues antes de esta reforma esta figura delictiva establecía un marco penal de reclusión de un mes a dos años.

“Artículo 154.- (INCUMPLIMIENTO DE DEBERES). La servidora o el servidor público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare un acto propio de sus funciones, será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años.

La pena será agravada en un tercio, cuando el delito ocasione daño económico al Estado”.

Este precepto fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e

Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Constituye un delito vinculado con corrupción. Esta modificación recurre al resurgimiento del punitivismo, pues exagera el marco penal de manera desproporcional, estableciendo la posibilidad que en caso de que un servidor público incumpla un deber llegue a ser sancionado con presidio de 4 años, independientemente si se produjo o no una ofensa al bien jurídicamente protegido. En caso de producirse un daño económico, en una interpretación íntegra y de conformidad a la Constitución Política del Estado, la figura delictiva se torna en imprescriptible, y además este precepto establece la agravante respectiva. El marco penal, antes de la reforma de la Ley N° 004, establecía una pena de reclusión de un mes a un año, sin establecer ninguna agravante.

“Artículo 157.- (NOMBRAMIENTOS ILEGALES). Será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años y multa de treinta (30) a cien (100) días, la servidora o el servidor público que propusiere en terna o nombrare para un cargo público a persona que no reüniere las condiciones legales para su desempeño”.

Este precepto fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. El artículo 24 de la referida ley establece que el párrafo segundo del artículo 157 del Código Penal constituye un delito de corrupción. Sin embargo, véase que este artículo no cuenta con un segundo párrafo, en este entendido se deja en un limbo jurídico la clasificación de esta figura delictiva para poder encasillarla a los delitos de corrupción o vinculados con corrupción. Y ello debido a la reforma penal sin discusión que se vive en esta coyuntura no solo en Bolivia, sino en otros países, tal como lo demandan los profesores de Derecho Penal. Nuevamente, se ve en esta modificación la idea del resurgimiento del punitivismo, pues antes de la reforma de la Ley N° 004 esta figura delictiva estaba sancionada únicamente

con multa de 30 a 100 días. Ahora, además de la multa, la conducta está sancionada con presidio de 1 a 4 años.

“Artículo 172 Bis.- (RECEPTACIÓN PROVENIENTE DE DELITOS DE CORRUPCIÓN). El que después de haberse cometido un delito de corrupción ayudare a su autor a asegurar el beneficio o resultado del mismo o recibiere, ocultare, vendiere o comprare a sabiendas las ganancias resultantes del delito, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y el decomiso de los bienes obtenidos ilícitamente”.

Este precepto fue incorporado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. El artículo 24 de la referida ley dispone que el segundo párrafo del artículo 172 bis del Código Penal, constituye un delito de corrupción. Sin embargo, se ve nuevamente que este artículo no cuenta con un segundo párrafo, Esta incorporación, no es más que el uso patológico del derecho penal del enemigo, recurriendo a los instrumentos del derecho penal simbólico y el resurgimiento del punitivismo. Por un lado, se utiliza el derecho penal simbólico, pues se crea una identidad social de los “excluidos”, los “otros”, y ellos son la criminalidad involucrada en delitos de corrupción, que recibe un tratamiento punitivo terriblemente discriminador, no existe otra argumentación del porqué sancionar los delitos de corrupción con tremenda severidad, con marcos penales desproporcionales y suprimiendo beneficios judiciales y de transcurso del tiempo a este sector de la criminalidad. Y ello en relación, a que el artículo 172 sanciona la receptación, pero el artículo 172 bis, sanciona la misma conducta, pero concretamente en delitos de corrupción, y lo hace con una severidad y desproporción inexplicable. La receptación del artículo 172 es sancionada con reclusión de 6 meses a 2 años. Y la receptación descrita en el 172 bis, con presidio de 3 a 8 años y el decomiso

de los bienes obtenidos ilícitamente, implicando ello, la idea del resurgimiento del punitivismo.

“Artículo 173.- (PREVARICATO). La juez o el juez, que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la Ley, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años.

Si como resultado del prevaricato en proceso penal se condenare a una persona inocente, se le impusiere pena más grave que la justificable o se aplicare ilegítimamente la detención preventiva, la pena será agravada en un tercio a la establecida en el párrafo anterior.

Los árbitros o amigables componedores o quien desempeñare funciones análogas de decisión o resolución y que incurran en este delito, tendrán una pena privativa de libertad de tres (3) a ocho (8) años.

Si se causare daño económico al Estado será agravada en un tercio”.

Este precepto fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. El artículo 24 de la referida ley dispone que el párrafo cuarto del artículo 173 del Código Penal, constituye un delito de corrupción. Lo que de acuerdo a una interpretación integral, este párrafo cuarto solo complementa los tres anteriores, en ese sentido, en cualquiera de los casos, si es que se produce un daño económico al Estado producto de un prevaricato, constituye un delito de corrupción. En esta modificación además de la especificidad en el sujeto activo: jueza o juez, que constituye un absurdo, se observa también la idea del resurgimiento del punitivismo. El primer párrafo sanciona con presidio de 5 a 10 años al juez que dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la ley. Un incremento

terriblemente desproporcional, pues antes de esta reforma esta conducta estaba sancionada con pena de reclusión de dos a cuatro años.

El segundo párrafo, anteriormente, establecía la sanción a la circunstancia agravante con privación de libertad de 3 a 8 años. Lo que a la luz de la redacción actual y del marco penal del primer párrafo, las agravantes del segundo párrafo llegarían a establecer, en relación al máximo del marco penal, una pena de hasta 13 años de presidio, pues, en caso de concurrir estas la sanción será agravada en un tercio. Además de ello, el segundo párrafo de la figura delictiva en cuestión y el párrafo cuarto, hacen a la idea de la responsabilidad penal por el resultado, o delito preterintencional, lo cual es cuestionable a partir de la constitucionalidad, y debería interpretarse a la luz del segundo párrafo del artículo 13 del Código penal.

El tercer párrafo de este artículo, amplía el sujeto activo a personas que cumplan funciones análogas de decisión y resolución al igual que los jueces, especificando entre estos a los árbitros o amigables componedores, sin embargo, la sanción que a ellos les corresponde es de 3 a 8 años de privación de libertad, siendo una interrogante sin respuesta porqué sancionar a estos con pena más leve que a los jueces si cumplen funciones análogas de decisión y resolución, un desacierto del legislador boliviano debido a la promulgación de leyes penales con mero –en palabras de Villamor- “afán legiferante”, en uso de un derecho penal simbólico y resurgimiento del punitivismo. Antes de la reforma de la Ley N° 004, este tercer párrafo establecía la misma sanción que para los jueces, lo cual era más coherente y racional. Este uso del derecho penal simbólico no es una casualidad que vaya dirigida hacia los jueces, pues como se observará posteriormente, ahora pueden ser destituidos de su función por el Consejo de la Magistratura por tener una mera imputación formal, lo cual vulnera el principio de inocencia.

“Artículo 173 Bis.- (COHECHO PASIVO DE LA JUEZ, JUEZ O FISCAL). La jueza, el juez o fiscal que aceptare promesas o dádivas para dictar, demorar u omitir dictar una resolución o fallo en asunto sometido a su competencia, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años y con multa de doscientos (200) a quinientos (500) días, más la inhabilitación especial para acceder a cualquier función pública y/o cargos electos.

Idéntica sanción será impuesta al o a los abogados que con igual finalidad y efecto, concertaren dichos consorcios con uno o varios jueces o fiscales, o formaren también parte de ellos”.

Este precepto fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. El artículo 24 de la referida ley establece que el párrafo cuarto del artículo 173 bis del Código Penal constituye un delito de corrupción. Sin embargo, este artículo, como se puede evidenciar, no cuenta con un párrafo cuarto, por lo que esta disposición vulnera el principio de taxatividad, y ello producto de un mero uso de un derecho penal simbólico, y la emisión de leyes penales sin debate jurídico técnico, y el hecho de que existan normas de esta naturaleza, simplemente pone en evidencia el fenómeno de una inflación penal con meros afanes simbólicos, la nula técnica legislativa, con afanes de un efecto político. Al ser el bien jurídicamente protegido la función judicial, la norma solo prohíbe la realización de la conducta constituyendo un aumento desproporcional del marco penal elevar la sanción a privación de libertad de 5 a 10 años, cuando antes de la reforma esta figura delictiva era sancionada con privación de libertad de 3 a 8 años. Por otro lado, se amplía el sujeto activo a los fiscales y abogados. El último párrafo, que es incorporado por esta reforma, constituye un desatino, pues engrosa más el código penal sin técnica legislativa dada la figura delictiva del artículo 174.

“Artículo 177.- (NEGATIVA O RETARDO DE JUSTICIA). El funcionario judicial o administrativo que en ejercicio de la función pública con jurisdicción y competencia, administrando justicia, retardare o incumpliere los términos en los cuales les corresponda pronunciarse sobre los trámites, gestiones, resoluciones o sentencias conforme a las leyes procedimentales, a la equidad y justicia y a la pronta administración de ella, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. En virtud al artículo 24 de la referida Ley, este delito constituye un delito vinculado con corrupción. Esta norma constituye una mera punición a la desobediencia de la norma, independientemente de la lesión al bien jurídicamente protegido. Esta reforma lo único que modifica es el marco penal, incrementándolo de manera completamente desproporcional considerando lo expuesto, quedando este delito con un marco penal de 5 a 10 años de privación de libertad, cuando anteriormente el marco penal de este delito era de 2 a 5 años de privación de libertad. Nuevamente, derecho penal simbólico y resurgimiento del punitivismo.

“Artículo 221.- (CONTRATOS LESIVOS AL ESTADO). La servidora o el servidor público que a sabiendas celebrare contratos en perjuicio del Estado o de entidades autónomas, autárquicas, mixtas o descentralizadas, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años.

En caso de que actuare culposamente, la pena será de privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años.

El particular que en las mismas condiciones anteriores celebrare contrato perjudicial a la economía nacional, será sancionado con reclusión de tres (3) a ocho (8) años”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. El artículo 24 de la misma ley, establece que el párrafo cuarto del artículo 221 del Código Penal, constituye un delito de corrupción. Sin embargo, este artículo, carece de un párrafo cuarto. Por otro lado, esta reforma no hace otra cosa que incrementar los marcos penales, además de establecer la absurda especificidad del sujeto activo en el primer párrafo. En el caso del primer párrafo, antes de la reforma se establecía un marco penal de privación de libertad de uno a cinco años, ahora con la reforma este marco penal establece privación de libertad en un mínimo de 5 años y un máximo de 10 años. Para el caso del segundo párrafo que refiere al delito imprudente, el marco penal anteriormente era de privación de libertad de seis meses a dos años, actualmente este es de 1 a 4 años de privación de libertad. Y por último, el párrafo tercero que refiere al particular como sujeto activo de este delito, establece un marco penal de reclusión de 3 a 8 años, cuando antes de esta reforma el marco penal era de reclusión de 1 a 3 años. En síntesis se observa un incremento desproporcionado de las penas, que no hace a otra cosa que al derecho penal simbólico y al resurgimiento del punitivismo.

“Artículo 222.- (INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS). El que habiendo celebrado contratos con el Estado o con las entidades a que se refiere el Artículo anterior, no los cumpliere sin justa causa, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años.

Si el incumplimiento derivare de culpa del obligado, éste será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. El artículo 24 de la referida ley

refiere que el párrafo primero del artículo 222 del Código penal, es un delito de corrupción. Resulta en ese entendido cuestionable, establecer que el delito doloso es de corrupción, pero no así el delito imprudente. Por otro lado, la única modificación que sufre este artículo es del incremento de los marcos penales. Queda sancionada la conducta del primer párrafo con privación de libertad de 3 a 8 años, cuando antes de la reforma esta era sancionada con reclusión de 1 a 3 años; y la del segundo párrafo que refiere al delito imprudente con privación de libertad de 1 a 4 años, antes de la reforma era sancionada con reclusión de 3 meses a dos años. Derecho penal simbólico y resurgimiento del punitivismo.

“Artículo 224.- (CONDUCTA ANTIECONÓMICA). La servidora o el servidor público o el que hallándose en el ejercicio de cargos directivos u otros de responsabilidad, en instituciones o empresas estatales, causare por mala administración, dirección técnica o por cualquier otra causa, daños al patrimonio de ellas o a los intereses del Estado, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años.

Si actuare culposamente, será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. El artículo 24 de la referida ley establece que el primer párrafo del artículo 224 del Código Penal, se considera un delito de corrupción. Nuevamente resulta cuestionable, porque considerar al delito doloso un delito de corrupción, y al delito imprudente, no. En esta modificación se observa nuevamente que se establece la especificidad absurda del sujeto activo: servidora y servidor público. Sin embargo, además del funcionario público aludido, también el supuesto de hecho refiere al particular que ejerce cargos directivos, y dado que se ha utilizado esta técnica absurda y de acuerdo a una interpretación a letra muerta, este sujeto activo referido al

particular, solo puede ser un hombre y no una mujer, pues si se utilizó esta técnica absurda de la especificidad de género para las servidoras y servidores públicos, también debiera usarse para los particulares, debiendo decir claramente: “el que o la que”, refiriendo de esta manera, a ambos géneros. Después de ello, lo único que se advierte con esta modificación es nuevamente el incremento desproporcional de los marcos penales. Para el primer párrafo se establece un marco penal de privación de libertad con un mínimo de 3 y un máximo de 8 años. Anteriormente, la misma conducta establecida en el primer párrafo era acompañada de un marco penal de privación de libertad de 1 a 6 años. Para el caso del delito culposo que refiere el segundo párrafo, la pena antes de la reforma era de reclusión de 3 meses a 2 años, actualmente es de privación de libertad de 1 a 4 años.

“Artículo 228 Bis.- (CONTRIBUCIONES Y VENTAJAS ILEGÍTIMAS DE LA SERVIDORA O SERVIDOR PÚBLICO). Si la conducta descrita en el Artículo anterior, hubiere sido cometido por servidora o servidor público, causando daño económico al estado, la pena será de privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. En virtud al artículo 24 de la referida ley, es un delito vinculado con corrupción, sin embargo, constituye un delito de corrupción más propiamente, pues, considerando el artículo 228 al que se remite, se debe obtener un beneficio económico propio o para tercero, y en el caso del artículo 228, que ello provoque, además, un detrimento en la economía del Estado causado por una “servidora o servidor público”. Así, este artículo no hace más que engrosar los tintes del derecho penal simbólico que dirigen la atención hacia “los otros”, los funcionarios públicos.

“Artículo 229.- (SOCIEDADES O ASOCIACIONES FICTICIAS). El que organizare o dirigiere sociedades, cooperativas u otras asociaciones ficticias para obtener por estos medios beneficios o privilegios indebidos, será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cien (100) a quinientos (500) días.

Si fuere servidora o servidor público el que por sí o por interpuesta persona cometiere el delito, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y multa de treinta (30) a cien (100) días”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. El artículo 24 de la referida Ley, establece que es un delito vinculado con corrupción. Se puede observar, que se incrementa el marco penal en el caso del primer párrafo, pues la privación de libertad que se establecía antes de la reforma era de 6 meses a 3 años. Para el caso del segundo párrafo, el incremento del marco penal es más severo, pues antes de la reforma el marco penal era de privación de libertad de uno a cinco años, hoy, de 3 a 8 años. Constituyendo la agravante para el funcionario público, receptor de un ius puniendi desbocado, que no hace a otra cosa que la idea del derecho penal simbólico y el resurgimiento del punitivismo.

“Artículo 230.- (FRANQUICIAS, LIBERACIONES O PRIVILEGIOS ILEGALES). El que obtuviere, usare o negociare ilegalmente liberaciones, franquicias, privilegios diplomáticos o de otra naturaleza, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años.

La servidora o el servidor público que concediere, usare o negociare ilegalmente tales liberaciones, franquicias o privilegios, será sancionado con la pena establecida en el párrafo anterior, agravada en un tercio”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 34 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. El artículo 24 de la referida ley, establece que es un delito vinculado a la corrupción. La reforma de este artículo consiste en una exacerbación significativa del marco penal, recurriendo al derecho penal simbólico y al resurgimiento del punitivismo. Antes de la reforma, el supuesto del primer párrafo contenía como consecuencia jurídica una sanción de multa de treinta a trescientos días, ahora privación de libertad de 3 a 8 años. La agravante del segundo párrafo establecía multa de cien a quinientos días, actualmente se agrava la privación de libertad en un tercio.

3.4.2. CREACIÓN DE NUEVOS TIPOS DELICTIVOS. LA APLICACIÓN DE LA RETROACTIVIDAD EN LO PERJUDICIAL

Esta Ley, además de contener reformas sustantivas como adjetivas, a su vez crea los siguientes tipos delictivos, enunciados de la siguiente manera en el artículo 25 de la Ley 004: 1) Uso Indebido de Bienes y Servicios Públicos; 2) Enriquecimiento Ilícito; 3) Enriquecimiento Ilícito de Particulares con Afectación al Estado; 4) Favorecimiento al Enriquecimiento Ilícito; 5) Cohecho Activo Transnacional; 6) Cohecho Pasivo Transnacional; 7) Obstrucción de la Justicia; y 8) Falsedad en la Declaración Jurada de Bienes y Rentas.

Conforme el artículo 123 y la consagración de la retroactividad de la ley penal en lo perjudicial para servidores públicos en materia de corrupción, estas nuevas figuras delictivas posteriores pueden ser aplicadas a hechos anteriores, sin embargo, la misma Ley N° 004, en su disposición final primera delimita esta retroactividad en lo perjudicial a solo 2 tipos delictivos y toda vez que se trate de delitos permanentes. Es decir, la retroactividad de la ley penal en lo perjudicial

sería aplicable única y exclusivamente para los delitos permanentes de enriquecimiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado. Los otros tipos delictivos creados se aplicarían conforme el principio de legalidad consagrado en el artículo 116, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado.

Esta Ley comete un desatino jurídico al incluir al particular como autor de delitos de corrupción, pues el particular no administra recursos del Estado, y cualquier delito que pudiera cometer en detrimento del patrimonio del Estado, debiera tratarse por la vía tributaria que no deja de ser materia penal, pero que no constituye propiamente un delito de corrupción, al no referirse a servidores públicos. Por otro lado, el artículo 123 dispone la retroactividad de la ley penal perjudicial en materia de corrupción únicamente para servidores públicos, sin embargo, en virtud a la disposición final primera de la ley 004 y a una interpretación integral esta retroactividad perjudicial es aplicable también a los particulares, de esta manera, se vulnera la Ley Fundamental pues se habilita el ejercicio de potestad punitiva hacia atrás en lo perjudicial no solo para los servidores públicos. Máxime que la retroactividad de la ley perjudicial, como quedó sentado en la interpretación del artículo 123 de la Ley Fundamental, es sin lugar a dudas un instrumento del derecho penal del enemigo.

“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 público y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y del decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente”.

Este precepto legal, vulnera el principio de inocencia, toda vez que comete este delito el servidor público de quien se presume ha incrementado

desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, pues no puede justificar este incremento. Sin embargo, conforme los principios rectores del Derecho Procesal Penal, que son irrenunciables para el Estado de Derecho, la carga de la prueba recae sobre el acusador, no sobre el acusado en congruencia con el principio de inocencia. Y este precepto legal, aunque de manera solapada, establece la presunción de culpabilidad toda vez que el servidor público no pueda demostrar lo contrario, en el caso concreto no puede justificar el incremento de su patrimonio que se considera “desproporcionado”, y esto sin lugar a dudas constituye un desatino jurídico que hace al derecho penal del enemigo al vulnerar garantías propias del Estado de Derecho.

“Artículo 28.- (Enriquecimiento Ilícito de particulares con Afectación al Estado). La persona natural, que mediante actividad privada hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos afectando el patrimonio del Estado, no logrando desvirtuar tal situación, será sancionada con la privación de libertad de tres a ocho años, multa de cien a trescientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.

Incurrirán en el mismo delito y la misma pena, los representantes o ex representantes legales de las personas jurídicas que mediante actividad privada hubieren incrementado el patrimonio de la persona jurídica, afectando el patrimonio del Estado y que no pueda demostrar que provienen de una actividad lícita; Adicionalmente, la persona jurídica restituirá al Estado los bienes que le hubiesen sido afectados además de los obtenidos como producto del delito y será sancionada con una multa de 25% de su patrimonio”.

Además de lo establecido en la interpretación del artículo 123 de la Ley Fundamental y la disposición final primera de la Ley N°004, este precepto legal en el mismo sentido de la interpretación de la figura delictiva del enriquecimiento ilícito vulnera el principio de inocencia y establece de manera

solapada que es el imputado quien debe demostrar su inocencia pues se presume su culpabilidad.

“Artículo 29.- (Favorecimiento al Enriquecimiento Ilícito). El que con la finalidad de ocultar, disimular o legitimar el incremento patrimonial previsto en los Artículos precedentes, facilitare su nombre o participare en actividades económicas financieras y comerciales, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años, Inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos y multa de cincuenta a quinientos días”.

Este precepto legal, en realidad relativiza o suprime las diferencias que existen entre las categorías dogmáticas de la autoría y participación, pues en realidad describe las conductas que hacen a la complicidad de las figuras delictivas de enriquecimiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado, y los convierte en verdaderos autores. De esta manera se renuncia a este tratamiento dogmático propio de los Estados democráticos, y ello conforme lo establecido en el marco teórico, hace también al derecho penal del enemigo.

3.4.3. REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

“Artículo 29 Bis. (Imprescriptibilidad). De conformidad con el Artículo 112 de la Constitución Política del Estado, los delitos cometidos por servidores o servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad”.

Este artículo fue incluido por el Artículo 36 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Como establece literalmente, no hace más que consagrar en la ley lo dispuesto en la Constitución Política del Estado. Además de lo expuesto en el comentario del artículo 112 de la Constitución Política del Estado, se puede acotar que esta disposición, sin lugar a dudas

crea un derecho penal simbólico, una identidad social de excluidos que es el sector de la criminalidad que tenga que ver con la corrupción, y se ha suprimido para ellos los regímenes de inmunidad, es decir beneficios penitenciarios o judiciales, de esta manera adoptando también el resurgimiento del punitivismo y vulnerando el principio de igualdad.

“Artículo 90. (Efectos de la Rebeldía). La declaratoria de rebeldía no suspenderá la etapa preparatoria. Cuando sea declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes, excepto en los delitos de corrupción, debiendo proseguirse la acción penal en contra de todos los imputados, estando o no presentes.

La declaratoria de rebeldía interrumpe la prescripción”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 37 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Esta modificación, no hace otra cosa que consagrar y desarrollar el artículo 112 de la Ley Fundamental, cuando establece que el sector de la criminalidad vinculado con corrupción, no gozará de régimen de inmunidad alguno. Se ha retornado con esta disposición a la posibilidad de juzgar a alguien en rebeldía, vulnerando así el derecho que tiene la persona a ser oído por un tribunal imparcial, independiente y competente. Como se ha manifestado anteriormente, se ha deslizado el péndulo del garantismo hacia la inseguridad jurídica, dejando sin utilidad la institución de la extradición, y ello no es necesario. Por ningún motivo deben obviarse las garantías jurídicas y procesales de los ciudadanos. Esto constituye la supresión de derechos y garantías mínimas reconocidas a los ciudadanos, para sectores específicos de la criminalidad, lo que implica derecho penal simbólico, y además conforme a la definición ensayada, derecho penal del enemigo. El mismo comentario merece el artículo 91 bis, y 344 bis.

“Artículo 366. (Suspensión Condicional de la Pena). La juez o el juez o tribunal, previo los informes necesarios y tomando en cuenta los móviles o causas que hayan inducido al delito, la naturaleza y modalidad del hecho, podrá suspender de modo condicional el cumplimiento de la pena cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la persona haya sido condenada a pena privativa de libertad que no exceda de tres años de duración;
2. Que el condenado no haya sido objeto de condena anterior por delito doloso, en los Últimos cinco años.

La suspensión condicional de la pena no procede en delitos de corrupción”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 37 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Suprime un derecho de tinte procesal, para el sector la criminalidad vinculada con la corrupción, de esta manera y de acuerdo a la definición ensayada, disposición que hace al derecho penal del enemigo.

“Artículo 368. (Perdón Judicial). La juez o el juez o tribunal al dictar sentencia condenatoria, concederán el perdón judicial al autor o partícipe que por un primer delito haya sido condenado a pena privativa de libertad no mayor a dos años.

No procederá el perdón judicial, bajo ninguna circunstancia, en delitos de corrupción”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 37 de la Ley N° 004, de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Nuevamente, se evidencia la supresión de un derecho de naturaleza procesal para un sector específico de la

criminalidad, además de vulnerar el principio de igualdad, de acuerdo a la definición ensayada en el marco teórico, ello hace al derecho penal del enemigo.

3.5. LEY N° 007 LEY DE MODIFICACIONES AL SISTEMA NORMATIVO PENAL

3.5.1.REFORMA AL CÓDIGO PENAL

“Artículo 174.- (CONSORCIO DE JUECES FISCALES, POLICÍAS Y ABOGADOS). El juez o fiscal que concertare la formación de consorcios con uno o varios abogados o policías, o formare parte de ellos, con el objeto de procurarse ventajas económicas ilícitas en detrimento de la sana administración de justicia, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años.

Idéntica sanción será impuesta al o los abogados que con igual finalidad y efecto, concertaren dichos consorcios con uno o varios jueces, fiscales o policías u otros abogados o formaren también parte de ellos”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 3 de la Ley N° 007, de 18 de mayo de 2010, de Modificaciones al Sistema Normativo Penal. El artículo 24 de la Ley N° 004 establece que es un delito de corrupción. Esta reforma amplía al sujeto activo de este delito a los fiscales y policías que fueren parte de los consorcios en detrimento de una sana administración pública, lo cual constituye un acierto en el legislador. Lo que sí es cuestionable, y constituye un resurgimiento del punitivismo, es el endurecimiento del marco penal, pues anteriormente, era de presidio de 2 a 4 años, y actualmente este se ha incrementado de 5 a 10 años.

3.5.2. REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

“Artículo 234. (Peligro de Fuga). Por peligro de fuga se entiende a toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia.

Para decidir acerca de su concurrencia, se realizara una evaluación integral de las circunstancias existentes, teniendo especialmente en cuenta las siguientes:

1. Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;
2. Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;
3. La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga;
4. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo;
5. La actitud que el imputado adopta voluntariamente respecto a la importancia del daño resarcible;
6. El haber sido imputado por la comisión de otro hecho delictivo doloso o haber recibido condena privativa de libertad en primera instancia;
7. Habérsele aplicado alguna salida alternativa por delito doloso;
8. La existencia de actividad delictiva reiterada o anterior;
9. El pertenecer a asociaciones delictivas u organizaciones criminales.
10. Peligro efectivo para la sociedad o para la víctima o el denunciante; y
11. Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada, que permita sostener fundadamente que el imputado se encuentra en riesgo de fuga”.

Este artículo fue modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 007, de Modificaciones al Sistema Normativo Penal, de 18 de mayo de 2010. Esta última modificación, incorpora 4 numerales más, pues la reforma de la Ley 2494, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, publicada el 5 de agosto de 2003, establecía únicamente 7 numerales a tomar en especial

consideración para establecer la existencia del peligro de fuga. La figura del peligro de fuga, es de vital importancia pues, para que proceda la detención preventiva deben concurrir sus presupuestos materiales: la probabilidad de autoría o participación del imputado en el hecho delictivo; y el peligro de fuga y obstaculización. Es decir, la existencia del peligro de fuga habilita la imposición de una medida cautelar restrictiva a la libertad de locomoción para poder garantizar la investigación del hecho en cuestión, el normal desarrollo del proceso penal y la efectiva aplicación de la ley penal.

Especial atención merece alguno de los supuestos contenidos en este artículo. Es menester señalar que establecer el peligro de fuga implica siempre realizar una prognosis, es decir, un pronóstico de lo que puede pasar pero que no ha pasado aún. Lo cual, viene a tambalear de alguna manera lo que es el derecho penal del acto. Algo que llama la atención es lo que afirma el profesor Zaffaroni respecto a la realidad latinoamericana, que el 70% de los presos, son presos por si acaso, sin sentencia condenatoria. Villamor, en su obra *Derecho Penal Boliviano*, establece que el índice al respecto, en nuestro país, es de 80% lo cual debió haber incrementado en los últimos años con la nueva política criminal que se está instaurando en Bolivia.

El numeral 2 de este artículo hace referencia a las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto, como supuestos a considerar para establecer el peligro de fuga. Muchas veces ya en la práctica, los jueces consideran el hecho de que una persona tenga un flujo migratorio relativamente constante como una facilidad para abandonar el país y evadir la justicia, sin embargo, muchas personas tienen un flujo migratorio constante por el oficio y/o actividades laborales que desempeñan, negocios, etcétera. Y ello, no tendría porque considerarse de manera perjudicial para el imputado.

El numeral 4 hace referencia al comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo. Esta disposición debe tomarse con mucho cuidado, pues, si el imputado recusa a los jueces, fiscales, presenta una serie de incidentes, etc., puede considerarse como una voluntad de no someterse al proceso, sin embargo, ello limita con restringir el irrestricto derecho a la defensa que tiene todo imputado.

El numeral 5, es controvertido también. Este hace referencia a la actitud que el imputado adopta voluntariamente respecto a la importancia del daño resarcible. Si un imputado considera que es inocente, que su conducta no constituye un hecho delictivo, no tiene porque reparar daño alguno. Y eso colinda también con la presunción de inocencia, propia del Estado de Derecho. En todo caso, si se busca reparar un daño, corresponderá imponer medidas cautelares de carácter real, y no así de carácter personal, pues ello implicaría ya un prejuzgamiento del individuo considerándolo responsable por los supuestos hechos delictivos y esto lesionaría sin lugar a dudas la presunción de inocencia que debe regir en todo momento hasta que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada.

El numeral 6, considera el haber sido imputado por la comisión de otro hecho delictivo doloso o haber recibido condena privativa de libertad en primera instancia como supuestos a considerar para establecer la existencia del peligro de fuga y aplicar sus consecuencias. Al respecto del primer supuesto se puede señalar que “imputado” hace referencia a un individuo a quien se le atribuye la comisión de un hecho delictivo. Y que desde el primer acto procesal, una persona es considerada imputada (Artículo 5 del Código de Procedimiento Penal) al existir una mera imputación genérica que puede ser a través de una mera denuncia, querrela o acción directa para que este pueda ejercer todos los derechos que le asiste en virtud a la Ley procesal, Constitución Política del

Estado y Tratados y Convenios Internacionales. El artículo no especifica si el individuo debe ser imputado genéricamente o formalmente, lo cual debe ser interpretado a la luz del Tribunal Constitucional Plurinacional. Sin embargo, aún en el mejor de los casos, es decir que la exigencia sea la de una imputación formal y no una mera imputación genérica, se vulnera de igual forma el principio de presunción de inocencia. No tiene otra explicación que baste el haber sido imputado por un nuevo hecho delictivo doloso para que se establezca la existencia del peligro de fuga y se aplique una medida restrictiva a la libertad del imputado, pues la presunción de inocencia no debe desaparecer ni aun cuando curse en contra de un individuo imputación formal, acusación, ni aun cuando se dicte sentencia condenatoria y esta sea apelada, pues como decía Ulpiano, a quien apela no se le considera todavía condenado, y es así, que en virtud al principio de presunción de inocencia una persona debe ser tratado como inocente en todo momento hasta que verse en su contra una sentencia condenatoria ejecutoriada, de esta manera el segundo supuesto del numeral 6 también lesiona el principio de inocencia.

El numeral 9 establece la pertenencia a asociaciones delictivas u organizaciones criminales. Sin embargo, tanto la asociación delictuosa como las organizaciones criminales, hacen referencia a tipos delictivos independientes, por lo que ello no se puede simplemente presumir, y en virtud a este artículo previamente debe existir una sentencia condenatoria en contra del imputado que lo declare culpable de tales delitos, caso contrario se estaría vulnerando también la presunción de inocencia.

El numeral 10, hace referencia a que el imputado sea considerado un peligro efectivo para la sociedad o para la víctima o el denunciante. Nuevamente, aquí se habla de una prognosis, por lo que debe tratarse de la manera más adecuada el tratamiento de este numeral. Por otra parte, que el imputado represente un peligro efectivo para la sociedad, en un caso concreto si se habla

de un problema mental, psicopatía, esquizofrenia, etc., el tratamiento más adecuado sería una medida de seguridad.

Por último, el inciso 11, considera a cualquier otra circunstancia debidamente acreditada, que permita sostener fundadamente que el imputado se encuentra en riesgo de fuga, como supuesto a considerar para el establecimiento del riesgo de fuga. A decir de William Herrera Añez: *“Además, ha dejado en manos del juez valorar “cualquier otra circunstancia debidamente acreditada...”, con lo cual puede dar lugar no sólo a interpretaciones discrecionales y abusivas por parte del órgano jurisdiccional, sino también a echar por la borda algunas de las garantías constitucionales previstas en la Constitución”*.⁵⁶ Y aunque, puede que esta cláusula abierta tenga su acierto, por ejemplo, que estando detenido el imputado se haya fugado o lo haya intentado, ello puede implicar que pueda volver a hacerlo, aunque no deja de ser una prognosis; sin embargo, a su vez, deja esa puerta abierta, completamente peligrosa, a un abusivo uso del ius puniendi por parte del órgano jurisdiccional.

“Artículo 235 ter. (Resolución). El juez atendiendo los argumentos y valorando los elementos probatorios ofrecidos por las partes, resolverá fundadamente disponiendo:

- 1) La improcedencia de la solicitud;
- 2) La aplicación de la medida o medidas solicitadas;
- 3) La aplicación de una medida o medidas menos graves que la solicitada; o
- 4) La aplicación de una medida o medidas más graves que la solicitada e incluso la detención preventiva”.

Este artículo dispone en su numeral 4, que atendiendo a los argumentos y a las pruebas ofrecidas por las partes, el juez puede disponer una o varias medidas

⁵⁶HERRERA AÑEZ, William. *EL PROCESO PENAL BOLIVIANO*. Grupo Editorial Kipus. Tercera edición. Pg. 280. Cochabamba, 2012.

cautelares más gravosas que la solicitada, incluyendo la detención preventiva. La crítica a este numeral radica en los fundamentos y basamentos del sistema acusatorio que dista del sistema inquisitivo. En el sistema inquisitivo se tenía un juez que se constituía en un contralor de las garantías jurisdiccionales pero a su vez desempeñaba un rol de acusador, proponiendo diligencias de investigación, etc. Lo que se diferencia de un juez dentro del sistema acusatorio, puesto que, dentro de este sistema el juez instructor solo se convierte en una especie de árbitro, un verdadero contralor de las garantías jurisdiccionales para que la investigación se lleve a cabo sin menoscabar los derechos y garantías mínimas de las partes. Sin embargo, al dársele la potestad de imponer una medida cautelar más gravosa que la solicitada, el juez se convierte en uno del sistema inquisitivo, puesto que ya está juzgando al imputado y a su vez se convierte en un acusador, al disponer una medida cautelar más gravosa que la solicitada, puesto que esta solicitud solo debe ser de competencia del fiscal y/o del querellante.

“Artículo 239. (Cesación de la Detención Preventiva). La detención preventiva cesará:

1. Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente que sea sustituida por otra medida;
2. Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga; y
3. Cuando su duración exceda de dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis (36) meses sin que se hubiera dictado sentencia.

Vencidos los plazos previstos en los numerales 2) y 3), el juez o tribunal aplicará las medidas cautelares que correspondan previstas en el Artículo 240

de este Código, siempre que la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado”.

La modificación a este artículo, consiste en un endurecimiento a los requisitos para que cese la detención preventiva. El inciso 3 establece que procederá la detención preventiva cuando su duración exceda 18 meses sin acusación, 36 meses sin que se hubiera dictado sentencia, siempre y cuando la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado. La anterior redacción de este artículo establecía en su inciso 3 que procedía la cesación a la detención preventiva cuando su duración excediera de 18 meses sin sentencia o de 24 meses sin que ésta hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada.

Por un lado, conforme a la redacción anterior, bastaba el mero transcurso del tiempo para que opere la cesación a la detención preventiva. Sin embargo con la redacción actual, además del transcurso del tiempo, es menester para que opere la cesación a la detención preventiva que la demora no sea atribuible al imputado. Una innovación bastante cuestionable puesto que por más que transcurra los nuevos plazos establecidos por el inciso 2 y 3, la cesación solo operará cuando no se atribuya la demora al imputado, con ello, se abre la puerta a la detención preventiva perpetua, que lejos de ser una medida cautelar viene a ser un adelantamiento de la pena o en su caso una neutralización definitiva al sujeto considerado peligroso.

Por otro lado, se endurece de tal manera los plazos del inciso 3, que demuestra un facilismo por parte del legislador boliviano pues se evidencia la menor intención de garantizar materialmente los derechos que consagra en la Constitución Política del Estado, puesto que en la Ley Fundamental se reconoce el derecho a la seguridad jurídica, y a la justicia pronta y oportuna. Sin embargo, analicemos los plazos establecidos para el proceso penal, y se tiene que la etapa preparatoria debe durar 6 meses, 6 meses en los que debe existir

una acusación o algún otro acto conclusivo; y solo en caso de investigación de organizaciones criminales o asociaciones delictuosas se puede ampliar el plazo a 18 meses, algo excepcional. Por otro lado, tenemos que el plazo máximo de duración del proceso penal es de 3 años (36 meses), en ese tiempo debiera existir una sentencia condenatoria ejecutoriada o en su caso absolutoria. Sin embargo, ahora tenemos que son 18 meses sin acusación y 36 meses sin sentencia para que opere la cesación a la detención preventiva, cuando son 6 meses, el tiempo adecuado para dictar una acusación en el caso normal y el fin de la etapa preparatoria, caso contrario debiera operar la extinción de la acción por duración máxima de la etapa preparatoria; y por otro lado, 36 meses son los que debiera durar todo el proceso penal. De esta manera, se evidencia un endurecimiento de las medidas cautelares y concretamente de la detención preventiva y su cesación, algo que llega a suprimir derechos y garantías mínimas reconocidas a los ciudadanos, en ese sentido se pronuncia Herrera Añez: *“En todo caso, la Ley N° 007, de 18 de mayo de 2010, supone no sólo un endurecimiento de las medidas cautelares, especialmente de la detención preventiva, sino también fortalece la persecución penal pero en desmedro de los derechos y garantías de los ciudadanos”*.⁵⁷

“Artículo 321. (Efectos de la Excusa y Recusación). Producida la excusa o promovida la recusación, el juez no podrá realizar en el proceso ningún acto, bajo sanción de nulidad. Aceptada la excusa o la recusación, la separación del juez será definitiva aunque posteriormente desaparezcan las causales que las determinaron.

Las excusas y recusaciones deberán ser rechazadas in limine cuando:

1. No sea causal sobreviniente;
2. Sea manifiestamente improcedente;
3. Se presente sin prueba en los casos que sea necesario; o

⁵⁷HERRERA, William. Op. Cit. Pg. 283.

4. Habiendo sido rechazada, sea reiterada en los mismos términos”.

El numeral 2 de este artículo, es un tanto peligroso para el derecho a la defensa y al juez natural, puesto que todos los ciudadanos tienen el derecho a ser juzgados por un juez competente, independiente e imparcial. No es menos cierto que en la práctica, se hace un uso abusivo de las recusaciones, incidentes, excepciones, apelaciones, etc., con el objeto de dilatar los procesos. Entiendo que la intención es buena, limitar ese uso y abuso, sin embargo, no por ello vamos a suprimir esas instituciones como las recusaciones, o los incidentes o excepciones que hacen al derecho a la defensa y a la seguridad jurídica. De esta manera, atemperar estas falencias de la práctica forense penal, con la limitación o puesta en peligro del derecho a la defensa no parece lo más adecuado, puesto que la redacción del inciso 2 abre la puerta a un tratamiento abusivo por parte del órgano jurisdiccional, abriéndose paso la posibilidad de ser juzgados por jueces no independientes e imparciales.

“Artículo 392. (Juzgamiento de Jueces). Los jueces serán juzgados de conformidad al procedimiento común. Sólo serán suspendidos de su cargo por el Consejo de la Judicatura, cuando sean formalmente imputados ante el juez de instrucción”.

Esta modificación señala que basta una mera imputación formal para que un juez pueda ser suspendido de su cargo. Anteriormente se requería por lo menos una acusación. Para el caso, ambas situaciones lesionan el principio de inocencia, puesto que ni a partir de una acusación, ni mucho menos de una imputación, se presume la culpabilidad. La inocencia debe presumirse durante todo el proceso y solo debe concluir cuando versa en contra de una persona una sentencia condenatoria ejecutoriada.

“Artículo 393 ter. (Audiencia). En audiencia oral, el juez de instrucción escuchará al fiscal, al imputado y su defensor, a la víctima o al querellante,

verificará el cumplimiento de las condiciones de procedencia previstas en el Artículo precedente y resolverá sobre la aplicación del procedimiento.

Si el juez acepta la aplicación del procedimiento inmediato por flagrancia, en la misma audiencia el fiscal podrá:

1. Solicitar la aplicación de una salida alternativa, incluyendo el procedimiento abreviado cuando concurren los requisitos previstos en este Código;
2. Si requiere realizar actos de investigación o de recuperación de evidencia complementarios, solicitará al juez el plazo que considere necesario, que no podrá exceder de cuarenta y cinco (45) días. El juez resolverá sobre el pedido del fiscal, previa intervención de la víctima y de la defensa.
3. Si considera que cuenta con suficientes elementos de convicción, presentará la acusación y ofrecerá la prueba en la misma audiencia. El querellante podrá adherirse a la acusación del fiscal o acusar particularmente en la misma audiencia y ofrecerá su prueba de cargo. La acusación pública, y en su caso la acusación particular, se pondrán en conocimiento del imputado en la misma audiencia, para que en el plazo máximo de cinco (5) días ofrezca su prueba de descargo.
Vencido este plazo, inmediatamente el juez de instrucción señalará día y hora de audiencia de preparación de juicio, misma que se realizará dentro de los tres (3) días siguientes. No obstante, a pedido fundamentado de la defensa, el juez podrá ampliar el plazo para la presentación de la prueba de descargo por el término máximo de cuarenta y cinco (45) días.
4. Solicitar la detención preventiva del imputado, cuando concorra alguno de los requisitos establecidos en el Artículo 233 del presente Código, para garantizar su presencia en el juicio. La solicitud no podrá ser denegada por el juez de instrucción, salvo los casos de improcedencia de la detención preventiva.

Las resoluciones que el juez dictare respecto a los numerales 2 y 3 en conformidad a los dispuesto en este Artículo, no serán susceptibles de recurso alguno”.

La Ley N° 007, crea un verdadero proceso especial al refundir en el artículo 393 del Código de Procedimiento Penal, el procedimiento inmediato para delitos flagrantes. Constituye un acierto por parte del legislador boliviano crear este procedimiento especial, puesto que los delitos flagrantes por sus características no requieren de plazos normales para su investigación, por ello es más adecuado tratarlos de manera distinta al procedimiento ordinario, y reducir los plazos innecesarios y la actividad procesal dilatada en beneficio de la celeridad y de la justicia pronta que consagra la Constitución Política del Estado. Sin embargo, nunca la búsqueda de una justicia pronta, debe implicar desmedro de derechos y garantías mínimas reconocidas a los ciudadanos. De esta manera, es preciso reiterar que la creación del proceso especial en cuestión constituye un acierto, sin embargo, existen elementos cuestionables dentro de los artículos que refieren a su tratamiento. Así, en el artículo 393 ter, se observa que en una misma audiencia el fiscal al presentar ante el juez de instrucción la imputación formal puede solicitar la aplicación del procedimiento inmediato para delitos flagrantes. Una vez aceptada la solicitud del fiscal, este, en la misma audiencia puede presentar la acusación, algo que no parece apegado a la realidad procesal, puesto que la imputación formal y la acusación pública son dos actos procesales distintos, y aunque en la práctica, es muy difícil que se de esta figura, por estar en la ley, es una puerta abierta, y puede llegar a ocurrir. En ese sentido se pronuncia también el profesor Herrera Añez y señala: *“Esta audiencia se debe limitar a resolver estos planteamientos y cualquier otra exigencia como la de acusar y ofrecer prueba, por ejemplo, constituyen un*

*despropósito procesal que atenta contra la racionalidad y prolijidad de los actos procesales”.*⁵⁸

Luego en el numeral 4, se establece que el fiscal puede solicitar la aplicación de la detención preventiva y que ante su solicitud el juez instructor no puede responder negativamente. Lo cual implica, de una manera disimulada, el otorgar potestad jurisdiccional al fiscal, esto se contrapone con el sistema acusatorio al cual nuestro procedimiento se adscribe. Puesto que, el fiscal puede considerar adecuado la imposición de esta medida cautelar restrictiva de la libertad de locomoción, pero el que debe decidir sobre su aplicación es el juez instructor como contralor de las garantías jurisdiccionales, sin embargo, ahora por ley el juez instructor no puede denegar esa solicitud, salvo los casos de improcedencia que se hallan previstos en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, que precisamente no hace referencia a la existencia de un peligro de fuga u obstaculización. De esta manera, se abre la posibilidad de aplicar la detención preventiva sin que concurren sus presupuestos materiales, algo que sin lugar a dudas hace a la existencia del fenómeno estudiado en el presente trabajo.

“Artículo 393 quinqueter. (Juicio Inmediato). Radicada la causa, el juez de sentencia señalará día y hora de audiencia de sustanciación del juicio, que se realizará en un plazo no mayor a cinco (5) días.

El día y hora de audiencia, verificada la presencia de las partes, el juez concederá la palabra a la Fiscalía para que realice la fundamentación de su acusación; posteriormente, dará la palabra al acusador particular para que fundamente su acusación y a la víctima si lo solicita; luego al imputado a los efectos de saber si hará uso en ese momento de su defensa material y finalmente otorgará la palabra a la defensa técnica para que presente su caso. No se dará lectura a las acusaciones ni al ofrecimiento de prueba de la defensa.

⁵⁸HERRERA, William. Op. Cit. Pg. 465

Abierto el debate, se recibirá la prueba del Ministerio Público, luego la prueba de la acusación particular y finalmente la prueba de la defensa, en el orden en que cada parte considere conveniente para su presentación. Si el imputado decide declarar como parte de la prueba de la defensa, éste será tratado de acuerdo a las reglas de declaración de testigos en juicio oral.

Finalizada la producción de la prueba, cada parte, comenzando por el Ministerio Público, tendrá la oportunidad de realizar su alegato en conclusiones, dando en última instancia la palabra a la víctima y al imputado, en ese orden, a los efectos de que puedan realizar su manifestación final.

En todo lo demás serán aplicables las reglas previstas para el juicio ordinario, conforme a lo señalado en este Código”.

Este artículo dispone en su tercer párrafo que si el imputado decide declarar como parte de la prueba de la defensa, éste será tratado de acuerdo a las reglas de declaración de testigos en juicio oral. Al dar lectura a una disposición como esta, uno se pregunta si esto fue redactado por un penalista. Porque sin lugar a dudas, es completamente diferente ser testigo y ser imputado. Con esta disposición se vulnera el principio de inocencia y lo que es peor aún se desconoce completamente la garantía constitucional de que nadie está obligado a declarar en contra de uno mismo. De esta manera, el testigo tiene una obligación por ley: declarar la verdad. No hacerlo constituye un delito, y su incumplimiento daría lugar a la persecución penal por falso testimonio. Es decir, de acuerdo a este tratamiento del imputado como testigo, el “imputado/testigo” tiene, además la obligación de declarar dado el tratamiento como testigo, lo cual implica la vulneración de su derecho a guardar silencio, y puede llegar a ser declarado culpable por falso testimonio, sin lugar a dudas algo aberrante para los derechos y garantías propias del Estado de Derecho.

3.6 DECRETO SUPREMO N° 138

Este cuerpo normativo tiene un rango menor al de la Ley. Es por ello que resultan cuestionables algunas disposiciones que la misma establece. Este Decreto Supremo, tiene por objeto establecer la competencia territorial para el juzgamiento de los delitos de Terrorismo, Sedición o Alzamientos Armados contra la Seguridad y Soberanía del Estado, y la aplicación de medidas cautelares sobre el patrimonio, medios e instrumentos que hubieran sido utilizados o estuviesen comprometidos en la comisión de los delitos mencionados. Este Decreto contiene algunas disposiciones cuestionables que se analizan a continuación.

“ARTÍCULO 2.- (JURISDICCIÓN). Queda consolidada la ciudad de La Paz, como ámbito de jurisdicción procesal para el juzgamiento de los delitos de Terrorismo, Sedición o Alzamientos Armados contra la Seguridad y Soberanía del Estado, siendo esta ciudad la Sede de Gobierno legalmente constituida donde se encuentran las principales instituciones del Estado Plurinacional de Bolivia.”

Este precepto normativo resulta cuestionable, pues, establece la competencia territorial para el juzgamiento de los delitos de Terrorismo, Sedición y Alzamientos Armados contra la Seguridad y Soberanía del Estado. Sin embargo, existen reglas tanto en el Código Penal como en el Código de Procedimiento Penal (ambas leyes), para determinar la competencia para el juzgamiento de los delitos. En el artículo 1 del Código Penal, encontramos las reglas de competencia territorial que provienen de la doctrina penal misma: el principio de territorialidad (como principio general); y los principios: personal o de personalidad, real o de protección y de justicia universal (como principios supletorios al principio general).

Las reglas contenidas en el artículo 49 del Código de Procedimiento Penal son más específicas aún. Establece 6 numerales para especificar el tratamiento de la competencia territorial.

A pesar de la existencia de estas disposiciones legales que establecen las reglas de la competencia territorial, se promulga el Decreto Supremo N° 138 estableciendo una nueva regla de competencia territorial, que conforme la lectura de su artículo 2 se consolida a la ciudad de La Paz como sede del juzgamiento de los delitos de Terrorismo, Sedición y Alzamientos Armados contra la Seguridad y Soberanía del Estado. De esta manera se vulnera el principio de legalidad, pues, no se olvide que así como existe un principio de legalidad sustantivo (*nullum crimen nulla poena, sine lege*), también existe un principio de legalidad adjetivo que establece que no existe ninguna condena sin juicio previo y proceso legal previamente instaurado y legalmente desarrollado (*nulla poena, sine iudicio*). De esta manera, dentro del macro principio del debido proceso, se desprende que el proceso penal debe establecerse y regularse por una ley, no puede establecerlo o modificarlo un Decreto Supremo, Resolución Municipal, etc., pues se estaría vulnerando este principio de legalidad adjetiva propio del Estado de Derecho y que halla a su vez asidero en la misma Constitución Política del Estado, Tratados y Convenios Internacionales y la Ley N° 1970.

Por otro lado, se vulnera también el derecho al juez natural, que de la misma forma es un derecho propio del Estado de Derecho. En virtud a este derecho las personas deben ser juzgadas por jueces independientes, imparciales y competentes. En palabras de Gimeno Sendra: *“asiste a todos los sujetos del derecho, a ser juzgados por un órgano jurisdiccional, creado mediante Ley orgánica y perteneciente a la jurisdicción penal ordinaria respetuoso con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley y constituido con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas”*.

⁵⁹En definitiva, esta disposición contenida en este Decreto Supremo es inconstitucional, puesto que una norma de este rango no puede modificar las reglas de competencia territorial que establecen las leyes, pues, reiteramos, se vulneran principios propios del Estado de Derecho: principio de legalidad y el derecho al juez natural. Este instrumento legal, se constituye en un medio de persecución penal a los enemigos, puesto que puede habilitar solapadamente a actos de confinamientos, en detrimento de los derechos y garantías mínimas que asisten a los ciudadanos, también en detrimento del principio de inocencia.

Al instituirse a la ciudad de La Paz como sede para juzgar los referidos delitos, independientemente de donde se los cometa, se pretende justificar tal disposición señalando que La Paz es la Sede de Gobierno, y es ahí donde radican las principales instituciones del Estado boliviano. Personalmente considero que el Estado boliviano, con la publicación de esta norma cuestionable, adopta un facilismo jurídico, pues, en la Ley Fundamental se consagra el derecho al debido proceso, al juez natural, a ser oído por autoridad competente en juicio legalmente instaurado, sin embargo, con tal disposición se hecha por la borda estas garantías. Es cierto que muchas veces, han existido delincuentes que han manipulado con su poder político y económico al Órgano Jurisdiccional, solo como un ejemplo puede mencionarse al narcotraficante denominado “Techo de Paja” que radicaba en Santa Cruz, y tenía manipulados a los Órganos de persecución penal, sin embargo, el Estado boliviano debe extremar recursos para garantizar la seguridad jurídica, el respeto a los derechos y garantías mínimas que asiste a todas las personas, fortaleciendo a los órganos de persecución penal, a la policía con recursos humanos y económicos, asimismo a los fiscales y jueces, en lugar de emitir leyes que no hacen otra cosa que deteriorar el Estado de Derecho al suprimir derechos y garantías propias de los ciudadanos. El Estado debe buscar que los derechos reconocidos en la Ley Fundamental realmente sean susceptibles de ser vividos

⁵⁹GIMENO SENDRA, V. *DERECHO PROCESAL PENAL*. Editorial Colex. Pg. 66. Madrid, 2005.

y no baste con reconocerlos y no hacer nada por garantizarlos. Por otra parte, esta disposición suprime estas garantías para un sector de la criminalidad, y de esta forma se crea la identidad de los “otros”, quienes demandan la aplicación de un derecho penal excepcional sin derechos ni garantías mínimas.

“ARTÍCULO 4.- (APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER REAL).

- I. En conocimiento del hecho por cualesquiera de las formas de inicio de la investigación penal, el fiscal dentro el plazo de las diligencias preliminares dispuesto por el Artículo 300 de la Ley N° 1970, de 25 de marzo de 1999, Código de Procedimiento Penal, por la supuesta comisión del delito o ante la flagrancia prevista en el Artículo 230 de la Ley antes citada, requerirá ante el Juez de Instrucción, la incautación del patrimonio, medios e instrumentos que pertenecieran a los imputados, y posibles instigadores y cómplices de las conductas calificadas como Terrorismo, Sedición o Alzamientos Armados contra la Seguridad y Soberanía del Estado.
- II. Los bienes muebles e inmuebles, quedarán bajo custodia de la Dirección de Registro, Control y Administración de Bienes Incautados – DIRCABI.
- III. El fiscal podrá requerir la retención de fondos de los imputados y posibles instigadores y cómplices por ante el sistema bancario y de entidades financieras a través de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. La incautación se aplicara aunque los fondos de recursos financieros no hayan sido usados efectivamente o no se haya llegado a producir los actos de Terrorismo, Sedición o Alzamientos Armados contra la Seguridad y Soberanía del Estado.
- IV. La incautación de bienes inmuebles del propietario procederá cuando este haya participado en cualquiera de sus formas en el hecho delictivo.

- V. Los bienes incautados incluidos recursos financieros y valores preferentemente se destinaran a programas de seguridad ciudadana y del Estado”.

Resulta cuestionable que el procedimiento para la imposición de medidas cautelares de carácter real lo establezca un Decreto Supremo, puesto que las medidas cautelares restringen derechos y por eso deberían ser tratados por leyes y no por meros Decretos Supremos. En la parte considerativa se establece que se decreta este cuerpo normativo por la responsabilidad asumida por el Estado boliviano al ratificar Tratados internacionales que promueven la lucha contra el financiamiento del Terrorismo. Sin embargo, ello no debe hacerse mediante un Decreto Supremo. Por otro lado, en este cuerpo normativo, se encuentran incoherencias, por ejemplo el artículo 4 establece que el fiscal puede requerir ante el juez de instrucción la incautación del patrimonio, medios e instrumentos que pertenecieron a los imputados de los delitos referidos dentro el plazo de las diligencias preliminares. Esto quiere decir que solo se podría requerir esto en la etapa investigativa únicamente, por cierto, sin necesidad de imputación formal, ni nada. El artículo 5, párrafo I, establece que este requerimiento de incautación lo puede realizar el fiscal también el desarrollo del proceso hasta antes de la sentencia, de esta manera se evidencia poca armonía en el cuerpo normativo, además que en el párrafo II del mismo artículo se habla solo el juez de instrucción, cuando al atender la aclaración que da el párrafo I, debiera también hacer expresa mención al Tribunal de Sentencia e incluso al Juez de Sentencia en caso de delito flagrante.

Este artículo 4, que ha sido transcrito, también contiene una gran incoherencia y a su vez una disposición atentatoria a la seguridad jurídica y al principio de inocencia. Considerando que el artículo 1, establece que el objeto de este cuerpo normativo, además, es el de establecer el procedimiento para la aplicación de las medidas cautelares de carácter real sobre el patrimonio,

medios e instrumentos *que hubieran sido utilizados o estuviesen comprometidos* en la comisión de los delitos referidos. El párrafo III del artículo 4 establece que el fiscal puede requerir la retención de fondos de los imputados a través de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y que *los fondos de recursos financieros serán incautados aunque los mismos no hayan sido efectivamente usados* o no se haya llegado a producir los delitos referidos. De esta manera, basta solo una mera sospecha (que no necesariamente tiene que traducirse en una imputación formal ni nada) para sufrir una restricción en tu patrimonio, por otro lado, no es necesario que el mismo se halle comprometido o haya sido utilizado en los actos terroristas o sediciosos y de alzamientos armados, y esto sin lugar a dudas es una puerta abierta al uso abusivo de la potestad punitiva del Estado. A mayor abundancia, esta retención de fondos la dispone el mismo fiscal, no la requiere ante el juez de instrucción, de esta manera no existe en esta determinación control jurisdiccional.

CAPÍTULO IV

DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Este capítulo, y el trabajo investigativo en sí, adquieren un tinte especial, dada la colaboración de profesores eminentes con reconocimiento internacional entre los que figuran el profesor boliviano Fernando Villamor Lucia quien fue entrevistado para la realización de este trabajo; y el profesor español Juan Carlos Carbonell Mateu que prestó de manera muy desprendida, su ayuda respondiendo a las preguntas planteadas en la encuesta.

También es bueno mencionar a personas especialistas reconocidas en nuestro medio que brindaron su colaboración a la realización de este capítulo, entre los que sobresalen los abogados: José Luis Paredes Oblitas, William Sánchez Peña, Jorge Valda, Aurea Miranda, Jorge Tapia, Moira Sandoval, Oswaldo Zegarra, entre otros. El trabajo de campo realizado y los resultados obtenidos se constituyen en la base empírica para justificar la evaluación del problema, por lo que el aporte de todas estas personas mencionadas permite hablar con autoridad sobre los resultados obtenidos y las conclusiones.

4.1. ENCUESTA

Se tomó como fuente de consulta e información a personas especialistas en Derecho Penal, dada la complejidad y abstracción del tema de investigación que solo puede ser de conocimiento de personas entendidas en la materia. Dentro de los especialistas consultados se encuentran profesores de Derecho Penal, abogados penalistas litigantes, especialistas e investigadores del Derecho Penal miembros de la Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales (A.B.C.J.P.).

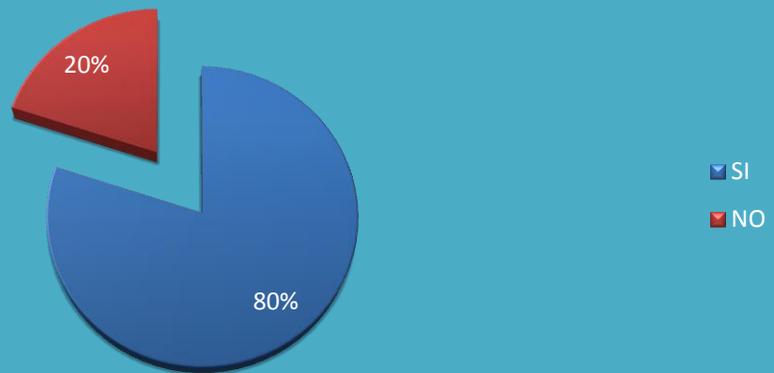
UNIVERSO ENCUESTADO.-

	CANTIDAD
Profesores de Derecho Penal	3
Abogados litigantes penalistas	24
Investigadores de la A.B.C.J.P.	3
TOTAL ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL	30

4.1.1.¿CREE USTED QUE EXISTEN RASGOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN PENAL BOLIVIANA VIGENTE?

	CANTIDAD
Si	24
No	6
TOTAL	30

Derecho penal del enemigo en la legislación penal boliviana



Fuente: Elaboración propia

COMENTARIO.-

24 personas creen que existen rasgos del derecho penal del enemigo en la legislación penal boliviana vigente. 6 personas creen que no existen rasgos del derecho penal del enemigo en nuestra legislación penal vigente, sin embargo, existen criterios diversos, algunos consideran que existe un endurecimiento desproporcional de las penas, o una aplicación de la potestad punitiva fuera de la ley, o la supresión o relativización de derechos y garantías propias del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal para sectores específicos de la criminalidad, que el sistema judicial está supeditado al gobernante y sus intereses políticos, la interpretación arbitraria en desmedro de opositores, además de la existencia de disposiciones legales que contravienen principios propios del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, lo cual, conforme a la investigación realizada, todo ello hace al fenómeno denominado: derecho penal del enemigo.

4.1.2. ¿DE QUÉ FORMA CONSIDERA QUE SE MANIFIESTA EN NUESTRA LEGISLACIÓN PENAL EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

FORMAS DE MANIFESTACIÓN	CANTIDAD
Supresión o relativización de derechos y garantías propias del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal para sectores específicos de la criminalidad	20
Endurecimiento desproporcional de las penas	17
Aplicación de una potestad punitiva fuera de la Ley	15
Relativización o supresión de las diferencias que existen entre actos preparatorios y actos ejecutivos	11
Derecho penal simbólico	8
Relativización o supresión de las diferencias existentes entre tentativa y consumación	8
Relativización o supresión de las diferencias existentes entre las categorías dogmáticas de autoría y participación	7

COMENTARIO.-

Consultadas que fueron las personas, sobre las formas en las que aparecen y se manifiestan los elementos del derecho penal del enemigo en nuestra legislación, la mayor parte de los encuestados coincidió con las opciones planteadas sugeridas en la encuesta como parte del fenómeno jurídico descrito por Jakobs.

Por la opción: “Supresión o relativización de derechos y garantías propias del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal para sectores específicos de la criminalidad” se inclinaron 20 personas, señalando esta característica como la principal forma de manifestación del derecho penal del enemigo en nuestra legislación penal vigente.

17 personas encuestadas consideran que el derecho penal del enemigo se manifiesta en nuestra legislación a través del “endurecimiento desproporcional de las penas”, esto que –como se estudió- se produce a través de la proliferación de leyes penales con mero “afán legiferante”.

15 encuestados señalaron como característica de las formas de manifestación del derecho penal del enemigo en nuestra legislación a la “aplicación de una potestad punitiva fuera de la Ley”, que Zaffaroni denomina: derecho penal subterráneo.

Existe una “relativización o supresión de las diferencias que existen entre actos preparatorios y actos ejecutivos” según 11 personas encuestadas que señalaron esta característica del derecho penal del enemigo en nuestra legislación.

Según 8 personas encuestadas existe un uso del “derecho penal simbólico”, lo que –según Cancio Meliá- generalmente siempre va aparejado al endurecimiento desproporcional de las penas o también denominado: resurgimiento del punitivismo. Pues el legislador tiene un mero afán de promulgar leyes para producir un efecto tranquilizante en la sociedad mostrando a un supuesto legislador decidido en su lucha contra el crimen, de esta manera se crea tipos penales destinados a su no efectiva aplicación, por un lado, y por otro la proliferación de tipos penales con penas draconianas destinadas a su efectivo cumplimiento.

Fueron también 8 personas encuestadas que consideran la existencia en nuestra legislación penal de la “relativización o supresión de las diferencias existentes entre tentativa y consumación”.

7 personas encuestadas señalaron que el derecho penal del enemigo se manifiesta en nuestra legislación a través de la “relativización o supresión de las diferencias existentes entre las categorías dogmáticas de autoría y participación”.

Entre los aportes personales de los encuestados están: la existencia de la retroactividad de la ley, la confusión bajo un solo concepto de delitos de consumación con delitos de consumación permanente, elementos atentatorios a los derechos y garantías constitucionales, del debido proceso, el principio de inocencia, violación de principios y garantías como el “principio de legalidad”, normas administrativas que en su aplicación son complementarias al Derecho Penal y/o derivaron en tipos penales insertos en la norma sustantiva penal, como la Ley contra la Discriminación, Ley de Telecomunicaciones y la Ley de Autonomías, Ley N° 004, Ley N° 007 y Decreto Supremo N° 138, el procesamiento desproporcionado en contra de personas sin respetar derechos humanos y constitucionales que se constituye en una Política Criminal que se

aplica en el gobierno de turno. Una persona encuestada refirió que no existe derecho penal del enemigo en la legislación sino en el sistema judicial supeditado al gobernante y sus intereses políticos; otra refirió que existe una interpretación arbitraria en desmedro de opositores.

Por último, solo dos personas del universo encuestado no coincidieron con ninguno de estos elementos planteados como formas de manifestación del derecho penal del enemigo. Sin embargo cabe mencionar que estas 2 personas encuestadas señalaron en preguntas posteriores que existen disposiciones legales que contravienen principios propios del Derecho Procesal Penal, lo cual, conforme a la investigación realizada es una característica del derecho penal del enemigo y renunciar a ellas involucra un deterioro del Estado de Derecho.

4.1.3. ¿EN QUÉ CUERPOS NORMATIVOS SE ENCUENTRAN LOS ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

CUERPOS NORMATIVOS	CANTIDAD
Ley N° 004	20
Ley N° 007	19
Código de Procedimiento Penal	13
Código Penal	12
Decreto Supremo N° 138	9
NS/NR	3

Fuente: Elaboración propia

COMENTARIO.-

El universo encuestado fue consultado respecto a los cuerpos normativos bolivianos en los que se hallan los elementos del derecho penal del enemigo, para lo cual se les sugirió 5 opciones: Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Ley N° 004, Ley N° 007 y Decreto Supremo N° 138. Además se les concedió potestad facultativa de incorporar otros cuerpos normativos que a su consideración contengan elementos del derecho penal del enemigo. Los resultados fueron los siguientes.

La Ley N° 004 ha sido considerada por los encuestados como la más representativa de las leyes punitivas que hacen al derecho penal del enemigo, pues fueron 20 personas quienes se inclinaron y coincidieron en identificar a este cuerpo normativo como contenedor de elementos del derecho penal del enemigo.

A su vez, solo por la mínima diferencia, se encuentra inmediatamente posterior la Ley N° 007, pues fueron 19 personas que también la identificaron y coincidieron en señalarla como instrumento legal que contiene elementos del derecho penal del enemigo.

13 personas del universo encuestado coincidieron en identificar al Código de Procedimiento Penal como Ley que contiene elementos del derecho penal del enemigo.

El Código Penal fue señalado como cuerpo normativo que contiene elementos del derecho penal del enemigo por 12 personas.

El Decreto Supremo N° 138 fue identificado como cuerpo normativo que contiene elementos del derecho penal del enemigo por 9 personas del universo

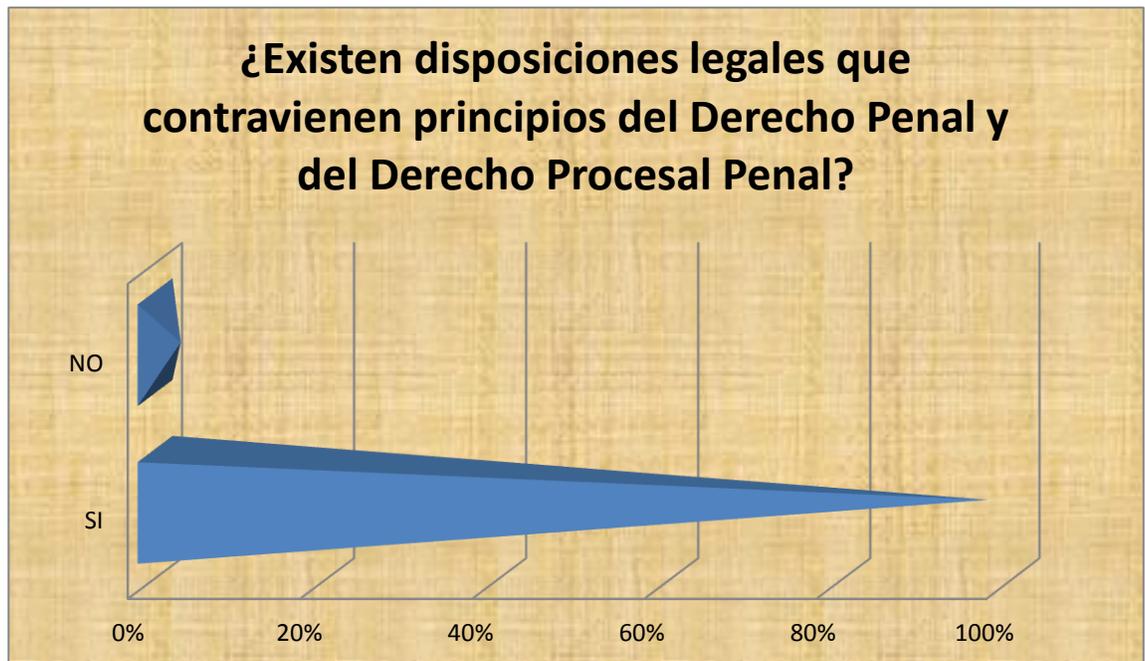
encuestado. Es menester señalar que respecto a este cuerpo normativo, la mayoría de los encuestados consultaban al encuestador sobre su existencia y contenido, es decir que no es un cuerpo normativo conocido. Al informarles que este Decreto Supremo cambia las reglas de competencia que establece el Código de Procedimiento Penal, pues establece que queda consolidada la ciudad de La Paz como sede de juzgamiento de los delitos de terrorismo, alzamiento armado y sedición, miraban incrédulos de que realmente exista este cuerpo normativo, incluso la ignoraban los profesores de Derecho Penal consultados, es más tampoco la conocía el encuestador sino hasta dialogar con el profesor Dr. Fernando Villamor Lucía quien fue la primera persona en proporcionar la información pertinente de este Decreto Supremo para el desarrollo de este trabajo.

Además de las opciones sugeridas por el encuestador, las personas encuestadas aportaron a la investigación identificando otros cuerpos normativos que contienen elementos del derecho penal del enemigo como ser: Ley N° 0045 contra el racismo y toda forma de discriminación, Ley marco de autonomías y descentralización, la Sentencia Constitucional 770/2012-R. Por lo menos tres personas coincidieron en identificar a la Ley N° 348 Ley integral para garantizar a mujeres, sin embargo por la fecha de publicación de esta norma, no entra al ámbito de la investigación dada la delimitación temporal desarrollada en el perfil de tesis.

Por último, fueron únicamente tres personas del universo encuestado que no coincidió con ninguna de las opciones planteadas y tampoco sugirieron ningún cuerpo normativo.

4.1.4.¿CONSIDERA UD., QUE EXISTEN DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES QUE CONTRAVIENEN PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL Y DEL DERECHO PROCESAL PENAL?

	CANTIDAD
Si	29
No	1
TOTAL	30



Fuente: Elaboración propia.

COMENTARIO.-

Consultado el universo encuestado, se obtuvo un abultado resultado que cree que “SI” existen disposiciones legales vigentes que contravienen principios del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, pues fueron 29 personas que se inclinaron por esta respuesta contra solo una persona encuestada que dijo que “NO” existen disposiciones legales que contravienen principios del Derecho Penal y Procesal Penal.

4.1.5. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL CONTRAVENIDOS POR PRECEPTOS LEGALES VIGENTES?

	CANTIDAD
Principio de Presunción de Inocencia	25
Principio de prohibición de retroactividad	21
Principio de Legalidad Sustantiva	15
Principio de Igualdad	13
Principio de Legalidad Adjetiva	12
Principio de Taxatividad	9
NS/NR	1

Fuente: Elaboración propia.

COMENTARIO.-

Planteada esta pregunta en la encuesta correspondiente, se ofreció una tanda de posibles respuestas no excluyentes entre los cuales figuraban: Principio de Legalidad Sustantiva; Principio de Taxatividad; Principio de prohibición de retroactividad; Principio de Igualdad; Principio de Legalidad Adjetiva; y Principio de Presunción de Inocencia, además de conceder la potestad facultativa de identificar otros principios contravenidos no sugeridos en la tanda de respuestas.

El Principio de Presunción de Inocencia, es la respuesta en la que coincidieron la mayoría de los encuestados. Pues, 25 personas del universo encuestado la identificaron como un principio propio del Derecho Procesal Penal que es contravenido por preceptos legales vigentes.

El “Principio de prohibición de retroactividad” que según Roxin, es una de las consecuencias del Principio de Legalidad, fue identificado por 21 personas del universo encuestado, pues consideran que existen disposiciones legales que contravienen el referido principio.

Mientras que 15 personas del universo encuestado consideran vulnerado el “Principio de Legalidad Sustantiva” por preceptos legales vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Fueron 13 personas encuestadas que identificaron al “Principio de Igualdad” como otro principio que es contravenido por disposiciones legales vigentes.

Por su parte, el “Principio de Legalidad Adjetiva” fue identificado por 12 personas encuestadas pues consideran la existencia de preceptos legales que contravienen el principio referido.

El “Principio de Taxatividad” fue señalado por 9 personas encuestadas como un principio propio del Derecho Penal contravenido por preceptos legales vigentes.

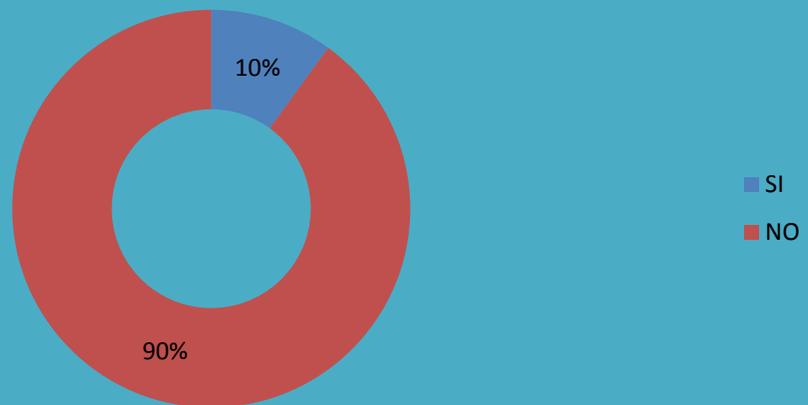
Además de las opciones planteadas en la tanda de respuestas hubo 3 aportes, estos son: el principio de culpabilidad, los derechos humanos universales, la congruencia y la verdad material.

Por último solo una persona no coincidió con ninguna de las opciones sugeridas en la tanda de respuestas y tampoco sugirió algún otro principio sea de naturaleza sustantiva o adjetiva que considere contravenido por preceptos legales vigentes.

4.1.6. ¿ES POSIBLE DESPOJAR DEL STATUS DE PERSONA A UN CIUDADANO, DENTRO DEL ESTADO DE DERECHO?

	CANTIDAD
Si	3
No	27
TOTAL	30

¿Es posible despojar del status de persona a un ciudadano dentro del Estado de Derecho?



Fuente: Elaboración propia.

COMENTARIO.-

Del universo encuestado, se tiene que 27 personas respondieron que “NO”, no es posible despojar del status de persona a un ciudadano dentro del Estado de Derecho. Esta pregunta fue planteada, debido a que Jakobs afirma la existencia de un derecho penal para ciudadanos, por un lado, y por otro un derecho penal para enemigos que coexisten paralelamente. Y que a quien se considera enemigo, se lo considera “no persona”, por ende deja de ser un sujeto de derecho, lo cual tiene por consecuencia la aplicación injusta de preceptos legales en contravención de derechos fundamentales, garantías constitucionales y del debido proceso, pues se desconocen los derechos de esta “no persona” al haber sido despojado del status referido. Solicitada la justificación de su respuesta, el universo encuestado ensayó respuestas diversas que sin embargo se dirigen hacia un mismo sentido: el despojo del status de persona equivale a negar la propia esencia del Estado de Derecho;

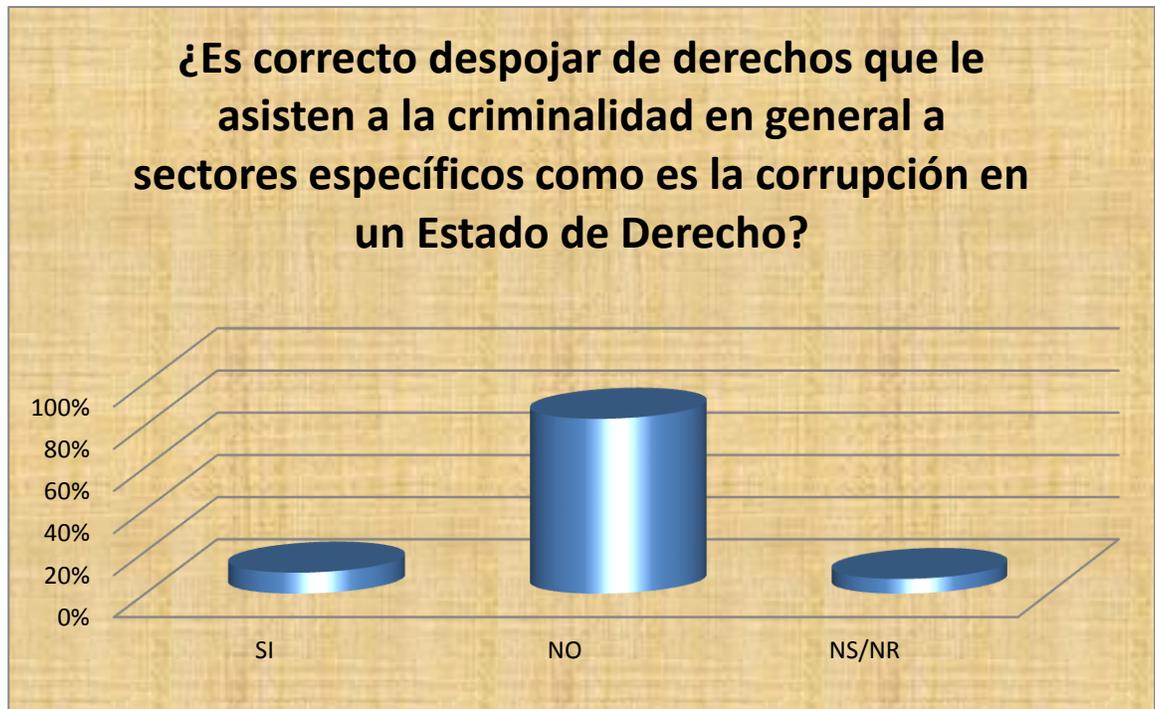
que el Estado de Derecho justamente construye en base a dicho status el sistema de derechos y garantías de las personas; el status de persona deviene de la calidad misma de ser humano, no existe facultad alguna del Estado para quitarle esa calidad; todos somos iguales ante la ley; por reconocimiento internacional de derechos; la personalidad es un derecho natural adquirido desde la concepción; la calidad de persona no se pierde bajo ninguna circunstancia es un derecho inalienable; es intrínseco al ser humano; las garantías y derechos individuales evitan el despojo del status de persona; es un derecho humano; jurídicamente la Constitución Política del Estado prohíbe la muerte civil; se desconocerían todos los derechos fundamentales de las personas entre ellos derechos humanos, los cuales aún se encuentran en Tratados y Convenios aún vigentes en nuestro Estado; Ese status está reconocido por la Constitución Política del Estado, las Convenciones de Derechos Humanos, Código de Procedimiento Penal y leyes conexas.

Por lo menos 6 personas, que contestaron que no se puede despojar del status de persona a un ciudadano dentro del Estado de Derecho, consideran que en los hechos esto se da pues se quita el status de ciudadano a los enemigos del Estado.

Solo 3 personas del universo encuestado, respondieron que si es posible despojar del status de persona a un ciudadano dentro del Estado de Derecho alegando por un lado que el Estado de Derecho es modelo neoliberal y en muchas normativas neoliberales el ciudadano tiene muerte civil; no solamente se les restringe su derecho a locomoción sino que se vulnera otros derechos; el ciudadano es un número para el Estado y este último ejerce con todo un aparato de poder contra quien considere su adversario.

4.1.7. ¿ES CORRECTO DESPOJAR DE DERECHOS QUE LE ASISTEN A LA CRIMINALIDAD EN GENERAL A SECTORES ESPECÍFICOS COMO ES LA CORRUPCIÓN EN UN ESTADO DE DERECHO?

	CANTIDAD
Si	3
No	25
NS/NR	2
TOTAL	30



Fuente: Elaboración propia.

COMENTARIO.-

Del universo encuestado, con un amplio margen la opción "NO", fue seleccionada por la mayoría de los encuestados, pues 25 personas consideran que no es correcto despojar de derechos que le asisten a la criminalidad en general a sectores específicos como es la corrupción en un Estado de Derecho.

Entre las diversas justificaciones de esta respuesta sobresalen las siguientes; pese a la gravedad del hecho, el Estado de Derecho se niega a sí mismo si niega todos los derechos de defensa; la ley es para todos donde debe imperar el principio de igualdad; salvo que se constitucionalice o que existan mecanismos de defensa, dado que nuestro ordenamiento procesal penal es garantista; para tener una sociedad que se dirija al respeto mutuo, es necesario que todos gocemos de los mismos derechos y garantías constitucionales; porque de inicio segregar sectores es una forma más compleja de normar ya que se discrimina; hay garantías y principios constitucionales así como Tratados internacionales que no permiten despojar derechos de los imputados; por la igualdad constitucional; vulnera el principio constitucional de igualdad ante la ley; porque se violentan los principales derechos a la presunción de inocencia y derecho a la defensa; se vulneran garantías individuales y se enfoca el poder punitivo a casos individuales; porque los derechos se han determinado para contrarrestar el poder excesivo del Estado, al despojarlos se ignora el Estado de Derecho; todos somos seres humanos y por ende personas, con derechos y obligaciones, derechos que deben ser respetados inclusive a los delincuentes y corruptos; se tiene que aplicar la ley para toda la población en general; no es correcto despojar de derechos a los delincuentes de hechos de corrupción en un Estado de Derecho, pero si se debería aplicar de una forma correcta la facultad punitiva del Estado; no es correcto despojar de derechos a sectores específicos de la criminalidad como la corrupción, pero en los hechos se da; viola el principio fundamental del Estado de Derecho; si bien nos tenemos que

someter a las leyes, arremeter contra los actos de corrupción mediante leyes drásticas y mecanismos de persecución, no es la solución porque es desconocer los principios; porque se demoniza a un sector de la criminalidad abriéndose de esta manera la aplicación de un Derecho Penal de Autor. Todas estas fueron las valiosas aportaciones del universo encuestado que tiene coherencia con el trabajo de investigación.

Solo 3 personas encuestadas contestaron que “SI”, si es correcto despojar de derechos que le asisten a la criminalidad en general a sectores específicos como es la corrupción en un Estado de Derecho. Justificaron su respuesta de la siguiente manera: corrupción- interpretación normativa e interpretación interesada no fáctica; de repente es una manera temporal de probar si realmente es la forma de solucionar el problema más común de nuestro Estado; es necesario.

Dos personas no respondieron a la pregunta.

4.1.8.¿QUÉ OPINIÓN LE MERECE QUE LA PUNICIÓN DEL TERRORISMO SE ADELANTE A LOS ACTOS PREPARATORIOS, E INCLUSO SEA PUNIBLE LA MERA PERTENENCIA A GRUPOS TERRORISTAS?

La pregunta fue planteada debido a que existe una controversia respecto al tratamiento de distintos delitos. Como se sugiere en el marco teórico y conforme a la investigación realizada los delitos que comúnmente demandan la utilización de un derecho penal del enemigo en el sentido de una lucha contra la criminalidad pero sin límites son: el terrorismo, la delincuencia organizada, narcotráfico, corrupción, delitos sexuales, delitos contra la seguridad del Estado, etc. En esa lógica es controversial el tratamiento que se da muchas veces a la

punición –en el caso concreto- del terrorismo, pues se adelanta la punición a los actos preparatorios e incluso a la mera pertenencia a los grupos terroristas. Es así que lo concibe el legislador boliviano pues comete el delito de terrorismo *el que formare parte, actuare al servicio o colaborare de cualquier forma con una organización armada destinada a cometer delitos contra la seguridad común, delitos contra la vida o delitos contra la integridad corporal, con la finalidad de subvertir el orden constitucional, deponer al gobierno elegido constitucionalmente, mantener en estado de alarma o pánico colectivo a la población o a un sector de ella*. De esta manera, a partir de la interpretación del tipo delictivo de terrorismo, se tiene que se penaliza la pertenencia al grupo terrorista, la ayuda o colaboración que se le pueda prestar al grupo terrorista, que no necesariamente constituye una colaboración en el hecho delictivo, es decir en un supuesto atentado terrorista, es así que se desconocería las categorías dogmáticas principales de autoría y participación, y al penalizar la mera pertenencia a los grupos terroristas sin que involucre una participación penalmente relevante en un supuesto hecho delictivo conforme a las categorías referidas, se está penalizando el pensamiento.

La mayoría de los encuestados, concretamente 18 personas se manifestaron de manera negativa, rechazando la punición de los actos preparatorios y la mera pertenencia del delito en cuestión, sus razones son las siguientes: es una vulneración a la garantía de presunción de inocencia; terrorismo de Estado; casos montados con dirección de intereses políticos con fines de ventaja para ejercicios de poder sin legalidad y se ignoran derechos humanos; una medida desesperada por convencer a nuestra sociedad que existen enemigos dispuestos a despojarlos de sus cargos; vulnera una garantía fundamental en nuestro propio Estado; vulnera derechos fundamentales y resquebraja la dignidad de las personas; es una característica propia del derecho penal del enemigo, que hace punible los actos preparatorios o volitivos, en contraposición al principio *logitationes poenam nemo patitur*; es completamente contrario a la

Constitución y las leyes. Es una deformación del Estado de Derecho por causas políticas; se vulnera principios fundamentales del derecho penal al tomar a grupos específicos como enemigos y se sancionan conductas más que acciones.; atenta contra principios del derecho penal y contra derechos fundamentales; todos tienen derecho a un justo y debido proceso –presunción de inocencia y derecho a la defensa; una vulneración flagrante a los derechos humanos convirtiéndose en una pena anticipada y la pertenencia a grupos irregulares tendría que ser investigado de acuerdo a nuestras normas vigentes; violatoria a los principios de un Estado de Derecho; en realidad por pertenecer a un grupo no se evidencia la comisión de delitos; no debería, la intención no es punible; negativa, el ius puniendi tiene, entre otros, un principio limitador que es el de legalidad procesal y legalidad sustantiva; es conveniente separar la punición de la pertenencia a un grupo terrorista, ya que el terrorismo siempre ha supuesto un desafío para el derecho penal y se debe determinar los instrumentos jurídico penales más idóneos para enfrentarlo; es atentatorio al principio del acto; ese precepto contraviene el principio de inocencia ya que los procesos previos son los que determinan la posible supresión del principio de inocencia.

Por otro lado, 11 personas del universo encuestado respondieron de manera positiva a la pregunta, es decir, apoyando y sustentando el adelantamiento de la punición a los actos preparatorios y a la mera pertenencia a los grupos terroristas. Sus razones fueron: Es lógico el adelantamiento en toda criminalidad organizada. También la pertenencia a grupos terroristas; Es necesario; Se sanciona como delito de mera actividad, así lo concibe la doctrina; La doctrina penal establece en qué tipos penales se pueden sancionar actos preparatorios y el terrorismo es uno de ellos por el bien jurídico que protege, incluso hay nuevas teorías al respecto como es el “derecho penal del riesgo”; En determinadas sociedades es legítimo; es positivo, porque el bien común protegido es lo más importante, es decir la colectividad debe ser

protegida por encima de un grupo terrorista, esto en casos de terrorismo; Podría ser aplicable solo en casos en los cuales sean encontrados en flagrancia; Es una política criminal de prevención, que es muy necesaria, hay que diferenciar entre el terrorismo y un grupo que reclama reivindicaciones sociales, me parece muy correcto imponer penas al terrorismo; Entiendo que el terrorismo constituye una forma de criminalidad que debe ser combatida y para eso el estado debe tener mecanismos más ágiles; me parece que es una disposición correcta por que el terrorismo atenta contra los derechos de las personas y debe ser combatido.

En tanto que una persona del universo encuestado afirmó que la individualización del terrorista es coyuntural, y citó a Juana Azurduy como ejemplo.

4.1.9.¿CUÁL ES LA FORMA CORRECTA Y ADECUADA PARA COMBATIR EL TERRORISMO?

Las respuestas brindadas por el universo encuestado constituyen un gran aporte para este trabajo investigativo. Al parecer la mayor polémica que se desata cuando se habla del derecho penal del enemigo es justamente cuando se habla de terrorismo. Jakobs sugiere que un Estado debe “hacerse” con los terroristas, o mejor matarlos directamente, asumiendo para ello la muerte de personas inocentes como mujeres y niños, y denominarle a ello: “daño colateral”.

De esta manera la pregunta planteada busca líneas directrices que debe tomar en cuenta el legislador, pero, también el Estado, para combatir el terrorismo, sin llegar a una postura radical como la que propone Jakobs, sino más bien tratando de velar por la dignidad del ser humano y el respeto de los derechos y garantías mínimas, pues no se debe olvidar que el Estado debe actuar

conforme al principio de superioridad ética propuesto por Zaffaroni, y considerando que el terrorismo es mucho más peligroso cuando se practica desde el Estado que el que se practica en contra de él, como señala Francisco Muñoz Conde.

9 personas del universo encuestado señalan que se deben crear políticas de Estado no improvisadas que fortalezcan la unidad nacional que satisfagan las pretensiones de la minorías, procurando la coordinación interinstitucional en el marco de la libertad, la expresión y pensamiento pues no todos son terroristas sino que disienten en el modelo de Estado, creando mecanismos de disuasión y prevención especialmente generando una política económica y social que contrarreste la oferta terrorista; la forma de combatir el terrorismo es a través de una adecuada política criminal, que debe entenderse no en desmedro de la dignidad del ser humano y los principios limitadores del ius puniendi que se traducen en derechos y garantías propias del Estado de Derecho.

2 personas del universo encuestado refieren que el terrorismo debe ser combatido por un lado penalizando las conductas preparatorias y la pertenencia a los grupos terroristas, así como la colaboración con organizaciones terroristas, siempre que esté dotado de legalidad, y con políticas de Estado duras contra crímenes de Estado.

De la misma forma fueron 2 personas que hicieron énfasis en que se debe pensar en prevenir el terrorismo a través de educación más que pensar en que formas reprimirlo.

A partir del establecimiento de medidas de hecho y de derecho, también se puede combatir el terrorismo. A través de sistemas de seguridad y de control para proteger al Estado fue sugerido por 3 personas.

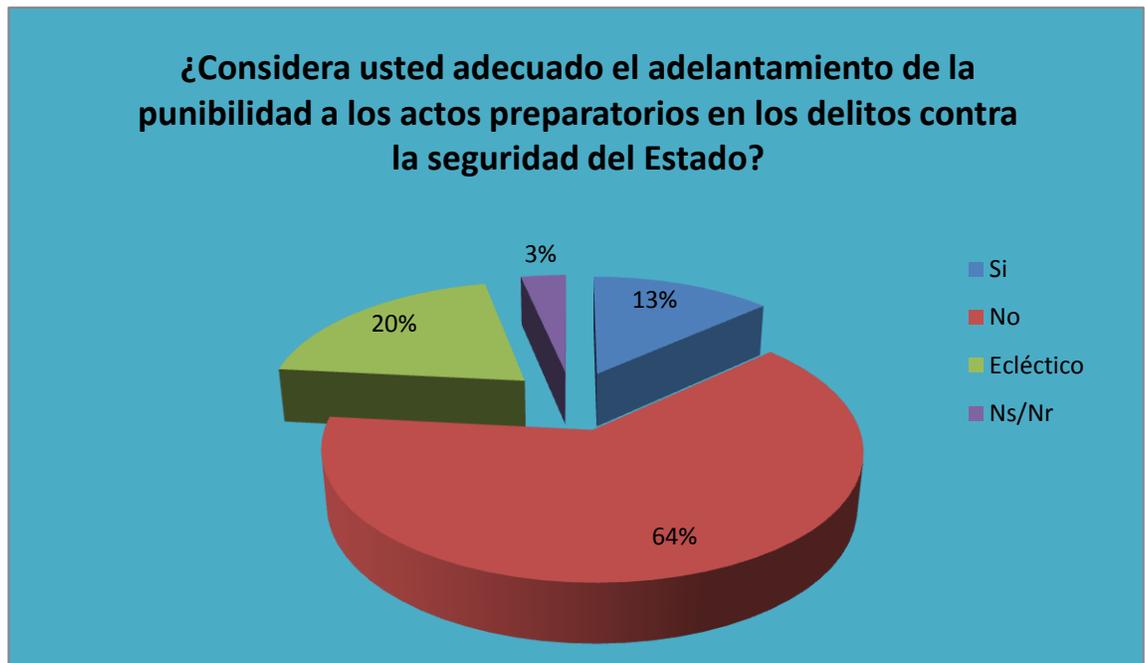
Fueron diversas respuestas que proporcionaron las personas encuestadas, permitiendo evidenciar que existen diversas formas a través de las cuales se puede combatir el terrorismo, y no siempre – menos exclusivamente- a través de la promulgación de leyes peligrosas que se contraponen a los derechos y garantías propias del Estado de Derecho, estos distintos puntos de vista son los siguientes: Fortalecimiento de los sistemas en los que los poderes del Estado sean verdaderamente independientes. Esto es concordante con lo que refiere Francisco Muñoz Conde respecto a que si no existe la referida independencia existirá una influencia política en la justicia, de esta manera el terrorismo de Estado es más susceptible de ser vivido; la colaboración entre Estados para el intercambio de información; el terrorismo se puede combatir de distintos ángulos como cortándoles los suministros a los propios terroristas, luchando por erradicar directamente con el tráfico de armas, droga, etc.; ejercer soberanía en todo el territorio nacional con presencia efectiva del Estado; Formar una conciencia social de las situaciones positivas y negativas, y entre las negativas el terrorismo; Procesar sancionar a las personas que cometan o intenten actos terroristas;

2 personas del universo encuestado creen que se requiere leyes específicas con control específico de la policía y buenas estrategias de control y/o una nueva ley de seguridad ciudadana.

2 personas del universo encuestado ignoran la forma en la que debe combatirse el terrorismo.

4.1.10. ¿CONSIDERA UD., ADECUADO EL ADELANTAMIENTO DE LA PUNIBILIDAD A LOS ACTOS PREPARATORIOS EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO?

	CANTIDAD
Si	4
No	19
Ecléctico	6
Ns/Nr	1
TOTAL	30



Fuente: Elaboración propia.

COMENTARIO.-

El universo encuestado en su mayoría considera que no es adecuado el adelantamiento de la punibilidad a los actos preparatorios en los delitos contra la seguridad del Estado, toda vez que fueron 19 personas quienes comparten esta opinión aseverando que ello vulnera la presunción de inocencia y el debido proceso, es inconstitucional como ilegal y resultan procesos armados según conveniencia, contraviene el principio de seguridad jurídica, se contradice con el Estado de Derecho, y da margen al abuso del Estado contra todo principio humano.

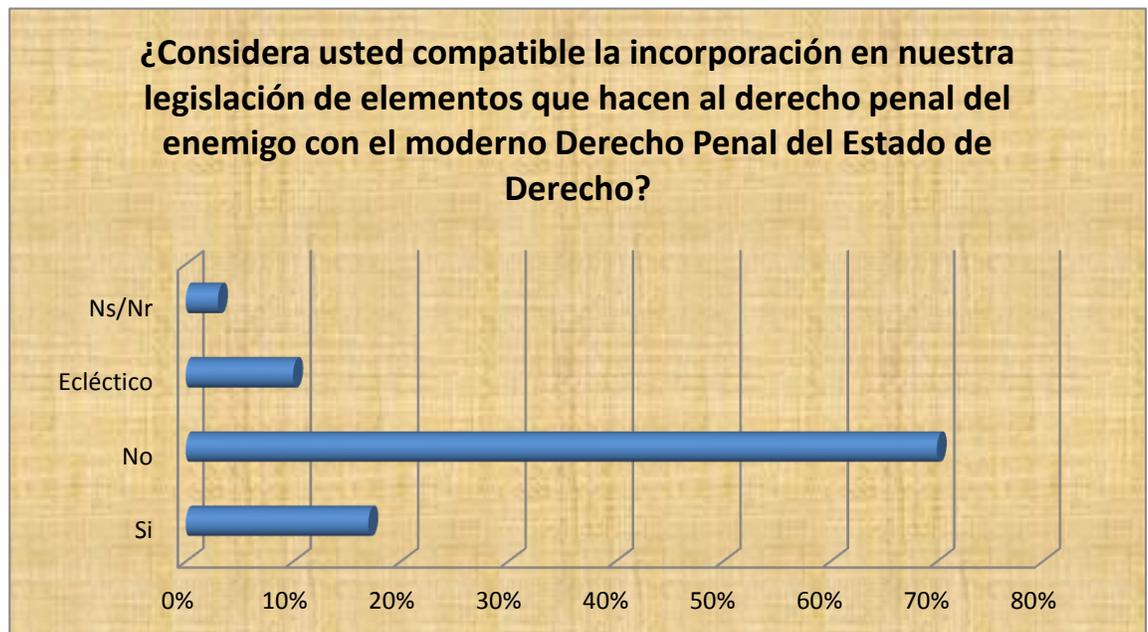
4 personas del universo encuestado consideran que si es adecuado el adelantamiento de la punibilidad en los delitos contra la seguridad del Estado, concluyendo que es lógico toda vez que procedan de estructuras delictivas organizadas siempre que estén tipificados dada la importancia de la seguridad del Estado.

Mientras que 6 personas del universo encuestado mostraron una postura más ecléctica, no mostrándose del todo ni a favor ni en contra del adelantamiento de la punibilidad en los delitos del Estado, pues aseguran que ello depende en qué casos y actos, o que solo se da en el delito de espionaje, en la medida que se delimiten correctamente estas facultades del Estado y exista un control imparcial, que debe darse solo en una situación bélica, que en un Estado de Derecho ello puede ser utilizado de manera positiva pero también puede utilizarse para procesar indebidamente a las personas que considera enemigos, se debe tener un procedimiento especial pero sin vulnerar los derechos y garantías constitucionales.

Solo una persona del universo encuestado prefirió no opinar al respecto.

4.1.11. ¿CONSIDERA USTED COMPATIBLE LA INCORPORACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN DE ELEMENTOS QUE HACEN AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO CON EL MODERNO DERECHO PENAL DEL ESTADO DE DERECHO?

	CANTIDAD
Si	5
No	21
Ecléctico	3
Ns/Nr	1
TOTAL	30



Fuente: Elaboración propia.

COMENTARIO.-

La mayor parte del universo encuestado se pronunció de manera negativa, es decir, considera que es incompatible la incorporación en nuestra legislación de elementos que hacen al derecho penal del enemigo con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho, concretamente fueron 21 personas que se pronunciaron de tal manera, pues consideran que se debe establecer y consolidar las garantías judiciales-garantistas- previstas en nuestra Constitución Política del Estado porque seguimos siendo un Estado de Derecho, siendo una aberración incorporar legislación inconstitucional al Derecho Penal porque así se viola toda seguridad jurídica; se vulnera a la sociedad en general y al individuo al practicarlas, el derecho penal del enemigo constituye una dictadura de la “democracia”; respondemos a un Estado democrático que garantiza derechos y garantías constitucionales; el derecho penal del enemigo suprime garantías constitucionales (debido proceso, presunción de inocencia, etc.), además constituye un abuso del Derecho, de la Ley por ello es incompatible con el moderno Derecho Penal; existen garantías y principios que se deben cumplir y respetar; todas las personas son iguales ante la ley y el derecho penal del enemigo no respeta los derechos de las personas a quienes un determinado Estado individualiza como enemigos, el adelantamiento de la punibilidad en supuestos hechos contra la seguridad del Estado dan lugar a una persecución política como viene pasando en el país; las penas serían elevadas de un modo desproporcionado con relación al hecho cometido y existiría una flexibilización de ciertas garantías del proceso penal que pueden llegar a ser suprimidas. De esta manera no solo es incompatible sino que además deteriora el Estado de Derecho deslizando el péndulo a un Estado absoluto en detrimento de la dignidad del ser humano.

5 personas del universo encuestado contestaron a esta pregunta de manera positiva, es decir, consideran compatible la incorporación en nuestra legislación

de elementos que hacen al derecho penal del enemigo con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho pues algunos elementos ayudan a prevenir y reprimir delitos graves que afectan la vida, la salud de los ciudadanos como el terrorismo; la criminalidad avanza a un ritmo mucho mayor que las utilidades públicas; nuestra legislación debe progresar y tiene que ser compatible con la incorporación de nuevos elementos.

3 Personas del universo encuestado mostraron una posición más ecléctica, pues consideran que ambos extremos son malos, por un lado un Estado que respete al extremo los derechos no podría combatir de forma eficiente la criminalidad, y a su vez un Estado que penalice todo y exista una ruptura con el Estado de Derecho, tampoco es adecuado, se debe buscar un equilibrio. Se debe insertar nuevos elementos basados en la interculturalidad sin atentar contra los derechos que constituyen grandes logros jurídicos y sociales que han costado vidas humanas

Solo una persona del universo encuestado no emitió ninguna respuesta ni opinión a esta pregunta.

4.2. ENTREVISTA A FERNANDO VILLAMOR LUCIA

Además de la encuesta realizada, se consultó al Profesor boliviano Doctor Fernando Villamor Lucia, quien es Doctor en Derecho penal (Universidad Complutense de Madrid), Diplomado en Estudios Superiores de Criminología (Instituto de Criminología de Madrid). Catedrático de cursos de diplomado, maestría y doctorado en diferentes universidades del país. Autor de numerosos libros y artículos publicados en revistas nacionales e internacionales. Publicó un manual de extensa difusión en universidades bolivianas y extranjeras: Derecho Penal Boliviano (Parte General y Parte Especial). Ha sido miembro de varias comisiones redactoras de proyectos de ley y reputado conferencista en

seminarios nacionales e internacionales (Costa Rica, Buenos Aires, Madrid, Arequipa – Perú). Actualmente es Presidente de la Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales. Por todo ello y por su abundante trayectoria se constituye en el jurisconsulto más importante de nuestro país. Afortunadamente, accedió a ser visitado y entrevistado para la realización de este trabajo investigativo, lo cual honra de gran manera contar con su participación en el desarrollo de este trabajo. Lo que se platicó con el profesor Villamor, se transcribe a continuación, Fernando Villamor (F.V.) y Alan Zarate (A.Z.).

“F.V. Referente a los casos de corrupción, en doctrina se sigue discutiendo si la legitimación de ganancias ilícitas es un delito independiente o es un delito que requiere un delito básico porque está referido fundamentalmente a delitos de narcotráfico, delitos de corrupción, entonces merced a las ganancias que se obtiene de estos delitos hay la legitimación de estas ganancias ilícitas. Pero la Ley 004 en Bolivia ha determinado que la legitimación de ganancias es un delito independiente, o sea toda la elaboración de la doctrina, la discusión de la doctrina si necesita un delito base o no, se echa por la borda porque Bolivia ha definido por Ley algo que en discusión doctrinal todavía se mantiene, que el delito de ganancias ilícitas es un delito independiente, esa es una muestra más de la implantación de un derecho penal del enemigo.

A.Z. ¿A través del derecho penal simbólico? ¿No?

F.V. Si, ampliación o cercenamiento de figuras penales nuevas. Porque para que se hable de legitimación de ganancias tiene que haber un delito base, tiene que haber alguien que cometa tráfico de drogas, entonces que sea enjuiciado y que sea condenado y que merced a ello –por eso es que inclusive están metidos ahí los abogados porque so pretexto de

cobrar honorarios a un narcotraficante están cometiendo legitimación de ganancias ilícitas- pero no, lo que actualmente se está discutiendo en doctrina, Bolivia ha dicho con la 004 que el delito de legitimación de ganancias ilícitas es un delito independiente, o sea mediante ley hemos zanjado en Bolivia si se necesita un delito base o no.

Ahora bien el Decreto Supremo N° 138 es un claro ejemplo de un derecho penal del enemigo, porque en su artículo primero creo que es, textualmente dice: se consolida como sede de juzgamiento para los delitos la ciudad de La Paz.

A.Z. Para tres delitos: Alzamiento armado, Sedición y Terrorismo.

F.V. O sea todo el tema de la territorialidad de la Ley se ha tirado por la borda, con un decreto ojo se ha modificado una ley que es el procedimiento penal, creo que es el artículo 46 del procedimiento penal.

A.Z. Las reglas de competencia

FV. Competencia en razón de territorio..., o sea si una persona comete este tipo de delitos en Santa Cruz es juzgado en La Paz, cuando el juez natural es el juez del lugar de la comisión del delito

A.Z. Santa Cruz

F.V. Entonces eso es una reducción de garantías procesales.

A.Z. Es inconstitucional y viola el principio de legalidad procesal.

F.V. Precisamente eso. Ahora, la misma Ley 004 se encarga de crear nuevos tipos penales y eso es la utilización de un derecho penal

simbólico. ¿Qué es un derecho penal simbólico? Es un uso patológico que se hace de los elementos del Derecho Penal, de modo que no podemos nosotros afirmar que en Bolivia existe un Estado de Derecho donde se respete el principio de legalidad en absoluto.

Otra característica del derecho penal del enemigo es el exacerbado punitivismo, la ley 004 es la muestra clara de eso, al margen de crear nuevos tipos penales también incrementa las penas. Este tema del feminicidio que yo no lo comparto por cierto, porque bueno, quien mata a otro comete homicidio y si mata con alguna de las agravantes que establece el artículo 252 del Código Penal incurre en asesinato, pero, no podemos hablar por ejemplo tu eres miope yo soy miope, miopicidio, o sea quien mata a una persona que es miope tiene 30 años, no pues, podían haber hecho, ojo, podían haber hecho como agravante para el asesinato: en caso de que la víctima fuera mujer. Y no hacer tanto alboroto, tanto lío, para incurrir en un craso error que lo ha hecho la legislación chilena, la legislación chilena contempla el feminicidio y ha sido muy criticada tremendamente criticada esa reforma penal en Chile, entonces ese tipo de cosas aumentan las filas de un derecho penal del enemigo, y además, la pena, o sea esto ha sido a consecuencia de ese oficial de policía que la ha apuñalado y bueno, eso para mí es un homicidio por emoción violenta, que el factor desencadenante haya sido de que le hayan llamado al sujeto porque según versiones ha habido una llamada donde le han dicho de que su mujer andaba con otro, etc., ese ha sido el factor desencadenante que ha roto los frenos estresores de cualquier persona normal, máxime que se trataba de un oficial de policía que estaba acostumbrado a todo tipo de violencia, pero de ahí, de un hecho aislado, a crear una figura penal independientemente como es el feminicidio es realmente una aberración, y lo que ha hecho el legislador

plurinacional boliviano es cometer una aberración. Eso es un asesinato, si lo hace con las agravantes, si lo hace con alevosía....

A.Z. Ensañamiento, envenamiento...

F.V. Si hay ensañamiento, bueno, puede ser, fundamentalmente si hay alevosía, aprovecharse de la indefensión de la víctima, buscar la indefensión de la víctima. Pero es asesinato, no teníamos porque crear una figura nueva. Como... yo quiero a mis perros, bueno, y porque matan a mi perro no voy a crear la figura penal del perricidio, es una barbaridad, pero más o menos se asemeja a eso.

A.Z. Lo único que se busca es el efecto político, en realidad...

F.V. Hay una influencia política por supuesto, se trata de mostrar de que el legislador plurinacional, hablemos entre comillas, se está haciendo eco del reclamo popular de que: ¿Por qué puede ser que cuando uno mata a una mujer no existe una figura que sea equiparable al asesinato? Es asesinato.

A.Z. Sea hombre, sea mujer.

F.V. Por supuesto. O sea andamos mal en ese sentido.

F.V. ¿De qué forma considera que se manifiesta en nuestra legislación penal el derecho penal del enemigo?

Se manifiesta porque en muchas disposiciones legales se han reducido, se han anulado garantías procesales, se han creado nuevos tipos penales y se han incrementado las penas.

¿En qué cuerpos normativos se encuentran los elementos referidos en la pregunta número dos?

Se encuentran en el Decreto Supremo 138, en la Ley 004, en la Ley 007 y en la actual Ley del Femicidio.

¿Considera Ud., que existen disposiciones legales vigentes que contravienen principios del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal?

Por supuesto que existen esas disposiciones legales anteriormente citadas.

F.V. ¿Cuáles son los principios del Derecho Penal y Procesal Penal contravenidos por preceptos legales vigentes?

Repito, el principio de legalidad en Derecho Penal, y el principio de equidad en la aplicación de las penas. En cuanto al Derecho Procesal, la reducción de garantías procesales, en cuanto se refiere por ejemplo con el Decreto 138 en desconocer el tema de la competencia por razón de territorio porque determinados tipos penales tienen que ser enjuiciados en la ciudad de La Paz.

¿Es posible despojar del status de persona a un ciudadano, dentro del Estado de Derecho?

De hecho ya se está despojando el status de persona en el actual sistema. Ahora dentro del Estado Social y Democrático de Derecho no es posible despojar del status de persona a un ciudadano, salvo claro está que sigamos las afirmaciones por ejemplo de Hobbes, de Rousseau, que decían que una persona que comete un hecho delictivo no puede ser considerado persona ni ciudadano, es no persona y no se le pueden otorgar las garantías que se le dan a los ciudadanos.

¿Es correcto despojar de derechos que le asisten a la criminalidad en general a sectores específicos como es la corrupción en un Estado de Derecho?

No solamente no es correcto despojar de derechos, beneficios, en casos específicos como es la corrupción. En ningún tipo penal se pueden despojar de derechos, beneficios judiciales. Todos los que incurren en la comisión de un delito gozan de los derechos fundamentales y no es posible despojar en un Estado Social Democrático de Derecho.

¿Qué opinión le merece que la punición del Terrorismo se adelante a los actos preparatorios, e incluso sea punible la mera pertenencia a grupos terroristas?

Bueno, el tema del terrorismo es un problema de carácter internacional de carácter mundial que por supuesto está propiciado por la primera potencia del mundo. Ya desde 1973 en Bolivia se ha tipificado el terrorismo como no solamente el amedrentar a todo o una parte de la población con la explosión de artefactos explosivos sino la mera pertenencia a un grupo destinado a cometer delitos de terrorismo. Es criticable esto de que se llegue a sancionar los meros actos preparatorios, ahí se va contra el principio de que los actos preparatorios

son impunes, o sea quien compra un revolver para matar, no basta la mera tenencia del revolver para determinar que hay una tentativa de asesinato o de homicidio, sino habrá una tenencia ilegítima de armas pero no será factible enjuiciar a una persona por tentativa de homicidio o de asesinato.

A.Z. En tanto no se traduzcan en actos ejecutivos del delito

F.V. En actos de ejecución, va contra principios del iter criminis. La forma correcta y adecuada para combatir el terrorismo, a mi juicio es el reconocimiento de derechos y garantías fundamentales, para mí, esa sería la forma más eficaz de combatir el terrorismo. En tanto en cuanto exista un pretexto de que hay gobiernos totalitarios que desconocen garantías constitucionales, hay un arma más, un argumento más para que existan figuras de terrorismo.

El adelantamiento de la punibilidad a los actos preparatorios en los delitos contra la seguridad del Estado, esto se lo ha hecho en razón de una política criminal de gobiernos totalitarios, los delitos contra la seguridad del Estado ya emergen en la época de Barrientos y Ovando donde la mera posibilidad de que se puedan cometer actos preparatorios ya eran considerados como delitos, es un arma eficaz de los gobiernos totalitarios.

Yo no considero compatible que se hayan agregado elementos que hacen al derecho penal del enemigo con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho, no considero que sea compatible, porque si tenemos una Constitución que pregona que enfatiza el respeto a los derechos fundamentales no se puede admitir bajo ese sistema constitucional

puedan aprobarse disposiciones legales que aumenten los tipos penales, que eleven el punitivismo y que reduzcan las garantías procesales.

¿Cree usted que existe un enemigo fabricado por el Estado boliviano?

Indudablemente, actualmente en el sistema político que estamos viviendo en Bolivia, hay un enemigo fabricado por el Estado, y el enemigo fabricado por el Estado es aquel que trate de subvertir el orden constitucional.

¿Es el derecho penal del enemigo usado como un “Derecho de Estado” en el Estado boliviano?

Yo diría que el derecho penal del enemigo es una forma de combatir políticamente a través de disposiciones legales y usando el poder judicial a quienes no están de acuerdo con el sistema político actual, es una forma de combate utilizando la justicia, es politizar el poder judicial que es muy peligroso en un Estado Social y Democrático de Derecho, no se puede admitir que so pretexto de defender la seguridad del Estado se creen instrumentos legales capaces de combatir al enemigo político, amenazas de enjuiciamiento, de encarcelamiento y lo más grave cuando hay por ejemplo, lo que pasa con la 007 que establecía la 007 igual el procedimiento penal que si en 18 meses no existía sentencia condenatoria ejecutoriada se podía determinar la libertad del sujeto.

A.Z. La cesación a la detención...

F.V. Pero, ¿Qué ha pasado cuando se dicta la 007? Cuando se dicta la 007 para un ciudadano, para un enemigo político, señor Leopoldo Fernández, se eleva el tiempo, ya no son 18 sino 36 meses, eso no se

puede admitir en un Estado Social Democrático de Derecho, que so pretexto de seguir manteniéndolo detenido a un enemigo político se dicte un instrumento legal de esa naturaleza que perjudica a un sin número de gente en Bolivia. La 007 es un instrumento legal demostrativo de un derecho penal del enemigo en cuanto se refiere a reducción de garantías procesales y mucho más aun significa un amedrentamiento hacia aquellos que están manejando la justicia, es politizar la justicia, porque determina que cuando existe una acusación formal el juez o el fiscal que tengan imputación formal pueden ser destituidos de sus cargos.

A.Z. Mera imputación formal, eso vulnera el principio de inocencia, de presunción de inocencia.

F.V. Exactamente, ya el Tribunal Constitucional de alguna manera se ha pronunciado respecto a eso, porque hay una violación al principio de legalidad, porque constitucionalmente se requiere que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada para que un sujeto pueda ser apartado de su cargo, pero la mera dictación de una imputación formal ocasiona que a un sujeto, resulta ser condenado y eso no puede ser, o sea la 007 y la 004 son leyes demostrativas de un derecho penal del enemigo en Bolivia.

A.Z. De la misma forma la Ley de Autonomías establecía que con mera acusación formal el gobernante o quien esté ejerciendo un cargo electivo debía ser suspendido.

F.V. Indudablemente.

A.Z. Aunque eso también lo ha limitado ya el Tribunal Constitucional.

F.V. Hay que acudir a la sentencia del Tribunal Constitucional, donde inclusive me citan sobre mi afirmación sobre el principio de legalidad, es en base al criterio que yo expuse sobre el principio de legalidad que se ha dictado la sentencia constitucional que declara inconstitucional estos artículos referentes a la Ley de la Autonomía.

(...)

A.Z. Por otra parte el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado respecto a la retroactividad de la ley penal más perjudicial, y ha establecido que la retroactividad para delitos permanentes en materia de corrupción es el uso de un derecho penal de autor.

F.V. La retroactividad es algo que está vedado en Derecho Penal, la ley dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo.

A.Z. Salvo que sea lo más favorable.

F.V. Cuando es favorable. Pero, hemos ido al contrario y hemos establecido que hechos cometidos hace unos 20 años, 15 años puedan ser enjuiciados actualmente. Eso es una forma de perseguir al enemigo político, es politizar el poder judicial, politizar la justicia, es muy peligroso.

A.Z. ¿De qué forma se puede combatir a este fenómeno que es etiquetado por Jakobs como el derecho penal del enemigo, de una forma democrática y pacífica?

F.V. Inculcando a la gente política, al legislador que va a elaborar leyes un espíritu de reconocimiento a las garantías constitucionales, si la gente que va al parlamento, la gente que va al ejecutivo, no está embebida de la vigencia de derechos y garantías constitucionales difícilmente se

puede combatir, tiene que haber una cultura democrática en el país, si no la hay, bueno, estamos fracasados. Por eso es que países como por ejemplo Suiza tiene un notable progreso en su legislación porque es reconocedora de principios constitucionales, es garantista, la Suiza es una legislación que está acorde con principios rectores de Derecho Penal, democrático por supuesto, pero legislaciones como la cubana, venezolana, la boliviana y la argentina, difícilmente tienen un tinte de carácter democrático, no la tienen, es lamentable.

A.Z. Algunos juristas consideran necesario iniciar la persecución penal en los actos preparatorios o la mera pertenencia al terrorismo por las grandes consecuencias que tienen los actos terroristas. ¿Siguiendo una posición garantista y liberal deberíamos esperar a que se consumen los actos terroristas para recién iniciar la persecución penal o al menos esperar los actos ejecutivos?

F.V. En doctrina, hay una discusión que ya lo ha esbozado el profesor Jesús María Silva Sánchez. ¿Responsabilidad penal por pertenencia o por participación? Por ejemplo: A, B, C, toman acuerdo de voluntades de realizar actos de subversión, de terrorismo, pero para ello necesitan fondos, entonces, entre su línea de lucha está el por ejemplo cometer secuestros y si hay de por medio un homicidio, bueno, corren esas contingencias. A y B, viven uno en Tarija y otro vive en Villazón, C secuestra a un sujeto y pide un rescate determinado para solventar la organización criminal, en el secuestro C mata al guardia de seguridad de su víctima. La pregunta es: ¿hay responsabilidad de A y B porque pertenecen a la organización? ¿O solamente es responsable del homicidio C? Una postura in extremis nos da la conclusión de que habría responsabilidad de A y B por el mero hecho de pertenecer a la organización y estar de acuerdo con ese tipo de conductas. Y otra

postura, la más conservadora dice no, solamente se debe sancionar a C, que es el que ha realizado el secuestro y ha cometido el asesinato. Es una posición que adopta Jesús María Silva Sánchez bajo el rótulo de responsabilidad penal por pertenencia o por organización, de modo que es muy difícil establecer ese tipo de responsabilidad. Actualmente en Bolivia con el caso denominado Terrorismo en Santa Cruz, se ha incurrido en eso, es responsabilidad por organización, por pertenencia, y están siendo enjuiciados personas que nunca han participado en un acto de terrorismo, como consumación del delito de terrorismo, y eso indudablemente es no más una aplicación de un derecho penal del enemigo.

A.Z. ¿Se podría decir que sería más racional perseguir penalmente la mera pertenencia en el delito de terrorismo siempre y cuando exista un acuerdo previo de voluntades y un plan para ejecutar el acto terrorista?

F.V. Bueno la Ley actual vigente dice eso, los que se organicen para, cometen el delito de terrorismo, aunque no es necesario que haya consumación, el fin actuar en el delito de terrorismo 133 creo que es del actual Código Penal, es subvertir el orden constitucional, los que se organizan para cometer actos de terrorismo con el fin de subvertir el orden constitucional cometen el delito de terrorismo, consiguientemente si es que hay eso, bueno, estarían inmersos en la definición que hace el artículo 133 del actual código penal, no es necesario repetir que cometan actos de estallido de bombas o matar personas so pretexto, no es necesario, basta el mero hecho de organizarse para ese fin para exista delito de terrorismo, consumación de delito de terrorismo, un acuerdo de voluntades que va más allá de sancionar actos preparatorios porque ni siquiera hay actos preparatorios sino estamos dentro del iter criminis en una ideación y estamos incurriendo en algo que se ha siempre criticado

en Derecho Penal, el pensamiento no delinque, y aquí bueno la mera organización ya constituye consumación del tipo penal y eso no puede ser”.

CAPÍTULO V

ANTEPROYECTOS

5.1. ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE FORTALECIMIENTO AL ESTADO DE DERECHO

ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

DE FORTALECIMIENTO AL ESTADO DE DERECHO

LEY DE 2013

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Refundado que fue el Estado boliviano, a partir de la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado en febrero de 2009, y habiendo incorporado innovaciones a la Ley Fundamental para fortalecer la seguridad del Estado Plurinacional de Bolivia, se tiene que estas innovaciones no son compatibles con el Estado de Derecho toda vez que el Estado Plurinacional de Bolivia pertenece a un sistema interamericano de Derechos Humanos, de tal forma que renunciar a los principios propios del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal conlleva a la renuncia y/o deterioro del Estado de Derecho.

Dentro del Estado de Derecho debe protegerse al Estado y a la sociedad de la comisión de hechos delictivos, sin embargo, esta labor no debe realizarse a toda costa, en detrimento de los derechos mínimos que le asisten a los ciudadanos bolivianos, por lo que esta Ley de Reforma Constitucional de

Fortalecimiento al Estado de Derecho constituye un primer peldaño para subsanar, reparar y reconducir el rumbo hacia el Estado de Derecho, debiendo a su vez la jurisprudencia constitucional depurar los elementos contradictorios con el Estado de Derecho que se hallan inmersos en nuestra legislación.

Que la corrupción es un sector de la criminalidad que lacera al pueblo boliviano y debe combatírsele, sin embargo, esta lucha debe ser legal y legítima, en consonancia y armonía con los principios liberales que inspiran al Estado de Derecho para poder ofrecer seguridad jurídica a todos los ciudadanos bolivianos sin exclusión, de esta manera resulta imposible derogar, suprimir o relativizar derechos mínimos de los ciudadanos para sectores específicos de la criminalidad.

TÍTULO ÚNICO

CAPÍTULO I

Artículo 1. (Modificaciones a la Constitución Política del Estado). Se modifica los siguientes artículos de la Constitución Política del Estado, de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 111. Los delitos de genocidio, de lesa humanidad, crímenes de guerra son imprescriptibles.

Artículo 123. La ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de los trabajadores; y en materia penal, cuando beneficie al imputado.

Artículo 124. I. Comete delito de traición a la patria el que incurra en los siguientes hechos:

1. El boliviano que tome armas contra su país o estados aliados en estado de guerra extranjera, se ponga al servicio de estados extranjeros participantes, o entre en complicidad con el enemigo.
2. Los extranjeros residentes en territorio boliviano, están comprendidos en el numeral anterior, salvo lo establecido por el derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos.

II. Este delito merecerá la máxima sanción penal”.

Artículo 359. I. Los hidrocarburos, cualquiera sea el estado en que se encuentren o la forma en la que se presenten, son de propiedad inalienable e imprescriptible del pueblo boliviano. El Estado, en nombre y representación del pueblo boliviano, ejerce la propiedad de toda la producción de hidrocarburos del país y es el único facultado para su comercialización. La totalidad de los ingresos percibidos por la comercialización de los hidrocarburos será propiedad del Estado.

II. Ningún contrato, acuerdo o convenio, de forma, directa o indirecta, tácita o expresa, podrá vulnerar total o parcialmente lo establecido en el presente artículo. En el caso de vulneración de los contratos serán nulos de pleno derecho y quienes los hayan acordado, firmado, aprobado o ejecutado, serán procesados conforme a las leyes del Estado Plurinacional de Bolivia.

Artículo 2. (Derogación). Quedan derogados los artículos 112 y 324 de la Constitución Política del Estado.

DISPOSICIÓN FINAL

Única.- Consultado el pueblo boliviano a través de referéndum constitucional, y siempre que el soberano apruebe la reforma parcial a la Constitución Política del Estado, esta Ley entrará en vigencia a partir del día de su publicación oficial.

5.2. ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA PENAL “FERNANDO VILLAMOR LUCÍA”

ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA PENAL

“FERNANDO VILLAMOR LUCIA”

LEY..... DE.....2013

TÍTULO I

REFORMA SUSTANTIVA

CAPÍTULO I

Artículo 1. (Incorporaciones al Código Penal). Se incorpora los siguientes preceptos a la parte general del Código Penal boliviano en vigencia, conforme al siguiente texto:

Artículo 13 quinqueter. (PERSECUCIÓN PENAL).La persecución penal se inicia en los actos ejecutivos del delito. Se excluye todo tipo de persecución penal a los actos preparatorios de un delito por no existir la requerida lesividad material a los bienes jurídicos tutelados.

Los actos preparatorios de un delito, así como la pertenencia a grupos irregulares, sin que se traduzcan en actos ejecutivos de un delito, no son perseguibles penalmente.

Todo tipo delictivo que relativice o incorpore en su redacción elementos contrarios u oscuros en relación a esta disposición, deben ser interpretados a la luz de este precepto y deberá iniciarse la persecución penal allí donde empiece la lesividad material en los actos ejecutivos del delito.

Artículo 21. (AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN). Conforme a las modernas corrientes doctrinarias se adopta el sistema diferenciador entre autoría y formas de participación accesoria.

En ningún caso podrá sancionarse la complicidad como autoría.

Todo tipo delictivo que relativice o suprima las diferencias entre una y otra categoría dogmática, deberá ser interpretado a la luz de este precepto, y el principio de accesoriedad.

Artículo 2. (Modificación). El siguiente artículo queda modificado de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 105.- (TÉRMINOS PARA LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA). La potestad para ejecutar la pena prescribe:

1. En diez (10) años, si se trata de pena privativa de libertad mayor de seis (6) años.
2. En siete (7) años, tratándose de penas privativas de libertad menores de seis (6) años y mayores de dos (2).
3. En cinco (5) años, si se trata de las demás penas.

Estos plazos empezarán a correr desde el día de la notificación con la sentencia condenatoria, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiera empezado a cumplirse.

TÍTULO II

REFORMA PROCESAL

CAPÍTULO I

Artículo 3. (Derogación). Quedan derogados los artículos 29 bis, 91 Bis, y 344 Bis, refundidos en el Código de Procedimiento Penal a través de la Ley N° 004.

Artículo 4. (Modificaciones). Quedan modificados los siguientes artículos de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 90. (Efectos de la Rebeldía). La declaratoria de rebeldía no suspenderá la etapa preparatoria. Cuando sea declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes.

La declaratoria de rebeldía interrumpe la prescripción.

Artículo 234. (Peligro de Fuga). Por peligro de fuga se entiende a toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia.

Para decidir acerca de su concurrencia, se realizara una evaluación integral de las circunstancias existentes, teniendo especialmente en cuenta las siguientes:

1. Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;
2. Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;
3. La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga;
4. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo;
5. Existir en contra del imputado una sentencia condenatoria ejecutoriada.
6. Habérsele aplicado alguna salida alternativa por delito doloso dentro de los últimos cinco años;
7. La existencia de actividad delictiva reiterada o anterior;
8. Peligro efectivo para la sociedad o para la víctima o el denunciante; y
9. Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada, que permita sostener fundadamente que el imputado se encuentra en riesgo de fuga.

Artículo 235 ter. (Resolución). El juez atendiendo los argumentos y valorando los elementos probatorios ofrecidos por las partes, resolverá fundadamente disponiendo:

- 1) La improcedencia de la solicitud;
- 2) La aplicación de la medida o medidas solicitadas;
- 3) La aplicación de una medida o medidas menos graves que la solicitada.

Artículo 247.- (Causales de Revocación). Las medidas sustitutivas a la detención preventiva podrán ser revocadas por las siguientes causales:

- 1) Cuando el imputado incumpla cualesquiera de las obligaciones impuestas;
- 2) Cuando se compruebe que el imputado realiza actos preparatorios de fuga o de obstaculización en la averiguación de la verdad;

La revocación dará lugar a la detención preventiva en los casos en que esta medida cautelar sea procedente.

Artículo 239.- (Cesación a la detención preventiva). La detención cesará:

1. Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente que sea sustituida por otra medida;
2. Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga; y,
3. Cuando su duración exceda de dieciocho meses sin que se haya dictado sentencia o de veinticuatro meses sin que ésta hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada.

Vendidos los plazos previstos en los numerales 2) y 3) el juez o tribunal aplicará las medidas cautelares que correspondan previstas en el artículo 240 de este Código.

Artículo 321. (Efectos de la Excusa y Recusación). Producida la excusa o promovida la recusación, el juez no podrá realizar en el proceso ningún acto, bajo sanción de nulidad. Aceptada la excusa o la recusación, la separación del juez será definitiva aunque posteriormente desaparezcan las causales que las determinaron.

Las excusas y recusaciones deberán ser rechazadas in limine cuando:

1. No sean causal sobreviniente;
2. Se presente sin prueba en los casos que sea necesario; o
3. Habiendo sido rechazada, sea reiterada en los mismos términos.

Artículo 366. (Suspensión Condicional de la Pena). El juez o el tribunal, previo los informes necesarios y tomando en cuenta los móviles o causas que hayan inducido al delito, la naturaleza y modalidad del hecho, podrá suspender de modo condicional el cumplimiento de la pena cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1) Que la persona haya sido condenada a pena privativa de libertad que no exceda de tres años de duración;
- 2) Que el condenado no haya sido objeto de condena anterior por delito doloso, en los últimos cinco años.

Artículo 368. (Perdón Judicial). El juez o tribunal al dictar sentencia condenatoria, concederán el perdón judicial al autor o partícipe que por un primer delito haya sido condenado a pena privativa de libertad no mayor a dos años.

Artículo 392. (Juzgamiento de Jueces). Los jueces serán juzgados de conformidad al procedimiento común. Sólo serán suspendidos de su cargo por el Consejo de la Judicatura, cuando existan en su contra sentencia condenatoria ejecutoriada.

Artículo 393 ter. (Audiencia). En audiencia oral, el juez de instrucción escuchará al fiscal, al imputado y su defensor, a la víctima o al querellante, verificará el cumplimiento de las condiciones de procedencia previstas en el Artículo precedente y resolverá sobre la aplicación del procedimiento.

Si el juez acepta la aplicación del procedimiento inmediato por flagrancia, en la misma audiencia el fiscal podrá:

1. Solicitar la aplicación de una salida alternativa, incluyendo el procedimiento abreviado cuando concurren los requisitos previstos en este Código;
2. Si requiere realizar actos de investigación o de recuperación de evidencia complementarios, solicitará al juez el plazo que considere necesario, que no podrá exceder de cuarenta y cinco (45) días. El juez resolverá sobre el pedido del fiscal, previa intervención de la víctima y de la defensa.
3. Si considera que cuenta con suficientes elementos de convicción, presentará la acusación y ofrecerá la prueba en la misma audiencia. El querellante podrá adherirse a la acusación del fiscal o acusar particularmente en la misma audiencia y ofrecerá su prueba de cargo. La acusación pública, y en su caso la acusación particular, se pondrán en conocimiento del imputado en la misma audiencia, para que en el plazo máximo de cinco (5) días ofrezca su prueba de descargo.

Vencido este plazo, inmediatamente el juez de instrucción señalará día y hora de audiencia de preparación de juicio, misma que se realizará dentro de los tres (3) días siguientes. No obstante, a pedido fundamentado de la defensa, el juez podrá ampliar el plazo para la presentación de la prueba de descargo por el término máximo de cuarenta y cinco (45) días.

4. Solicitar la detención preventiva del imputado, cuando concorra alguno de los requisitos establecidos en el Artículo 233 del presente Código, para garantizar su presencia en el juicio.

Las resoluciones que el juez dictare respecto a los numerales 2 y 3 en conformidad a lo dispuesto en este Artículo, no serán susceptibles de recurso alguno.

Artículo 393 quinqueter. (Juicio Inmediato). Radicada la causa, el juez de sentencia señalará día y hora de audiencia de sustanciación del juicio, que se realizará en un plazo no mayor a cinco (5) días.

El día y hora de audiencia, verificada la presencia de las partes, el juez concederá la palabra a la Fiscalía para que realice la fundamentación de su acusación; posteriormente, dará la palabra al acusador particular para que fundamente su acusación y a la víctima si lo solicita; luego al imputado a los efectos de saber si hará uso en ese momento de su defensa material y finalmente otorgará la palabra a la defensa técnica para que presente su caso. No se dará lectura a las acusaciones ni al ofrecimiento de prueba de la defensa.

Abierto el debate, se recibirá la prueba del Ministerio Público, luego la prueba de la acusación particular y finalmente la prueba de la defensa, en el orden en que cada parte considere conveniente para su presentación.

Finalizada la producción de la prueba, cada parte, comenzando por el Ministerio Público, tendrá la oportunidad de realizar su alegato en conclusiones, dando en última instancia la palabra a la víctima y al imputado, en ese orden, a los efectos de que puedan realizar su manifestación final.

En todo lo demás serán aplicables las reglas previstas para el juicio ordinario, conforme a lo señalado en este Código.

Artículo 5. (Abrogación). Queda abrogado el Decreto Supremo N° 138 de 20 de mayo de 2009.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Se abrogan y derogan todas las disposiciones contrarias a la presente Ley.

Segunda. Esta ley regirá a partir del día de su publicación en la gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

CONCLUSIONES

- El derecho penal del enemigo en la legislación boliviana importa la supresión y/o relativización de libertades fundamentales y garantías mínimas cuyas fuentes se encuentran en principios propios del Derecho Penal liberal, de tal forma resulta incompatible con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho, pues este se halla inspirado y sustentado por aquellos.
- En Bolivia, existen algunos grupos que son tratados como enemigos. Por el tratamiento jurídico que reciben son los terroristas y los corruptos. Para los primeros se adelanta la punición a los actos preparatorios e incluso a la esfera del pensamiento, se confunde la complicidad con la autoría, además deben ser juzgados siempre en La Paz. Y para los segundos se ha dispuesto la imprescriptibilidad de sus delitos, la retroactividad de la ley penal perjudicial, la supresión de todo tipo de régimen de inmunidad.
- La mezcolanza entre fragmentos del denominado derecho penal del enemigo y el Derecho Penal liberal y Derecho Procesal Penal, más que amenazar a los enemigos, amenaza y pone en peligro a toda la ciudadanía con los dispositivos legales que incorpora en detrimento de principios propios del Estado de Derecho, justamente porque la Ley, jamás dirá con nombre y apellido, quién es el enemigo que inspiró la redacción de una norma, con mayor incidencia esto se refleja en el tratamiento de la corrupción, y las medidas cautelares que facilitan la aplicación de la detención preventiva.
- No puede existir dentro del Estado de Derecho distintos niveles de protección jurídica. Las libertades fundamentales y garantías mínimas

deben regir para todas las personas, sin exclusión puesto que este fenómeno de exclusión social aparece como excepción y tiende a generalizarse. Este es el alto costo que debe pagar el Estado para poder ofrecer seguridad jurídica a toda la ciudadanía, pues la lucha contra el delito, cualquiera sea este y la búsqueda de la verdad material no debe jamás implicar la vulneración de libertades fundamentales.

- La fabricación de un enemigo o extraño requiere de un discurso legitimante único (racista, teocrático, populachero, peligrosista, etc.) que exacerbe o construya la alucinación de una emergencia que permita identificar a un enemigo a quien se le pone una etiqueta (hereje, sub humano, terrorista, corrupto, degenerado, loco moral, etc.), así se abre una guerra abierta contra este, legitimada por la población la cual adopta una moda *cool* producto del discurso único que permite habilitar el uso discriminador de la potestad punitiva.
- Las formas a través de las cuales interviene el derecho penal del enemigo (ya no en la esfera legislativa, sino en la actuación de las agencias ejecutivas del Estado) es a través de procesos montados con ropaje judicial, la utilización de la pena, la detención preventiva y/o en su caso procesos judiciales de largos años que permiten la neutralización del hostis. Anteriormente se simplificaba más aún la neutralización de los enemigos pues se recurría al sistema penal subterráneo (eliminación directa por muerte y desapariciones forzadas sin ningún proceso previo).
- El derecho penal del enemigo pone de manifiesto que cuando se tiene el poder suficiente, las torturas y otros tratos inhumanos que estarían prohibidos y limitados por las constituciones, los tratados internacionales, las leyes, las garantías constitucionales, los derechos humanos, los

principios del Derecho Penal liberal, pueden ser pisoteados sin ningún tipo de restricción.

- El crimen organizado, la corrupción, los delitos de narcotráfico, por su nebulosidad conceptual, o el suceso de un hecho estremecedor son funcionales para habilitar el uso del derecho penal del enemigo así como la intervención del Estado en asuntos privados que incomoden a las fuerzas hegemónicas que detentan un determinado gobierno.
- La mayor importancia del uso del derecho penal simbólico con el resurgimiento del punitivismo, es que se condena ciertos tipos de conducta pero también ciertos tipos de “autor”. De tal forma que mediante la definición de los autores de delitos simbólicos, se crea una verdadera identidad social que excluye a los “otros”, esto es el uso de un derecho penal de autor que demoniza a un grupo de infractores.
- El derecho penal del enemigo es usado como un “Derecho de Estado”, es decir, el derecho penal así concebido se convierte en lo que en cada momento es funcional a la “razón de Estado” o lo que viene a ser lo mismo “razón de gobierno” sin ninguna referencia a un sistema de valores propio del Derecho Penal liberal, lo cual permite el uso de la potestad punitiva para fines politiqueros desmantelando el Estado de Derecho, neutralizando al *hostis*, para la perpetuación en el poder político utilizando en su caso el aparato estatal como *terrorismo de Estado*.
- La mayor falencia de Jakobs consiste en no poder precisar quién es el enemigo, él hace referencia a quien no brinde una seguridad cognitiva mínima, sin embargo aquella respuesta no es satisfactoria, porque la seguridad cognitiva, la buscan todos los sistemas jurídicos. De tal forma

que la individualización del *hostis* siempre la realizará el gobierno de turno de cada Estado en función a los intereses coyunturales.

- El Derecho Penal no tiene el poder para hacer desaparecer la guerra, el terrorismo, el genocidio, etc., aunque se adelante la punición a los actos preparatorios o a la esfera del pensamiento.
- Si no existe una verdadera independencia entre los diversos órganos del Estado, y más aún si el Órgano judicial se halla subordinado al Órgano Ejecutivo, se produce un significativo deterioro del Estado de Derecho pues facilita la persecución de *enemigos* a través de procesos montados con barniz judicial y disfrazados de legalidad.
- Además del terrorismo existen otras figuras delictivas dentro de nuestro ordenamiento jurídico que adelantan la persecución penal a actos preparatorios de un delito lo cual vulnera el principio del hecho de tinte liberal, pues la norma jurídico penal debe describir una conducta lesiva a un bien jurídico protegido. En la asociación delictuosa y la organización criminal se persigue penalmente la pertenencia a estos grupos sin necesidad de que esta pertenencia se traduzca en hechos delictivos, lo cual también relativiza las diferencias entre autores y partícipes.
- Existen tipos penales abiertos que se contraponen al principio de legalidad, por su nebulosidad conceptual. Tal es el caso de la nueva concepción del delito de traición, en virtud de la cual puede llegar a confundirse hechos de corrupción con esta figura delictiva y recibir un tratamiento penal desproporcional toda vez que el delito de traición es también imprescriptible y conlleva la máxima sanción penal dentro de nuestro ordenamiento. Esta situación puede conllevar a una creación judicial del Derecho que puede ser discrecional y abusiva pues será el juzgador quien determine cuáles son las conductas que constituyen

concretamente el delito de traición, ello, sumado a una politización de la justicia, es algo muy peligroso para el Estado de Derecho.

- La Ley N° 004 ha sido identificada por el universo encuestado como la ley más demostrativa de un derecho penal del enemigo. La reforma que hace esta ley sobre los tipos penales ya existentes, simplemente consiste en incrementar el marco penal desproporcionalmente, lo cual se contrapone al principio de proporcionalidad de las penas; además esto hace al uso del derecho penal simbólico y al resurgimiento del punitivismo, que genera el uso de un derecho penal del enemigo como un derecho penal de autor.
- Consagrar la retroactividad de la ley perjudicial para los servidores públicos ha sido un desatino por parte del constituyente boliviano por contradecir esta innovación al Derecho Penal liberal y al bloque de constitucionalidad. Peor aún es la redacción de la Ley N° 004 pues conforme a una interpretación integral, habilita a la retroactividad de la ley penal perjudicial también para los particulares conforme a una interpretación de la disposición final primera y el artículo 28 del referido cuerpo normativo.
- La Ley N° 004 desarrolla en su interior el mandato de la Constitución Política del Estado del artículo 112 de convertir en imprescriptibles a los delitos de corrupción cual si se trataran de delitos de lesa humanidad y de suprimir toda clase de régimen de inmunidad para este sector de la criminalidad. Así, habilita al juzgamiento en rebeldía, la eliminación de la suspensión condicional de la pena, perdón judicial y prescripción de la pena. Este tratamiento es excepcional y debe ser subsanado, de otra forma puede llegar a generalizarse.

- La Ley N° 007, según Fernando Villamor, ha sido redactada concretamente para un enemigo político. Esta ley hace más severo el tratamiento de las medidas cautelares y concretamente facilita la aplicación de la detención preventiva en detrimento de principios que inspiran al Estado de Derecho, como ser la presunción de inocencia. Se le otorga mayor poder al juez penal, que puede aplicar la detención preventiva, aún cuando no se la solicitan, convirtiéndolo en un acusador como el fiscal, suprimiendo así su imparcialidad.
- La nueva redacción de la cesación a la detención preventiva puede conllevar a la aplicación de manera perpetua de esta medida cautelar, toda vez que se ha incorporado un requisito nuevo para que esta opere: que la demora no sea atribuible al imputado. Se han ampliado los plazos para que opere la cesación a la detención preventiva, evidenciando un facilismo por parte del legislador boliviano sin la menor intención de garantizar materialmente los derechos que consagra en la Constitución Política del Estado y los plazos establecidos para el proceso penal.
- Suspender a los jueces por tener una mera imputación formal, es un exceso que vulnera la presunción de inocencia y no hace más que amedrentar la justicia. El rechazo in limine de las recusaciones debe ser tratado adecuadamente para no vulnerar el derecho a la defensa y al juez natural que tienen los ciudadanos. En los delitos flagrantes el juez no puede rechazar la solicitud de aplicación de la detención preventiva por mandato legal de la Ley N° 007, ello es como dotarle de potestad jurisdiccional al fiscal, lo cual también es un exceso que puede ser usado arbitrariamente.
- Crear el procedimiento inmediato para los delitos flagrantes, es un acierto por parte del legislador, pero se comete un grave error al tratar al

imputado como testigo, pues se vulnera el derecho que tiene el imputado a guardar silencio, y el derecho a no declarar en contra de uno mismo, además se genera una confusión con el deber que tiene el testigo de decir la verdad y colaborar con la justicia. Este tratamiento puede vulnerar el principio de presunción de inocencia.

- El Decreto Supremo N° 138 es inconstitucional porque no puede un Decreto Supremo cambiar las reglas de competencia que dispone una ley, concretamente el Código de Procedimiento Penal, ni tampoco regular el proceso penal, esto viola el principio de legalidad adjetiva y el derecho al juez natural.

RECOMENDACIONES

- El Tribunal Constitucional Plurinacional debe corregir los elementos cuestionables que tiene nuestra legislación, como lo ha venido haciendo, para fortalecer el Estado de Derecho. Sobre todo debe corregir el tratamiento que le da a la corrupción la Constitución Política del Estado, pues la otra alternativa para subsanar esos retrocesos es un referéndum constitucional que es más moroso y tiene un mayor costo para el Estado boliviano.
- Se recomienda que el Órgano Ejecutivo abrogue el Decreto Supremo N° 138 por contradecir los principios de legalidad adjetiva y juez natural, y lejos de adoptar un facilismo procesal vulnerando estos derechos, debe fortalecer a los órganos de persecución y juzgamiento de los delitos en todo el territorio nacional y no solo en la ciudad de La Paz.
- El Estado y la sociedad boliviana deben promover el pensamiento crítico y analítico en los ciudadanos bolivianos, fomentando este desde la niñez. Empezando por el núcleo familiar, las escuelas, colegios y en la universidad, pues la fabricación de los enemigos muchas veces es producido por gobiernos populacheros con discursos legitimantes también populacheros, lo cual es adoptado por las masas como una moda *cool*, porque carecen de este referido pensamiento crítico y analítico.
- El Estado boliviano debe fortalecer a sus diversos Órganos, principalmente al Órgano Judicial, para que este no dependa de ninguna forma del Órgano Ejecutivo. La experiencia internacional muestra que la elección de magistrados por voto popular no es lo más adecuado, pues ha generado alianzas de los candidatos con estudios jurídicos poderosos

y partidos políticos, lo cual ha suprimido la imparcialidad y sometimiento únicamente a las leyes de estos altos magistrados. Ello puede ser subsanado a través de una Ley de reforma constitucional.

- La Universidad boliviana, y los círculos sociales académicos, deben promover el debate sobre este fenómeno de exclusión penal denominado: derecho penal del enemigo, para generar conciencia sobre los peligros de esta tesis en la práctica.

BIBLIOGRAFÍA

1. JAKOBS, Günther / CANCIO, Meliá Manuel. "DERECHO PENAL DEL ENEMIGO". 1º ed. Buenos Aires. Edit. Hammurabi, 2005.
2. MUÑOZ CONDE, Francisco. "DE LA TOLERANCIA CERO AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO". Servicios Gráficos. Managua, Nicaragua, 2009.
3. MUÑOZ CONDE, Francisco. "EL DERECHO ANTE LA GLOBALIZACIÓN Y EL TERRORISMO". Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2004.
4. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL". Ed. Ediar. Segunda Reimpresión. Buenos Aires, 2009.
5. VILLAMOR LUCIA, Fernando. "UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO". Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales, La Paz- Bolivia, 2007.
6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL". Editorial Ediar. 2º Edición-1º Reimpresión. Buenos Aires-Argentina, 2007.
7. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "ESTRUCTURA BASICA DEL DERECHO PENAL". 1º Edición. Editorial Ediar. Buenos Aires-Argentina, 2009.
8. VILLAMOR LUCIA, Fernando. "DERECHO PENAL BOLIVIANO TOMO I y II" Impreso en Inspiración Cards. Segunda Edición actualizada. La Paz- Bolivia, 2007.
9. CANCIO MELIÁ, Manuel. "DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EL DISCURSO PENAL DE LA EXCLUSIÓN. Edisofer. Buenos Aires-Argentina, 2006.
10. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "CURSO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Editorial Universitas. S.A.
11. PASTOR, Daniel. "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 Jakobs. Ara Editores. Perú.
12. HERRERA AÑEZ, William. "EL PROCESO PENAL BOLIVIANO". Grupo Editorial Kipus. Tercera Edición. Cochabamba-Bolivia, 2012.
 13. GIMENO SENDRA, V. "DERECHO PROCESAL PENAL". Editorial Colex. Madrid-España, 2005.
 14. ZARATE HINOJOSA, Alan Mauricio. "LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN EL PAÍS". Publicado a nivel nacional en la sección IDEAS, POLÍTICA Y ARTES. Pg. 2 del Periódico *Página SIETE*. Domingo, 20 de junio de 2010.
 15. ZARATE HINOJOSA, Alan Mauricio. "LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN EL PAÍS". Publicado en la Revista "PERSPECTIVAS ANALÍTICAS DESDE LA AUXILIATURA DE DOCENCIA". Publicación de la Organización de Auxiliares de Docencia de la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés. La Paz-Bolivia, 2011.
 16. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO "OCEANO UNO COLOR". Impreso en España. Edición 1997.
 17. OSSORIO, Manuel. "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES". Editorial Heliasta. 26ª Edición, actualizada, corregida y aumentada por GUILLERMO CABANELLAS.
 18. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología: http://criminet.urq.es/recpc_04-c2.html
 19. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
 20. LEY N° 1970. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL BOLIVIANO.
 21. LEY N° 1768. CÓDIGO PENAL BOLIVIANO.
 22. LEY N° 004. LEY DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN "MARCELO QUIROGA SANTA CRUZ"
 23. LEY N° 007. MODIFICACIONES AL SISTEMA NORMATIVO PENAL
 24. DECRETO SUPREMO N° 138.

ANEXOS

ENCUESTA

Nombre: _____ Fecha: _____

1. ¿Cree usted que existen rasgos del derecho penal del enemigo en la legislación penal boliviana vigente?

SI

NO

2. ¿De qué forma considera que se manifiesta en nuestra legislación penal el derecho penal del enemigo?

Derecho penal simbólico	
Endurecimiento desproporcional de las penas	
Aplicación de una potestad punitiva fuera de la Ley	
Supresión o relativización de derechos y garantías propias del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal para sectores específicos de la criminalidad	
Relativización o supresión de las diferencias existentes entre las categorías dogmáticas de autoría y participación	
Relativización o supresión de las diferencias existentes entre tentativa y consumación	
Relativización o supresión de las diferencias que existen entre actos preparatorios y actos ejecutivos	

OTROS: _____

3. ¿En qué cuerpos normativos se encuentran los elementos referidos en la pregunta número dos?

Código Penal	
Código de Procedimiento Penal	
Ley N° 004	
Ley N° 007	
Decreto Supremo N° 138	

OTROS: _____

4. ¿Considera Ud., que existen disposiciones legales vigentes que contravienen principios del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal?

SI

NO

5. ¿Cuáles son los principios del Derecho Penal y Procesal Penal contravenidos por preceptos legales vigentes?

Principio de Legalidad Sustantiva	
Principio de Taxatividad	
Principio de prohibición de retroactividad	
Principio de Igualdad.	
Principio de Legalidad Adjetiva	
Principio de Presunción de Inocencia	

OTROS: _____

6. ¿Es posible despojar del status de persona a un ciudadano, dentro del Estado de Derecho?

SI

NO

¿Por qué? _____

7. ¿Es correcto despojar de derechos que le asisten a la criminalidad en general a sectores específicos como es la corrupción en un Estado de Derecho?

SI

NO

¿Por qué? _____

8. ¿Qué opinión le merece que la punición del Terrorismo se adelante a los actos preparatorios, e incluso sea punible la mera pertenencia a grupos terroristas?

9. ¿Cuál es la forma correcta y adecuada para combatir el Terrorismo?

10. ¿Considera usted adecuado el adelantamiento de la punibilidad a los actos preparatorios en los delitos contra la seguridad del Estado?

11. ¿Considera usted compatible la incorporación en nuestra legislación de elementos que hacen al derecho penal del enemigo con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho? ¿Por qué?

¡Muchas gracias por su colaboración!

ENTREVISTA A PROFESOR DR. FERNANDO VILLAMOR

1. ¿Cree usted que existe derecho penal del enemigo en la legislación penal boliviana vigente?
2. ¿De qué forma considera que se manifiesta en nuestra legislación penal el derecho penal del enemigo?
3. ¿En qué cuerpos normativos se encuentran aquellos rasgos del derecho penal del enemigo?
4. ¿Considera usted que existen disposiciones legales vigentes que contravienen principios del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal?
5. ¿Cuáles son los principios del Derecho Penal y Procesal Penal contravenidos por preceptos legales vigentes?
6. ¿Es posible despojar del status de persona a un ciudadano, dentro del Estado de Derecho?
7. ¿Es correcto despojar de derechos, beneficios judiciales, que le asisten a la criminalidad en general a sectores específicos como es la corrupción en un Estado de Derecho?
8. ¿Qué opinión le merece que la punición del Terrorismo se adelante a los actos preparatorios, e incluso sea punible la mera pertenencia a grupos terroristas?
9. ¿Cuál es la forma correcta y adecuada para combatir el Terrorismo?
10. ¿Considera usted adecuado el adelantamiento de la punibilidad a los actos preparatorios en los delitos contra la seguridad del Estado?
11. ¿Considera usted compatible la incorporación en nuestra legislación de elementos que hacen al derecho penal del enemigo con el moderno Derecho Penal del Estado de Derecho?
12. ¿Cree usted que existe un enemigo fabricado por el Estado boliviano?
13. ¿Es el derecho penal del enemigo usado como un “Derecho de Estado” en el Estado boliviano?