

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

¿Una solución aceptable?

Autor: Dr. Ramón de la Cruz Ochoa

Presidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales

(Tomado de la Colección Jurídica No. 33/2005, edición electrónica de la UNJC)

No. 33/2005 de la Colección Jurídica, edición electrónica de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

En los últimos años el Derecho Penal está experimentando un fenómeno de crecimiento y endurecimiento, que esta vez no sólo es consecuencia de los abusos del poder, sino que surge en muchas ocasiones con un ropaje “salvador”, como resultado de manipulaciones políticas ante reivindicaciones reales o provocadas, de la ciudadanía.

En semejante contexto el Derecho Penal está expandiendo en general el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciendo nuevos tipos penales o ampliando los ya existentes, se están endureciendo las penas clásicas o se plantea la introducción de nuevas sanciones y están empezando a aparecer nuevas instancias de creación y aplicación del Derecho Penal. Se advierte un proceso de reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito. Se trata como dice Luigi Ferrajoli en Derecho y Razón¹[1] de la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal premoderna, además de la recepción en lo judicial de técnicas inquisitivas y de métodos de intervención propios de la actividad de policía.

Es cierto que la seguridad ciudadana es una preocupación de la sociedad, los penalistas y criminólogos no podemos desconocer esta realidad. Las consecuencias de esta circunstancia son diariamente discutidas, los medios de comunicación conceden gran importancia al tema de la delincuencia e informan de ello con espectacularidad y selectividad. La violencia, el delito y la inseguridad son hoy fenómenos centrales de la percepción social y están en la agenda política de la sociedad, constituyendo, conscientes o inconscientemente la justificación política para el cambio de las reglas de juego que en el estado de derecho disciplinan la función penal. Es otra vez la primacía de la razón de estado desnuda sin el ropaje de la razón jurídica.

Terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de personas, inseguridad ciudadana han puesto en primera página los grandes temas de la criminalidad actual, proliferan las posibles soluciones siendo quizás la más recurrente la que pretende que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal deben adaptarse a las exigencias de una lucha eficaz y que un “manejo” adecuado de la opinión pública apoyará la lucha represiva contra la criminalidad organizada, pero también la criminalidad callejera de los “pobres diablos”.

Los conceptos como “lucha”, “eliminación”, “represión” “enfrentamiento” “guerra”, “enemigo” “defensa” “salvar a la sociedad” para referirse a la delincuencia son cada vez más habituales. La idea de la pena se convierte para muchos cada vez más sólo en un instrumento efectivo y altamente “eficaz” en la lucha contra la violencia y el delito.

¹[1] Editorial Trotta. Tercera edición 1998.España

Desde esta perspectiva va perdiendo vigencia el principio largamente reconocido del Derecho Penal como una magna carta del delincuente límite imprescindible al poder punitivo del Estado, lo que se pretende ahora es una Magna Carta que disponga de un arsenal de medios efectivos de lucha contra el delito y la inseguridad.

En estas circunstancias, amplificadas por los infortunados sucesos del 11 de Septiembre y la lucha contra el terrorismo se ha puesto en el punto rojo del debate entre algunos, diversas soluciones muchas de las cuales terminan en un discurso de emergencia, lo cual como todos sabemos es tan viejo como el Derecho Penal.

Todo esto nos puede llevar a una vuelta a viejas fórmulas del Derecho Penal autoritario, el derecho penal de autor y la "peligrosidad social", soluciones que para muchos ya formaban parte de la Historia trágica del Derecho Penal.

El autoritarismo represivo constituye la negación del Derecho penal liberal. Entendiéndose éste al decir del gran penalista argentino Ricardo Núñez en su obra *Derecho Penal General* como "una concepción del Derecho penal que se caracteriza sustancialmente como *liberal*, no por defender una posición jurídica particular del individuo en la sociedad con arreglo a una determinada concepción económica (p. Ej. , un liberalismo económico frente a un socialismo), sino por tener como finalidad esencial la protección del individuo y de la estructuración liberal o socialista de sus derechos. Su idea es, por consiguiente, compatible con todo sistema político que conciba a la individualidad siempre como fin y nunca como medio para la totalidad".

Como dice Carlos Lascano en su interesante trabajo "La Cruzada de Ricardo Núñez contra el Derecho Penal Autoritario"^{2[2]} el maestro distinguía al Derecho penal liberal de su antítesis, es decir, un Derecho Penal servidor de una concepción autoritaria del Estado, donde el valor supremo ya no es el individuo y sus derechos, sino una entidad distinta, que varía de un caso a otro ya se trate del estalinismo soviético, el nazismo alemán, el fascismo italiano y podríamos agregar nosotros, para hablar en presente, la doctrina de seguridad nacional, ley y orden o la razón de Estado. Todos estos argumentos han justificado siempre tratamientos penales severísimos, agravantes especiales y procedimientos excepcionales.

También destacaba el Maestro que -además de los objetivos de una y otra concepción, que caracterizan a su sustancia- eran fundamentales los medios utilizados para su realización.

En tal sentido explicaba que al Derecho penal liberal "le corresponde *una forma o técnica de garantía para su realización*" que tiende a hacer del poder represivo un poder limitado que se fue construyendo poco a poco en la historia de la humanidad.

Pero el propio Núñez era consciente que el núcleo de una represión orientada por una concepción liberal del Derecho Penal, no se resuelve sólo con aspectos formales normativos sino que es esencial garantizar políticamente esto con una función judicial verdaderamente independiente, una alta profesionalización de sus operadores y sobre todo una opinión pública vigilante. La cuestión decía no es de puras formas, sino, esencialmente, de medios prácticos para su leal realización, sin un aparato político práctico que las preserve de la arbitrariedad, fundado esencialmente en la

^{2[2]} Ver en <http://www.carlospalma.com.ar>

sana intención de sus aplicadores, esas formas pierden toda su sustancia viva, para convertirse en apariencias políticas engañosas que, por simuladoras, significan su misma destrucción”.

La realidad que este paradigma del viejo derecho penal liberal esta en cuestionamiento y por ello han surgido distintas posturas teóricas siendo quizás la mas conocida y la que ha tenido mas trascendencia y polémica la de Günter Jakobs, reseñaremos su posición basada fundamentalmente en dos de sus obras “Derecho Penal del Enemigo” escrita en conjunto y en polémica con el penalista español Cancio Meliá 3[3] y “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”4[4] .

Esta posición doctrinal surge como una postura teórica en la dogmática penal que justifica la existencia de un derecho penal y procesal sin las garantías logradas especialmente después de la II Guerra Mundial y que han tenido gran trascendencia al menos en el Mundo europeo y más tardíamente en el latinoamericano.

Según estas teorías la función del derecho penal actual será la de separar nítidamente el derecho penal del enemigo del de ciudadanos, para distinguir entre las acciones de las personas y las de los enemigos o no personas.

Siguiendo a Jakobs El Derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano nunca se presentan de forma pura aún en los casos cotidianos. En el derecho penal del ciudadano se presenta la defensa frente a riesgos futuros, recordemos el gran tema de la peligrosidad social y por otra parte el terrorista mas alejado de la esfera ciudadana es tratado formalmente como persona al concedérsele en el proceso penal al menos en teoría los derechos de un ciudadano. Por consiguiente dice el autor no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho Penal. Es posible que las dos tendencias se superpongan, es decir que se solapen aquellas tendientes a tratarle como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro para intimidar a otros. No hay duda que tiene razón Jakobs, en esta aseveración y lo hemos podido todos constatar en la práctica como operadores penales.

El Derecho del ciudadano es para aquellos que son 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 autorizado para cometer coacción y la coacción más intensa es el Derecho Penal. En consecuencia se podría argumentar que cualquier pena se dirige contra el enemigo. Tal argumentación no es nueva, sino que cuenta con destacados precursores filosóficos según explica Jakobs.

Rousseau decía que cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor.

FICHTE dice quien abandona el contrato ciudadano en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano pasa a un estado de ausencia completa de derechos.

En principio un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del derecho al criminal y ello por una doble razón, por un lado el delincuente puede volver a arreglarse con la sociedad y para ello mantener su status como persona, como ciudadano, debe reparar el mal causado y para ello no puede despedírsele arbitrariamente de la sociedad. Sin embargo Hobbes ve una excepción en

3[3] Palabras del Papa Juan Pablo II. Artículo de Berta Tamayo. “ Bush: Fuera”. Semanario Orbe. Año VI No.2 Pág.16.

4[4] Art. 2 Convenio de Diversidad Biológica.

los delitos de traición que significan a su entender una recaída en el estado de naturaleza. y aquellos que no son castigados en cuanto súbditos sino como enemigos.

Para Rosseau y Fichte todo delincuente es de por sí un enemigo, para Hobbes al menos, lo es el reo de alta traición.

Kant decía aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva de la seguridad necesaria por la ausencia de legalidad de su estado que me amenaza constantemente por tanto debe entrar conmigo en un estado comunitario legal o abandonar mi vecindad. En consecuencia quien no participa conmigo en un estado comunitario debe irse, lo que significa que es expedido de la comunidad por tanto como dice expresamente Kant no hay que tratarlo como persona sino como enemigo.

Por consiguiente Hobbes y Kant quienes siempre defendieron la superioridad de cualquier dictadura frente al caos en que naufragaban todos los derechos, reconocen un Derecho Penal del ciudadano para personas que no delinquen persistentemente y un Derecho Penal del enemigo contra quien se desvía por principio.

Pero pudiéramos nosotros agregar muchos otros teóricos como Von Litz que hablaba de mendigos, vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, estafadores, degenerados psíquicos y físicos, enemigos básicos del orden social, en los cuales los delincuentes habituales constituyen su Estado Mayor y que dieron lugar años más tardes a legislaciones represivas contra los llamados delincuentes habituales que no se diferencia mucho de lo que hoy se esta planteando desde la posición del derecho penal del enemigo.

Ferrajoli menciona la consideración de los trabajadores como sospechosos subversivos retomada por el código napoleónico de 1810, cuyo artículo 219 calificaba como reuniones de rebeldes las celebradas por obreros y jornaleros en los talleres públicos o manufacturas y acompañados de violencia y amenaza contra la fuerza pública.

Carrara calificaba en su Programa los delitos de lesa majestad como terribles y fantasmagóricos, lo llamo terrible decía, porque se apoya en millones de cadáveres y fantasmagórico porque su designio era sustituir con los fantasmas del miedo y con principios excepcionales y feroces los preceptos de justicia.

También podemos mencionar que el 13 de febrero de 1943 hablando de los "extraños a la comunidad" Mezger expresó "En el futuro habrá dos o más Derechos penales:

- un Derecho penal para la generalidad
- un Derecho penal complementario diferente para grupos especiales de determinadas personas, como por ejemplo los delincuentes por tendencia.- Lo decisivo es en que grupo debe incluirse a la persona en cuestión. Una vez se realice la inclusión el Derecho especial deberá aplicarse sin limites.

Menciono estos antecedentes históricos para recordar que el Derecho Penal siempre ha tratado a algunos como enemigos y sólo la lucha de muchos por un Derecho Penal mejor logro mitigar esta situación.

Hay muchas otras reglas del Derecho Penal ,asegura Jakobs y todos nosotros lo conocemos y lo percibimos a diario ,que permiten apreciar que en aquellos casos en que se considera que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona .El legislador en ciertas modalidades de la criminalidad convencional , el terrorismo , la criminalidad organizada , delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas, se caracterizan más que por la eliminación de un daño ,por la eliminación de un peligro, la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, la pena se dirige hacia el aseguramiento de hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Según estas posiciones teoricas un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios de concepto de personas.

En el derecho procesal del ciudadano el individuo debe ser un sujeto procesal, con derecho a pedir pruebas, de asistir a interrogatorios y especialmente no ser engañado ni coaccionado, ni sometido a determinadas tentaciones .

Las regulaciones del proceso penal del enemigo se caracterizan por la predilección de métodos fuertes de tipo inquisitivo en el proceso, existe una connotación parcializada en la acusación y en la transformación del proceso en momento de lucha contra la delincuencia ,un uso abusivo de la prisión preventiva, donde el proceso se convierte no en la averiguación objetiva de la verdad sino en un proceso ofensivo donde el juez se hace enemigo del reo y busca a toda costa como encarcelarlo, el procedimiento muchas veces decae en buscar si efectivamente se trata de un enemigo, dándosele en ocasiones una importancia extrema a su comportamiento procesal , en esta lógica la confesión y la colaboración ocupan un papel primordial , utilizándose los chantajes y favores como estímulo a la colaboración.

En el tema penitenciario han decaído las posiciones liberales de igualdad, abstracción, certeza y predeterminación legal propia de estas posiciones liberales por el contrario proliferan las cárceles especiales, regimenes especiales y diferenciados, tratamiento personalizado, clasificaciones por grado de peligrosidad, la tortura y en ocasiones una variedad arbitraria de premios y castigos

Concluyendo de acuerdo a estas doctrinas el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes, puede ver en ello personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo como tal, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.

Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal, por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos a la seguridad y los que no se someten tienen que ser combatidos como enemigos.

Siguiendo a Jakobs el “*enemigo*” es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta. El tránsito del “*ciudadano*” al “*enemigo*” se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una

dimensión fáctica de *peligrosidad*, a la que habría que hacer frente de modo expeditivo a través de un ordenamiento jurídico especial. Así, esta modalidad de Derecho podría interpretarse como un Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos.

Jakobs se inclina por la innecesariedad de respetar los derechos humanos, traducidos en garantías individuales en el Proceso penal, de quien participa de dicho subgrupo. Es decir determinados sujetos al quedar al margen de las normas de funcionamiento de la sociedad, son “no personas”, podríamos agregar, posibles de ser eliminados sin que el Estado cometa injusticias.

Otra de las características de este Derecho serían, la *amplia* anticipación de la protección penal (lo que representa el cambio de perspectiva del hecho pasado al futuro); el aumento sensible de las escalas penales; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales.

Estaríamos así ante un derecho de emergencia, en la que la sociedad ante la situación excepcional de conflicto creada, renuncia a las garantías ciudadanas. Estas características se hacen visibles ante determinados imputados “peligrosos” mediante institutos como la prisión preventiva, la incomunicación, las medidas de seguridad pre-delictivas, no acceso a la defensa, secretividad de la investigación y violaciones de otros derechos reconocidas en el debido proceso.

Es sin duda una absolutación del valor seguridad en desmedro de las garantías constitucionales, dando lugar a un nuevo Derecho Penal autoritario propio de un Estado policial, es claro que en el Estado de Derecho respetuoso de la dignidad humana nadie –ni siquiera el “*enemigo*”- puede ser definido como “*no persona*”.

Como dice Cancio Meliá el concepto de Derecho penal del enemigo se reintroduce a partir de lo trágicos sucesos del 11 de Septiembre del 2001 y se caracteriza por una tendencia a la criminalización en los periodos previos a lesiones de bienes jurídicos cuyos marcos penales, además establecen sanciones desproporcionadamente altas. Sin quitarle razón a este autor debe decir que en 1999 en Sabruken, Alemania en una conversación con el inolvidable Alejandro Barata y el talentoso penalista Alejandro Aponte aquí presente ya Barrata nos alertaba del renacimiento del llamado Derecho Penal del Enemigo .

Volviendo a Cancio el Derecho Penal del Enemigo es un derecho de características antiliberales. Para él esta evolución político criminal puede resumirse en dos fenómenos el llamado Derecho Penal simbólico y el resurgir del punitivismo .El derecho penal simbólico y el punitivismo constituyen el meollo del Derecho Penal del enemigo .

El derecho penal simbólico se caracteriza por el surgimiento de nuevos delitos que aparentemente tan sólo cumplen efectos meramente simbólicos. Los fenómenos de carácter simbólico siempre han formado parte del entramado del Derecho Penal, el derecho penal simbólico hace referencia a tipos delictivos que tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido , es decir que predomina una función latente sobre la manifiesta . El legislador busca los efectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas, concentrados muchas veces en efectos simbólicos y estrategias de mercado-técnica de conservación del poder político

Una característica del derecho penal simbólico actual no es sólo promulgar normas para crear sensación de seguridad sino también normas penales, listas para ser aplicadas cuando convengan en la lucha contra el “enemigo”, como dice Hassemer⁵[5] el llamado efecto simbólico debemos manejarlo con cuidado pues puede crear la sospecha en algunos de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado y en el peor de los casos muerto.

Por otra parte la tendencia al endurecimiento desproporcionado de las penas para normas ya existentes. En la práctica se invierte el proceso de despenalización y rebaja de penas, propios del derecho penal mínimo. Incluso en algunos lugares la izquierda, totalmente desorientada en la formulación de una verdadera política criminal progresista cae en la trampa del discurso tradicional de la derecha de law and order y en ocasiones por ignorancia u oportunismo político se afilia a las tendencias de mano dura.

Otra característica del Derecho Penal del Enemigo es el adelantamiento de la punibilidad, mirando al futuro, es la conocida posición positivista de las personas “proclives” a cometer un delito

Más que identificar un hecho, identifica un tipo de autor, quien es definido no como igual sino como el otro, no integrado en la identidad social, es más un derecho penal del reo que del delito. Las figuras de calificación penal son en primer lugar los delitos asociativos-banda armada, asociación subversiva, asociaciones de carácter mafiosos, finalidad terrorista, todas ellas con significados elásticos y variados que pueden ser utilizados como decimos los penalistas cubanos como un saco donde cabe cualquier cosa. Dará cuerpo a hipótesis que se basan más que todo en criterios subjetivos sobre la llamada conducta antisocial, donde priman más las investigaciones sobre los reos que sobre los hechos, la vieja idea de castigar no por lo que se ha hecho sino por lo que se es.

La esencia del derecho penal del enemigo constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, es una vuelta con nueva argumentación al derecho penal de autor y al peligrosismo.

Ante esta situación vemos muy clara la denuncia que ha hecho el penalista español Francisco Muñoz Conde⁶[6] cuando nos dice “hablamos del *“nuevo Derecho penal autoritario”* y nos estamos refiriendo a un Derecho penal más autoritario de lo normal; de un Derecho penal que se ha colado de rondón, *“por la puerta falsa”* de un ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado. Denunciar

5[5] Internet. Procesos de la Vida en la Tierra. htm.

6[6] La *Endogénesis*, plantea la posibilidad del surgimiento de la vida en la Tierra, por procesos no biológicos a partir de una combinación de atmósfera (básicamente *hidrógeno*), luz ultravioleta del Sol y descargas eléctricas (rayos), que produjeron la descomposición de las moléculas, cuya recombinación en los océanos, asociados a una continua descomposición molecular, produjo de manera espontánea y aleatoria, moléculas capaces de autocopiarse, utilizando para ello como bloques fundamentales, otras moléculas de la llamada “sopa originaria”. Internet. Procesos de la Vida en la Tierra. htm

La *Exogénesis*, por su parte, explica el surgimiento de la vida, a partir de una disminución notable de las grandes caídas de residuos interplanetarios sobre la Tierra y la emisión de grandes cantidades de gases, producto del intenso calor “reinante que terminaron por saturar la atmósfera y preparar las condiciones para las primeras lluvias. Una de esas moléculas expelidas en forma de gas fue la del agua. Como un componente importante de los núcleos cometarios son las moléculas de vapor de agua, estas pudieron ser transportadas a la Tierra por los cometas”. Internet Procesos de la Vida en la Tierra. htm

6[7] De las 402 disposiciones jurídicas referidas a medio ambiente dictada, sus categorías legislativas fueron las siguientes: 51 Leyes, 48 Leyes Decretos, 14 Decretos Leyes 5 Acuerdos Leyes, 1 Acuerdo, 275 Decretos, 4 Decretos Presidenciales y solo 4 Resoluciones, o sea, los rangos eran bastantes elevados, (González, 1998). De todas ellas 77 se referían a Flora y Fauna, 64 Sanidad Vegetal, 57 Ordenanzas Sanitarias, 14 a Caza, 5 a Pesca, 5 Sanidad Vegetal y 4 Salud Pública (González, 1998). En la Revolución y hasta 1997 se promulgaron 78 Leyes, 39 Decretos Leyes, 67 Decretos, 4 Acuerdos, 129 Resoluciones, 8 Instrucciones y 2 Resoluciones. De todas ellas, 50 referidas a Flora y Fauna, 11 Sanidad Vegetal, 10 a suelos, 7 Medicina Veterinaria y 5 a Caza.

este Derecho penal, que algunos han llamado, y parece que asumido como inevitable, “*Derecho penal de enemigos*”, es hoy en día una tarea urgente y necesaria». *Personalmente comparto absolutamente los puntos de vista del autor sevillano* .

Continua expresando con gran lucidez que la base política de esta concepción “*relación amigo-enemigo*” fue elaborada por Carl Schmitt, quien consideraba que dicha distinción contribuye a una mayor homogeneidad social –condición necesaria de la democracia- a través de la eliminación del enemigo. Es la construcción de las mayorías y unanimidades falsas. “La homogeneidad que implica la relación amigo-enemigo es, por definición, discriminatoria y excluyente”.

La distinción eentre un Derecho penal *para la generalidad* y un Derecho penal *especial* para los “*enemigos*” -o sea, los “*extraños a la comunidad*”- que fue formulada por Edmund Mezger en el marco de un régimen totalitario como el nazi, fueron retomadas en Alemania por Jakobs, en 1985 bajo la vigencia plena del Estado de Derecho, desgraciadamente muchos repiten estas argumentaciones sin darse cuenta de lo peligroso que esto puede significar para el futuro de la humanidad.

Como dice Cancio Meliá no podemos aceptar como inevitable el Derecho Penal del Enemigo, no puede ser un segmento instrumental de un Derecho Penal moderno ya que es políticamente erróneo, inconstitucional y abusivo, tampoco contribuye a la prevención fáctica del delito, al contrario en las organizaciones terroristas ha contribuido a atraer nuevo militantes en las organizaciones en cuestión, es ilusoria la imagen de dos sectores que puedan convivir en un mismo ordenamiento jurídico.

Estas legislaciones excepcionales, como es el llamado derecho penal del enemigo es la que permite legalizar los medios más inusitados, incluso ilegales e inmorales que utiliza el Estado contra los ciudadanos etiquetándolos simplemente como “enemigos”.

No se trata en todo caso que obviemos la importancia actual del control del delito ,de lo que se trata es de buscar propuestas inteligentes que no abandonen los logros de un Derecho penal de última fila ,con las garantías propias de un Estado de Derecho y que a la vez resulten eficaces para el control del delito .

Hassemer^{7[7]} por ejemplo aboga por encontrar respuestas a las modernas exigencias sociales y busca el nuevo Derecho Penal como paradigma penal dominante, en el sentido de que al “*Derecho Penal ya no preocupa tanto una respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro*” y en “*un instrumento de pedagogía social y de transformación*”. Por supuesto a mucho de nosotros ,entre los que me encuentro sentimos un fuerte rechazo a esta idea pedagógica y transformadora del Derecho Penal .

Según él todo ello “conduce a la “dialéctica de lo moderno” que ha transformado el Derecho Penal en un instrumento de solución de los conflictos sociales que no se diferencia ni en su idoneidad ni en su peligrosidad de otros instrumentos de solución social. El Derecho Penal se ha convertido, a pesar de la contundencia de los instrumentos, en un medio de dirección social.” También me preocupa esta posición de Hassemer de un Derecho Penal como instrumento de solución de conflictos ya que muchas veces los agudiza.

7[7] Ver el artículo de Hassemer Crisis y características del Moderno Derecho Penal. Actualidad Penal #43.Madrid 1993

Sin embargo Hassemer plantea otras soluciones que pueden ser tenidas en cuenta como es reducir el Código Penal a un "Derecho Penal básico", cuyo núcleo comprenda las lesiones a los clásicos bienes jurídicos individuales e igualmente las puestas en peligro graves y evidentes, procurándose también proteger los bienes jurídicos universales a través de una formulación típica clara y precisa, y siempre funcionarizados al servicio de los bienes jurídicos individuales. Asimismo, se deben alejar del Derecho Penal los problemas que no le competen, tales como infracciones administrativas, civiles, etc., y concluye que "mejor sería que los problemas de las sociedades modernas que han llevado al Derecho Penal a la modernidad, se hubieran regulado en una especie de "Derecho de la Intervención" situado entre el Derecho Penal y el Derecho sancionatorio administrativo, el Derecho civil o el Derecho público.

Por otra parte el Profesor Español Silva Sánchez nos habla de un Derecho Penal de dos velocidades y otras ideas entre las cuales sobresalen 8[8] la utilización de otra ramas del Derecho

8[8] Ver Política Criminal y Persona .Editorial AD HOC. marzo 2000.Buenos Aires .Argentina

EL PROTOCOLO DE KYOTO: ALCANCES Y LIMITACIONES PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

***Autor: Leonel Caraballo Maqueira.8[1]
Ministerio de Ciencias Tecnológicas y Medio Ambiente (CITMA)
E.mail: leonel@citma.cu***

Acercarnos al análisis de un tema ambiental, nos obliga, si queremos ser consecuentes con este objeto de estudio, a referirnos a varias de las múltiples variables que pueden incidir en él. Y a esta realidad, no debe escapar el Protocolo de Kyoto.

La génesis del Protocolo de Kyoto, podemos encontrarla, sin pretender con ello dar criterios definitivos, en los pronunciamientos contenidos en la Conferencia de Estocolmo de 1972. El Protocolo de Kyoto es el resultado de mas de veinte años de negociaciones, tuvo que existir una Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1994); fue necesario que tuviera lugar en Berlín su Primera COP (1995), conocida desde entonces como el Mandato de Berlín, y que se tomara la decisión de elaborar un instrumento jurídico vinculante sobre el tema, para que después de dos años de labor el 11 de diciembre de 1997, en la ciudad japonesa de Kyoto se aprobara el Protocolo de Kyoto. A la perseverancia y la flexibilidad de mujeres y hombres y ambientalistas se debe en gran medida su puesta en vigor el 16 de febrero de este año 2005.

El reconocimiento que hace el artículo 10 del Protocolo del concepto de "responsabilidades comunes pero diferenciadas", es sin lugar a dudas un aspecto positivo del mismo. Todos vivimos en el mismo planeta, todos tenemos el mismo derecho a una vida sana en armonía con el medio ambiente, pero no todos tenemos la misma responsabilidad por los daños al medio ambiente. Los pueblos esquimales, no son responsables del agujero en la capa de ozono; las poblaciones indias que viven en el amazona, no son responsables de la deforestación que sufre ese pulmón del planeta; el Tercer Mundo no es el que emite de manera amenazante los gases de efectos invernaderos a la atmósfera.

La aprobación y entrada en vigor del Protocolo de Kyoto, sobre la base del principio de responsabilidad común pero diferenciada, permitió el compromiso cuantitativo y cualitativo diferenciado para un grupo de países que deben reducir sus emisiones, sobre la base de lo emitido en 1999, en no menos del 5% en el quinquenio 2008-2012.

Pero como todo proceso negociador este logro tuvo su contrapartida. Si bien los países en desarrollo, se ven comprometidos a la reducción del 5% antes señalado, lograron incluir una serie de mecanismos que les permiten cumplir estos compromisos pero a partir de acciones que realizan fuera de sus fronteras. Estos Mecanismos de Flexibilidad del Protocolo de Kyoto, a nuestro modo de ver, le permite al mundo desarrollado mantener sus actuales niveles de emisión, trasladando al Tercer Mundo bajo el concepto de "acuerdo conjunto" el foco de atención para el monitoreo de las acciones dirigidas a lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero, en tanto que las acciones dirigidas a modificaciones tecnológicas en sus propios países, que introduzcan fuentes alternativas de energía, resultan muy caros en términos económicos y políticos.

Los mecanismos para un desarrollo limpio esta dirigido fundamentalmente hacia un Tercer Mundo, que no siempre dispone de recursos humanos capacitados para la asimilación y puesta en practica de las nuevas tecnologías, no basta con importar la técnica, es necesario conocer la tecnología que me haga posible la utilización óptima de la misma.

El hecho de que el Protocolo, imponga la reducción de la emisión de seis gases de efectos invernaderos como son el dióxido de carbono, el metano, protóxido de nitrógeno y tres gases fluorados, y la disminución de las energías fósiles como el carbón, el petróleo y el gas, hace que se exacerbén los intereses económicos y políticos.

Las emisiones de CO₂ están muy estrechamente relacionadas con los combustibles fósiles, cuya reducción implica serios cambios en el diseño tecnológico y estrategia energética de países y regiones con un peso económico importante en el economía mundial. En lo interno, sectores vinculados a las grandes compañías de petróleo, oponen férrea resistencia a la implementación del Protocolo, un ejemplo de ello lo es el gobierno norteamericano.

EE.UU el mayor emisor del mundo, con menos del 3% de la población mundial, es el responsable de más del 25 % de las emisiones del planeta. La actual administración de los EE.UU se retiró en su momento de las negociaciones del Protocolo, quizás con la equivocada esperanza de que ello haría inviable la entrada en vigor del mismo, sin embargo, la razón de muchos se impuso al egoísmo de unos pocos y el Protocolo entro en vigor.

Las posiciones de esta administración norteamericana no nos debe sorprender, un Gobierno que lleva a cabo guerras “por la dominación mundial, por las conquistas de mercados para el capital bancario y para avasallar a los pueblos”^[2] que no se detiene en agredir la dignidad humana, aunque lacere “la conciencia cívica y religiosa”^[3], que lanza a cientos de sus hijos a la muerte por un petróleo y gas que no le pertenecen, no tiene nada de extraño que poco le interesen los problemas globales. En definitiva son los mimos que tampoco reconocen el Convenio de Diversidad Biológica.

El Protocolo de Kyoto en un instrumento jurídico perfectible, pero su mayor reto esta en enfrentar y superar los intereses económicos que pueden mediatizar y distorsionar su aplicación. Debemos trabajar porque prevalezcan los valores ambientales contenidos en él y en otros documentos jurídicos internacionales.

Debemos trabajar por destacar el valor fundamental que él defiende, como toda norma jurídica ambiental, este valor es la Vida, una de las formas de existencia de la materia, expresión de una verdad, no plenamente conocida, entendida y respetada. La Vida no es, la Vida esta siendo.

Cuando los que defienden a cualquier precio el crecimiento económico, comprendan que una atmósfera contaminada, que pone el peligro la vida de nuestra especie, redundara en su propio perjuicio; cuando comprendan que analfabetos no necesitan computadoras y que hambrientos no necesitan cosméticos, comprenderán al menos, movidos por sus mezquinos intereses, que hay que trabajar por conservar con calidad y dignidad la vida del hombre.

Se habla mucho de visión holística y sistémica de los problemas ambientales, sin embargo en no pocas ocasiones su interpretación se reduce a temas muy puntuales y establecemos una distancia entre lo que consideramos ambiental y no ambiental, como si realmente esta distancia existiera.

El Protocolo de Kyoto instrumento de la Convención Marco de la NN.UU sobre el Cambio Climático, en una norma jurídica ambiental internacional que defiende el derecho a la vida a partir de lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático, de ahí su relación, por ejemplo con el Convenio de Diversidad Biológica y con la Declaración Universal de los Derecho Humanos.

Con el Convenio de Diversidad Biológica, su interrelación es clara, este instrumento jurídico internacional defiende la vida, la diversidad biológica, la que se expresa en tres niveles interrelacionados e indivisibles, gen, especie y ecosistema. En este último nivel, el ecosistema, en que se dan las interrelaciones de lo biótico con lo abiótico, conceptualizado como “un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente, que interactúan como una unidad funcional”^[4] la atmósfera es una de los factores fundamentales.

Pero además, no puede ser de otra forma. El surgimiento de la vida en la Tierra, se explica por la ciencia de dos manera, por la concurrencia en nuestro planeta de procesos no biológicos (Endogénesis) o porque fue portada a él de otros lugares o planetas (Exogénesis)^[5] y en ambas teorías, la atmósfera tuvo un papel fundamental^[6]

Por lo tanto la atmósfera, junto con el agua y los suelos, entre otros, fueron y son determinantes para el surgimiento y permanencia de esta diversidad de organismos biológicos de la que forma parte el hombre, hombre que tiene derecho a la vida como lo reconoce la Declaración Universal de los Derecho Humanos.

La coherencia en el discurso ambiental debe ser clara, una afectación a la atmósfera puede implicar serios daños a la diversidad biológica y por tanto pone en peligro el derecho a la vida del propio hombre, derecho a la vida que no se reduce a sobrevivir sino a vivir con calidad, calidad que hoy esta indisolublemente relacionado con la salud del ambiente en que el hombre forma parte como especie.

Pasar por alto el Protocolo de Kyoto, es desestimar uno de los instrumentos jurídicos internacionales que hacen viable la existencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Para que existan Derechos Humanos lo primero que tiene que existir, son los humanos y a este empeño dirigen sus esfuerzos, entre otros instrumentos jurídicos internacionales, el Protocolo de Kyoto.

con efectos menos costosos que el Derecho Penal, utilización de mecanismos indemnizatorios, del derecho de daños o de la responsabilidad civil, opinando que resulta imposible “*volver al viejo y buen derecho penal liberal*”, y que la propuesta de devolver al Derecho Administrativo todo lo nuevo del Derecho Penal representa una postura loable desde perspectivas academicistas, lo cual para mí resulta altamente polémico, sobre todo para nosotros los latinoamericanos con administraciones muchas veces corruptas y arbitrarias ante un derecho penal administrativo que carece de la elaboración dogmática y garantista que tiene el Derecho Penal, lo cual no significa que estemos en contra de despenalizar muchos delitos especialmente de los llamados de bagatela y convertirlo en infracciones administrativas, pero debe ser un proceso cuidadoso y donde la administración éste sujeta a controles para evitar posibles arbitrariedades.

El Protocolo puede ser perfectible, para lo perfecto los humanos concebimos los dioses, toda obra humana puede ser mejor, pero no debemos perder de vista que su entrada en vigor es relativamente reciente, jurídicamente es apenas un bebé, debemos observar.

Sin embargo nos parece que el mayor obstáculo para su implementación efectiva, esta en la voluntad política de los estados, no en la sola existencia de una norma jurídica más o menos perfecta. Y los cubanos en ellos tenemos experiencia.

Durante la pseudo república en Cuba se emitieron un total de 4028[7] normas que de una forma u otra estaban dirigidas a la conservación de un componente de la naturaleza, lo que representa una cifra muy superior a las 43 emitidas durante la colonia y a las 10 de la intervención norteamericana. En total se emitieron hasta 1958, 455 normas jurídicas para proteger lo que hoy denominamos medio ambiente.

Cuba a principios del siglo pasados, de 1930 a 1941, disponía de 5 áreas protegidas:

- Decreto Presidencial No. 487, Gaceta Oficial Año 28. N.4 de 24 de abril de 1930, se creó el Parque Nacional Sierra Cristal, primera reserva Natural de Cuba
- Decreto No. 203, de 1 de junio de 1933 que estableció el Refugio Nacional para Flamencos. El área que fue ampliada por el Decreto Ley No. 743, de 3 de abril de 1936, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 95 de 4 de abril de 1936, que además prohibió la exportación del flamenco por veinte años.
- Decreto No. 1370 de 21 de marzo de 1936, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 159 de 21 de mayo de 1936, declara toda la Ciénaga de Zapata como Refugio Nacional de Pesca y Caza.
-
- Decreto No. 2996 de diciembre de 1939, creó el Parque Nacional y Reserva Forestal Topes de Collantes en la Sierra de Trinidad.
-
- Decreto No. 1204 de 6 de marzo de 1941, Gaceta Oficial de 6 de marzo de 1941, creó el Refugio Nacional de Caza y Pesca "Juan Gundlach".

Sin embargo, como bien señalara uno de nuestros más destacados naturalistas, Álvarez Conde poco o nada se había hecho para llevar a vías de hecho lo legislado, fue a partir de 1959 en que se crearon las condiciones para se hayan convertido en un hecho cotidiano el exigir el cumplimiento que la legislación ambiental vigente..

El Protocolo de Kyoto cumplirá su papel y será perfectible, en la medida en que los ambientalistas, dentro de los cuales estamos también los juristas, seamos capaces de comprender las complejas, sutiles y contradictorias relaciones que tiene lugar en la normatividad jurídica internacional y su estrecha relación con los factores económicos, sociales, culturales, religiosos, biológicos, en muchos otros, en que estamos inmersos.

La fortaleza del Protocolo de Kyoto vendrá determinada en la medida en que se constituya en un factor movilizador de mujeres y hombres empeñados en entregar a nuestros hijos un planeta más sano, humano, solidario y respetuoso hacia la diversidad biológica de la que formamos parte inexorablemente.

8[1] Doctor en Ciencias Jurídicas, Profesor Titular Adjunto del Instituto Superior de Tecnología y Ciencias Aplicadas, Profesor Asistente Adjunto de las Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de la Cátedra de Estudios Jurídicos del Ministerio de Ciencias Tecnológicas y Medio Ambiente de Cuba.

8[2] Lenin. “Materiales sobre la revisión del programa del partido”. Obra Completa. Edición Rusa. T.24. Pág.431-432

Para Silva el conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (convertido en una indeseable *soft law*) y un Derecho penal mínimo y rígido, se debe hallar un “punto medio”, y partiendo de las calidades de las penas existentes, sostiene que la *“función racionalizadora del Estado sobre una demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado funcional y, por otro lado, suficientemente garantista. Así se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión.*

En ese orden de ideas, si la pena es de prisión, se debe mantener el sistema rígido de garantías del Derecho penal clásico; y si la pena es privativa de derechos o pecuniaria, se permite la flexibilización de dichos criterios, lo que resulta más cercano al Derecho Penal moderno (sin embargo, se debería a través de una reforma penal cambiarse la pena de prisión por estas de menor entidad a fin de encuadrar en este campo a delitos que responden a estas características, como ser delitos de peligro presunto y hasta algunos atentatorios de bienes supraindividuales); quedando así caracterizadas a juicio del autor las “dos velocidades” del Derecho Penal, una primera velocidad representada por el “Derecho penal de la cárcel” y una segunda velocidad para los delitos de “penas privativas de derechos o pecuniarias”. Silva se pregunta si el llamado derecho penal del enemigo es un derecho de tercera velocidad, el cual pareciera que de a poco va tendiendo a estabilizarse y crecer y se pregunta si este Derecho Penal del enemigo sigue siendo Derecho o es una reacción defensiva frente a los excluidos. Estoy de acuerdo con el autor argentino ya citado Lascano que dice es mejor hablar de una marcha atrás del Derecho Penal mas que de una tercera velocidad.

Sin desconocer la validez y a la vez tener serias dudas sobre algunos planteamientos de penalistas de tanto prestigio como Hassemer y Silva Sánchez creemos que la cuestión pasa más bien por trabajar sobre los factores que propician el desarrollo de la delincuencia sobre las cuales el Estado debe tratar de lograr su disminución. Palabras simples y repetidas como educación, familia, igualdad de oportunidades laborales y sociales, ingresos económicos que estén en armonía con el costo de la vida en cada país, generación de empleos genuinos y no subsidios estatales temporales, mejoramiento del control social informal, mas educación y la cultura deben ser metas que tanto la sociedad y el Estado tengan en cuenta en el diseño de la política criminal para mejorar el control del delito, subrayo la palabra control que utilizara Lopez Rey y no combate o eliminación que muchas veces se usa para tratar este tema.

Por otra parte debe situarse más provisión de recursos humanos y materiales a las fuerzas de seguridad y al Poder Judicial, modernización de los procesos penales, capacitación profesional y reestructuración ética de sus integrantes pueden ser un camino más factible para llegar a disminuir el delito. La búsqueda de alternativas de solución de conflictos fuera de lo penal, así como las alternativas a la privación de libertad debe también formar parte de una política criminal racional.

Hay que procurar alcanzar un punto de equilibrio entre el patrón empírico de “eficacia” y el patrón valorativo de “garantías”, es decir, entre el Derecho Penal como manifestación de la pretensión punitiva del Estado en pro de la convivencia social y la reglamentación garantística de un debido proceso que resguarde la dignidad humana de la persona.

De ninguna manera, debemos marchar hacia construcciones jurídicas que buscan “proteger” mejor a la sociedad mediante la flexibilización o vulneración de principios clásicos de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal, porque no debemos olvidarnos que en la postura de Jakobs, uno de los

riesgos más graves lo representa la incertidumbre de las pautas y el órgano-persona encargado de determinar *quien es* “el enemigo”.

El equilibrio entre seguridad y debido proceso es esencial creo que todo esto se puede hacer dentro de los principios de un Estado de Derecho. No existe razón lógica-científica, para que la preocupación obsesiva por una forma de delincuencia *condicione* la totalidad del sistema penal-procesal-penitenciario.

Seguimos creyendo que las leyes penales, deben ser el resultado de un proceso reflexivo y científico y no resultado de decisiones precipitadas y esquizofrénicas. Se debe dejar de generar un Derecho Penal simbólico, que como está demostrado, empíricamente, de nada sirve.

Lamentablemente, todo ello se ha complicado y acelerado mucho más aún a partir de la situación internacional posterior al 11 de septiembre de 2001, con el resurgimiento de la “*imagen bélica*” del Derecho Penal y su utilización política, que se pretende imponer.

Debemos rechazar con fuerza **la absolutización del valor seguridad** en desmedro de las garantías constitucionales, dando lugar a un *nuevo Derecho Penal autoritario* propio de un *Estado policial*.

Es así que, como respuesta al interrogante que formulamos inicialmente, podemos afirmar que resulta poco sostenible en el marco del Estado social y democrático del Derecho, la *concepción belicista* de un Derecho Penal moderno, pues ella posee componentes autoritarios que so pretexto de un Derecho de emergencia para combatir el terrorismo o proteger a toda costa el valor “seguridad” frente a la delincuencia podrían derivar en una regresión dramática del Derecho Penal, cuyo costo humano, social y político ya la historia conoce.