

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO ENTRE NOSOTROS (PRESENTACIÓN DEL LIBRO DE GERMÁN ALLER) ¹

Prof. Dr. Miguel Langon Cuñarro

A nosotros, que lo vimos evolucionar desde los comienzos de su vida académica, no nos sorprende esta magnífica realidad que es el Profesor Germán ALLER de hoy, pero eso no impide que celebremos esta publicación que refleja y patentiza aquella estupenda realidad.

En su excelente libro ², Germán hace, entre otros dos temas de capital importancia, una completa revisión de lo que da en llamarse *Derecho penal del enemigo*, una sugerente y removedora expresión de JAKOBS para referir a un asunto central del para qué, el por qué y el cómo de la política criminal de las sociedades contemporáneas.

Aunque fueron escritos en situaciones diferentes, para ocasiones distintas, los tres temas que se abordan en el mismo están unidos por un sutil lazo que los transforma en algo unitario, completo de sentido.

Es la de ALLER una obra provocadora que incita a pensar y a reelaborar muchas ideas que se tenían adormecidas, o conclusiones que pasaban como definitivas, creando un torbellino de desafíos, al cabo del cual probablemente queden más preguntas que respuestas, y eso es bueno en el campo del saber.

Es bueno, porque evita el anquilosamiento, la fosilización de las ideas y permite el progreso evolutivo, donde todos, en fecundo debate primero introspectivo y luego colectivo, nos volvemos una vez más sobre el fenómeno criminal, que no es otra cosa que un aspecto muy específico de la naturaleza humana, de por qué somos como somos, por qué actuamos como lo hacemos, y cómo debemos juzgar a quienes infringen las leyes que también son obra humana y por tanto, sin duda alguna, imperfectas y a veces, lamentable pero quizás también inevitablemente, sea injusta.

En esta sociedad plagada de riesgos, injusta, desigual, que de alguna manera produce como se dijo, los criminales que ella misma se merece, se está formando un derecho penal del enemigo, y por eso, visto además que el decano de nuestros Profesores Titulares, el Dr. CAIROLI, ha expuesto con todo acierto las líneas directrices de este libro, en su conjunto, me ha parecido que la mejor manera de festejar esta obra, por mi parte, es compartir con vosotros algunas de las cosas que he pensado con motivo de su lectura, y por eso he elaborado estos apuntes breves sobre lo que denomino *el derecho penal del enemigo entre nosotros*, porque ya está aquí, es una realidad, un hijo de la globalización, parido en el fragor de esta nueva Era que eclosiona en estos primeros años del Siglo XXI.

¹ Presentación efectuada en la Sala del Consejo de la Facultad de Derecho en Montevideo el 28 de noviembre de 2006 y luego en la Sala de Reuniones de Regional Norte de Salto el 2 de diciembre del mismo año. Publicado en *Criminología y Derecho Penal*, t. III, libro en coautoría con Germán Aller, Montevideo, Del Foro, 2007.

² ALLER, Germán, *“Corresponsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo”*, ed. Carlos Álvarez, Montevideo, 2006: 270.

Se ha producido un homicidio y se encuentra el cadáver de la víctima, boca arriba, con el puñal que lo mató todavía clavado en el medio de su pecho. Y en la empuñadura del arma, policía técnica levanta una hermosa y perfecta huella digital del pulgar derecho del presunto homicida.

Todos satisfechos porque se sabe, desde ese mismo momento, que casi con certeza, es cuestión de horas llegar a saber la identidad del casi seguro matador, lo que efectivamente ocurre al hacerse el análisis correspondiente de dactiloscopia, llegándose, luego del juicio, a obtener una sentencia de condena firme que declara al que imprimió la huella, autor del homicidio en cuestión, sin que a ninguno de nosotros se le ocurra pensar que hubo aquí ninguna irregularidad, ni sustantiva ni formal.

Si el hecho fuera idéntico, y se encontrara una huella en el puñal, pero se sospechara de tres personas como posibles autores de la muerte, la situación no variaría, porque, una vez hecho el análisis dactiloscópico, se llegaría con certeza a individualizar al autor y a descartar, por eso mismo, a los otros dos, llegándose a la sentencia justa que con toda seguridad se corresponde a la verdad material de lo que ocurrió.

Tampoco llamaría la atención, si por azar no tuviera la autoridad la huella digital de alguno de los tres sospechosos en sus registros, que se le tomara la muestra luego de su detención, para así cotejarla con la del puñal, de modo de imputarle la muerte o de descartarle completamente según coincidieran o no las mismas.

Si el caso fuera levemente diferente, y se encontrara el cadáver de una niña de siete años estrangulada, que fuera previamente ultrajada sexualmente, hallándose semen del violador en su cavidad vaginal, teniéndose tres sospechosos, es posible que la justicia y la comunidad en general, aceptara con toda naturalidad que se obtuvieran muestras de ADN de estos hombres, para lo que basta pasar un hisopo de algodón por sus mucosas bucales, de nulo riesgo y ninguna humillación, dado la reserva del acto en manos de expertos sanitarios y bajo control jurisdiccional, con asistencia del defensor.

Y aún, si alguno de ellos rehusare pasar la prueba, no faltaría el tribunal que la ordenare realizar de todos modos o la ley que estableciera que esa negativa se tomaría como un fuerte indicio de identidad de su ADN con el que apareció sobre el cadáver de la víctima.

En los casos de resultados culposos por imprudencia en el manejo de automotores en estado de ebriedad, el problema se replantea, *mutatis mutandi*, sobre la licitud de la extracción de sangre del conductor a efectos de constatar su estado de ebriedad, para lo cual primero se autoriza dicha intervención prospectiva, luego se considera si se puede o no hacerlo igual aún contra la voluntad del paciente, o, si éste se niega, cuál es el peso de esa actitud, en la presunción de ebriedad, que la ley suele en estos casos de resistencia, a determinar.

Todo ello, que suele aceptarse pacíficamente como obvio y a-problemático, en realidad plantea un cúmulo de cuestiones esenciales, entre las cuales destaco: el tema del respeto al principio de indemnidad, del que resulta que nadie está obligado a hacer prueba contra sí mismo, que se tiene el derecho de permanecer callado, y aún el de faltar a la verdad, y que nada de ello puede ser vuelto en contra del sujeto en juicio, porque lo ampara un verdadero estado de inocencia, del cual sólo puede salir luego de recibir una

sentencia ejecutoriada que lo declare responsable del crimen, conforme a las pruebas de cargo aportadas por el fiscal que es, como representante de la sociedad, el que tiene que acreditar, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del sospechoso, no admitiéndose la inversión de la carga de la prueba, uno de los principios cardinales del derecho procesal liberal y democrático que suponemos tener.

Es que en el fondo asistimos aquí a la vieja dicotomía, que, resumiendo al extremo, tal vez demasiado esquemáticamente, podemos ver como relación de tensión entre la libertad y la seguridad.

El exceso de libertad, entendiendo por tal la protección a ultranza de los derechos del justiciable, llevará sin duda a que muchos culpables queden en libertad, por no poderse probar su delito, en homenaje al viejo principio de que el fin no justifica los medios y de que vale más dejar impunes a noventa y nueve responsables que correr el riesgo de llegar a culpar a un solo inocente.

Por el contrario, el exceso de seguridad, puede llevar en sus últimos estadios al terror penal, al autoritarismo penal, replanteando entonces nuevamente el viejo aforismo romano que advierte sobre los riesgos del cesarismo, pues en tal caso de pérdida de las libertades *¿quid custodiam custodiam?*, ¿quién nos protegerá de quienes nos protegen? ¿Quién nos amparará respecto de los que ejercen el poder?

Probablemente la respuesta justa esté, como siempre, en seguir la vieja advertencia jónica, acuñada por los siete sabios pre-socráticos: evitad los excesos, de modo que una solución intermedia entre ambos extremos, será casi seguramente la que nos asegure niveles amplios de libertad, en un marco aceptable de seguridad.

Las antiguas dicotomías se encuentran en el mismo nivel de reformulación.

La disyuntiva entre derecho penal de acto y de actor, en el fondo traduce una discusión de palabras, si entendemos correctamente las cosas, porque si bien es rechazable juzgar a un sujeto por lo que es y no por lo que hace, o dicho de otro modo, si bien nos parece obvio en el momento actual, que no puede aceptarse en modo alguno la condena y ni siquiera el juicio, por una condición, opción o creencia personal del individuo, no es menos cierto que no se juzga tampoco un acto en abstracto, sino que lo que es objeto de evaluación es el hombre, con toda su historia a cuestas, que ha cometido un acto específico dentro de una situación concreta de vida.

En este sentido no se juzga el acto aislado, sino que se juzga a un autor, al sujeto que cometió el acto en un momento, por motivos y circunstancias irrepetibles y específicas de esa situación particular.

De aquí puede derivar la cuestión de establecer si el delincuente, al cometer un acto gravemente ofensivo para la comunidad, que pone en riesgo la normal convivencia ciudadana, porque ofende intereses fundamentales para su conservación, no se pone con ello frente a la comunidad, que tiene el deber y el derecho de castigarlo, para garantizar un umbral mínimo de seguridad y paz, no es objetivamente un “enemigo” de la misma, al cual, por ello, debe ser puesto en condición de no ofender, incapacitándolo para ello, y, si es posible someterlo a un tratamiento capaz de evitar que lo vuelva a hacer en el futuro.

La palabra “enemigo” puede entonces tener también varias lecturas, y configurar un mero lugar común para referir a todo delincuente, en el sentido visto (y así se consignaba en las antiguas expresiones de búsqueda del “enemigo público N° 1”, porque todos los demás también lo eran) o para convertirse en la inaceptable satanización de algunos individuos contra los cuales, por ser tales, todo vale, pues en el fondo a los mismos se les debe aniquilar, porque ese es el fin que merecen y deben tener los enemigos, si es que el adversario pretende sobrevivir, pues él también es considerado “enemigo” desde el punto de vista del oponente, que a su vez solo quiere su derrota y exterminio, con lo que se implanta una dialéctica de guerra y muerte, que solo puede terminar con la victoria de uno sobre el otro, en cuya ecuación la Justicia queda reservada, como dice JAKOBS, y recuerda ALLER, para los ciudadanos, aquellos que están fuera de la mortal confrontación.

También aquí es recomendable una solución razonable o intermedia que no tenga reparos inconfesables en cuanto a ejercer la autoridad y aplicar severa pero ecuánimemente la norma jurídica, sin inadmisibles debilidades inconducentes frente a la evidente realidad social del crimen.

Esto indica claramente que el problema no se agota en los casos excepcionales que se consideran hoy, cuyo caso paradigmático es el terrorismo, sino que la cuestión es aún de mayor amplitud y abarca a todo el espectro de la criminalidad.

Pero indudablemente el tema se vincula directamente con la problemática de la macro-delincuencia, del delito de los poderosos, y de los delitos y delincuentes fuera del alcance de la ley.

Si es verdadera esta distinción entre delincuencia común, tradicional, ordinaria, predatoria o de los “ladrones de gallinas”, frente a la criminalidad organizada, de cuello blanco o empresarial, la cuestión se traslada rápidamente a la determinación de si es suficiente el derecho penal liberal y democrático para enfrentar este flagelo, a través de sus normas de derecho común.

De allí la cuestión de establecer si es necesario o no crear nuevos tipos penales que contemplen estas realidades, si es preciso o no elevar las penas para estos casos y si, desde el campo del derecho adjetivo, es necesario introducir reformas procesales, y eliminar garantías, por ejemplo, especialmente en cuanto a la producción y evaluación de las pruebas³, todo ello en busca de la eficacia del sistema.

En suma, decidir si las normas sustantivas y adjetivas del derecho penal y procesal penal que conocemos, que se han conquistado en término de siglos de evolución y progreso de la civilización humana, deben seguirse aplicando sin modificación alguna, o si esta forma de proceder lleva consigo el riesgo de la destrucción de la propia civilización, por colocar a los sistemas liberales en el camino de su propia desaparición, por inacción.

El viejo dilema de si debe haber libertad para los enemigos de la libertad, sigue presente con toda intensidad, de forma que el anillo de hierro se cierra entre perder la

³ Problemática que puede verse, desde una postura crítica, en PESCE, Eduardo, “Procedimientos de excepción”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 14, FCU, 2004: 105-112.

seguridad frente al enemigo al que no se le responde adecuadamente, o perder la libertad, por establecer normas y procedimientos que contradicen la propia esencia del sistema liberal, que, en búsqueda de la libertad, la justicia y la paz, provocaría la aniquilación de estos mismos valores que dice sustentar.

Por eso las normas de excepción basadas en la “razón de Estado”, dictadas para defender el Estado de Derecho, han sido declaradas por algunos como absolutamente incompatibles con este sistema liberal ⁴, pero la pregunta también abarca a la cuestión de si puede sobrevivir el sistema liberal frente a este tipo de ataque, organizado por quienes precisamente lo que buscan es la abolición de la libertad.

Sin embargo, el equilibrio entre orden y libertad, entre justicia y eficacia, la forma de lograr la armonía de los valores que sustentan la civilización, están de nuevo en cuestionamiento, y en esta presentación sólo queremos señalar, sin ser exhaustivos, hasta qué punto, en realidad, un derecho penal de corte excepcional, diseñado especialmente para enfrentar la macro criminalidad, está ya entre nosotros, formando parte de nuestro derecho positivo, tal como señala de alguna manera Germán en su excepcional publicación.

Este tipo de normas por cierto también se han dictado, con la intención de responder adecuadamente a ciertas formas de delincuencia tradicional, particularmente cuando la prueba presenta dificultades particulares, como en los casos de violencia doméstica, juego clandestino, usura, usurpación, etc. ⁵, no faltando los que puedan postular la utilización de estos institutos para el combate de cualquier tipo de criminalidad, aspecto que, pese a lo interesante que es, no será objeto de consideración en esta presentación.

En una reciente conferencia ⁶ ya he señalado este fenómeno, y sus relaciones con el derecho penal del enemigo, en cuanto a los delitos referentes al tráfico ilícito de drogas y leyes complementarias, particularmente en lo que tiene que ver con el lavado de dinero.

Es decir que no solamente en situaciones de “emergencia” nacional, como en las hipótesis de conmoción interior o exterior (por ejemplo casos de guerra o catástrofes del más variado tipo) se ha justificado el empleo de estas herramientas, sino que se propone su empleo rutinario ante la macro criminalidad, determinados crímenes de particular complejidad probatoria y aún en todos los casos de mera delincuencia, todo lo que parte de una idea previa sobre la misión del derecho penal y la pretensión de lograr por lo menos reducir el impacto del delito en el seno de la comunidad, que vive angustiada por la inseguridad pública presente en las sociedades contemporáneas.

Esta expansión de la represividad de los sistemas penales, ha llevado a pensar incluso que de este modo lo que se pone en peligro es el propio derecho penal ⁷, lo que se hace particularmente inquietante si se consideran, como hace Germán, los fundamentos de JAKOBS, desde su muy particular terminología, en cuanto a negar la

⁴ FERRAJOLI, Luis, cit. por Pesce, *ob.cit.*, p. 105.

⁵ En estos casos en general se postula, y a veces se consagra por la ley, por ejemplo el sistema de la libre convicción en la evaluación de la prueba.

⁶ Sobre *Criminología de la globalización*, dada en las XI Jornadas Regionales de Criminología, Regional Norte, Salto, 23-25 de junio de 2006, trabajo que integra esta misma publicación.

⁷ CAIROLI, Milton, en *Prólogo* al libro que comentamos, p. 10.

condición de personas o de ciudadanos de los peligrosos, por más que autores como ZAFFARONI se pregunten si es posible elaborar un derecho penal del enemigo no autoritario ⁸.

No debe pasarse por alto tampoco la cuestión de que la propia definición de macro criminalidad también está en discusión, pues algunos la restringen para los delitos en los cuales los diferentes Estados toman un rol activo en su consumación, o sea que la categoría estaría reservada a los delitos cometidos en el contexto de ciertas condiciones políticas de excepción y siempre serían expresiones de actos cometidos desde posiciones de poder del Estado, cuyo caso típico sería el terrorismo de Estado.

Para otros, en cambio, la macro-criminalidad no es otra cosa que una variante especial dentro del rubro genérico de “criminalidad de los poderosos”, de lo cual se desprende que habrían varias formas de macro-criminalidad siendo la expuesta anteriormente expresión de la macro criminalidad política, que no excluye la económica, la religiosa, la étnica, la racial, etc.

Según Kai AMBOS, a quien seguimos en esta parte de la exposición, a su vez la criminalidad “política” se podría tomar en un sentido restringido reducida a los delitos cometidos desde el poder estatal (criminalidad “del” Estado) o amplio, que yo prefiero también, que comprenda otros actores no estatales, como grupos guerrilleros, organizaciones del más variado tipo, que cometen delitos “masa” o de “resultados catastróficos”, o cualquiera de los delitos de lesa humanidad u otros definidos por las leyes internacionales tales como los delitos de guerra o el genocidio.

El delito es al mismo tiempo una realidad que oprime a la sociedad (y produce víctimas reales y concretas) y el producto de una definición, un hecho cultural. También es, al mismo tiempo, hijo del conflicto y del consenso social.

Los más grandes “enemigos” de la sociedad, han sido los grandes criminales que han poblado de tragedia y sangre la historia sufriente de la humanidad, lo que aconseja precisamente aquí, una mirada humanista y relativizadora, porque los grandes criminales de hoy pueden ser los santos o los héroes del mañana.

De este modo, a título meramente enunciativo podemos recordar que tanto Sócrates como Jesús fueron ajusticiados como enemigos de la sociedad de su tiempo (ambos por blasfemia contra la democracia ateniense en un caso y contra la ley mosaica en el otro); pero también los cristianos fueron perseguidos por Dioclesiano y los herejes por la Roma papista del medioevo; los cristianos infieles por los musulmanes, y el Islam por el Emperador; los burgueses, fascistas, capitalistas y oligarcas por los comunistas, y éstos por aquellos, bajo rótulos descalificantes como subversivos, anarquistas o terroristas, pues se trata en todos los casos de estigmatizar y quitar valor humano al contrario, de forma de poder llevarlo a la aniquilación y al exterminio, porque con el enemigo no puede haber tregua ni paz, sino muerte y destrucción, encontrándose siempre una justificación “moral” en su bajeza y en la autocomplaciente superioridad ética del que los reprime y destruye.

Así como LOMBROSO creía haber encontrado la explicación de la criminalidad en la naturaleza degradada del hombre, visualizando en el criminal una sub-especie o sub-

⁸ Las referencias son del propio ALLER, ob., cit.

hombre, al que se tenía de incapacitar de cualquier modo, los nazis, dando un paso más en la estigmatización del diferente, calificaron en términos de animalidad a los judíos, a los eslavos y gitanos, comparándolos en su propaganda con ratas que se reproducen y son una plaga a exterminar, situación que se repite una y otra vez, como distintos contenidos aparentes, pero denotando siempre la misma trágica realidad, como se comprueba cuando vemos que, desde algunos ámbitos, se denomina “gusanos” a la emigración cubana de Miami.

Mientras el Presidente BUSH cree visualizar un “eje del mal” al que hay que combatir militarmente, otros lo califican a él como el propio Diablo que deja olor a azufre a su paso, rebajándolo en la escala zoológica no ya a un ser irracional como los animales, sino a un espíritu maléfico del que no puede provenir ningún bien, con lo que queremos dramatizar esta parte de la condición humana que subyace a la problemática que nos ocupa ahora sobre el “enemigo” y que naturalmente no hay texto legal que pueda controlar.

Esto podría llevar al desaliento y a decir con SARTRE que el infierno son los demás (*l'enfer sont les autres*) porque nos hemos negado a ver en todos los hombres son hermanos, hijos del mismo Dios.

Quiero ahora destacar alguno de los aspectos fundamentales en la evolución del derecho positivo nacional, relativo a estas expresiones de criminalidad “no convencional”, referida en primer lugar al tráfico ilícitos de drogas, que, en tal sentido, se caracterizan entre otras particularidades por:

- a) la clara “satanización” del fenómeno de las drogas y delitos conexos, hecho notorio que resulta de cuantas declaraciones públicas hacen los responsables de esta tarea, especialmente los agentes de los sucesivos gobiernos que han venido rigiendo al país, lo que se materializa luego en:
- b) la creación de nuevos tipos penales,
- c) el aumento de la pena en delitos de lavado de activos,
- d) la punición de la tentativa con igual pena que la consumación,
- e) la punición de los actos preparatorios,
- f) la ampliación de la legitimación de activos a un conjunto grande de delitos “graves”,
- g) la creación de una Unidad de Análisis e Información Financiera y el establecimiento de la correlativa obligación de informar actividades sospechosas por parte de ciertos agentes,
- h) la posibilidad de imputar por lavado conforme a criterios de omisión impropia, derivados de la posición de garantes de ciertos individuos,
- i) la objetivación de la intención criminal de acuerdo a los elementos objetivos del caso,
- j) la influencia que ello puede tener en la consideración del dolo eventual conforme al criterio de no haber podido no prever, no haber querido prever, según criterios generales de razonabilidad,
- k) la regla de valoración de la prueba según el sistema de la “convicción moral” del juzgador.

A ello debe agregarse que desde el ámbito internacional se viene postulando, además de una flexibilización de las normas que permiten la confiscación de bienes

precedentes del delito, para abarcar a los propios de los sospechosos e incluso los de sus familiares directos, o para considerar posible el comiso sin necesidad de probar el delito base que produjo esa ganancia; la imputación por mera imprudencia respecto del delito de lavado de activos; la posibilidad de reinstaurar casos de responsabilidad objetiva por la mera detentación de una situación de poder, que no es otra cosa que un *ritornelo* a formas de responsabilidad objetiva; la ampliación de la imputación a las personas jurídicas como tales y la extensión de la responsabilidad a otros actores, tales como abogados, escribanos o contadores, por su actividad de asesorar o ayudar a sus clientes, verbos nucleares que ya existen por otra parte incorporados a la ley.

Este cúmulo de hecho es lo que ha fundamentado el que algunos se pregunten si la legislación referente a las drogas ilícitas se adecua o no a la Constitución ⁹.

En igual sentido se ha legislado respecto del tráfico de menores, su prostitución y la pornografía infantil.

Es claro que ante lo delicado del problema y la vulnerabilidad de las víctimas (menores e incapaces) es difícil sostener, como lo hago, una posición crítica de la legislación que se viene produciendo, toda vez que la sacralización del niño por un lado y la satanización del delincuente por el otro, puede “contaminar” a todo aquel que ose formular el mínimo reparo u observación, que de inmediato se puede ver como complaciente con tamaña criminalidad y obstaculizador del dictado del justo castigo que tales criminales se merecen.

En el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño relativo a la venta, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, además de expresarse la gran preocupación que ello produce a la comunidad internacional se utilizan términos bélicos, característicos del derecho penal que parte del eje amigo-enemigo, al buscarse “erradicar” esas prácticas, o sea destruir completamente al otro logrando sobre él una victoria completa, derrotándolo casi a como de lugar, es decir, a cualquier precio.

La utilización de terminología épica, que hace referencia a “guerra”, “lucha”, “combate”, “erradicación”, “aniquilación” de la criminalidad o del delito, nos lleva naturalmente al terreno del derecho penal del enemigo y a la construcción de un sistema de normas simbólicas, donde lo importante no es tanto el resultado real que producen, sino el efecto psicológico que provocan, en no pocas ocasiones utilizado para dar meramente la impresión de que “se hace algo” en contra del fenómeno que se trata de contener, y respecto del cual no se sabe bien cómo actuar eficazmente de otro modo.

En nuestro derecho positivo se ha materializado esta tendencia especialmente en los artículos 4, 5 y 6 de la L. 17.815, de 6.9.2004, a la que ya me he referido antes de ahora críticamente ¹⁰.

⁹ CAMAÑO, Diego: “Legislación anti-drogas: ¿una amenaza para el Estado de Derecho?”, en *Revista de Derecho Penal*, No. 14, 2004: 79-96.

¹⁰ Ver especialmente mis comentarios al delito de “retribución o promesa de retribución a personas menores de edad o incapaces para que ejecuten actos sexuales o eróticos de cualquier tipo”, art. 4, L. 17.815/04, Código Penal y Leyes Penales complementarias de la República Oriental del Uruguay, ed. Universidad de Montevideo, T. II, vol II, 2005: 137-139.

Castigar a alguien con pena de penitenciaría en ambos márgenes, por el hecho de prometer una ventaja económica de cualquier tipo, para que un menor o incapaz ejecute “actos sexuales o eróticos” de cualquier tipo, parece una enormidad y deja por el camino los tipos de corrupción, atentado violento al pudor y violación, cuya configuración se fue asentando en años de aplicación práctica ¹¹.

Se cambió también parcialmente el tipo del proxenetismo que no consiste ahora, cuando se trata de menores o incapaces, de contribuir a la explotación de la prostitución, sino en el contribuir a la prostitución en sí misma, también con pena de orden criminal (de 2 a 12 años) sin perjuicio de haberse agregado otras modalidades de contribución a la “servidumbre” o a la “explotación sexual”, conceptos más amplios que el primero y de difícil determinación, de modo que la autonomización de esta forma de coparticipación como de autoría significa un importante avance en la punición ¹².

Igual anticipación del momento consumativo se produce por medio del delito previsto en el art. 6 ¹³, que bajo un *nomen iuris* equívoco, referido al delito de “tráfico de personas”, castiga en realidad actos preparatorios de ello, al punir el “favorecimiento” o la “facilitación” de la entrada o salida de menores o incapaces para ser prostituidas o explotadas sexualmente en el extranjero, conductas obviamente anteriores al momento de ejecución del proxenetismo.

Observaciones en igual sentido pueden formularse a los arts. 1-3 de la ley sobre fabricación, comercio, difusión o “facilitamiento de la comercialización y difusión de material pornográfico”, que creo se convertirán en normas meramente simbólicas y sin aplicación en la realidad.

Respecto de todas estas figuras se prevé además una flexibilización del principio de territorialidad de la ley penal, extendiéndose el castigo para conductas cometidas fuera del mismo en casos de no procederse a la extradición, o si la víctima fuera nacional o en subsidio de otra jurisdicción aplicable, en una especie de jurisdicción penal universal dado que estas conductas afectarían a la humanidad en general.

Por supuesto que se determina expresamente que todas estos tipos criminales dan lugar a extradición, se intensifica la cooperación internacional y se promueve la confiscación de los bienes del criminal, en disposiciones cuyo estudio detallado excede obviamente el contenido de esta presentación.

También se incorporan normas de tipo procesal que buscando la protección necesaria de los menores testigos, pueden llegar a afectar los derechos de la defensa en juicio, como la norma que dispone que, en caso de duda sobre la edad del menor no se puede impedir por ello el inicio de la indagación, a lo que el art. 8, N° 6 no sin cierta

¹¹ Art. 4: “El que pagare o prometiére pagar o dar a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza a persona menor de edad o incapaz de cualquier sexo, para que ejecute actos sexuales o eróticos de cualquier tipo, será castigado con pena de dos a doce años de penitenciaría”.

¹² Art. 5: “(Contribución a la explotación sexual de personas menores de edad o incapaces). El que de cualquier modo contribuyere a la prostitución, explotación o servidumbre sexual de personas menores de edad o incapaces será castigado con pena de dos a doce años de penitenciaría. La pena será elevada de un tercio a la mitad si se produjere con abuso de las relaciones domésticas o de la autoridad o jerarquía, pública o privada, o la condición de funcionario policial del agente”.

¹³ Art. 6: “(Tráfico de personas menores de edad o incapaces). El que de cualquier modo favorezca o facilite la entrada o salida del país de personas menores de edad o incapaces, para ser prostituidas o explotadas sexualmente, será castigado con pena de dos a doce años de penitenciaría”.

ironía involuntaria declara que “nada de lo dispuesto se entenderá en perjuicio de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial, ni será incompatible con esos derechos”.

Finalmente, *last but not least*, debo mencionar la L. 18.026, de 25.9.2006, que trata de compatibilizar el derecho interno con el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional, que comienza con la estigmatización objetiva de todas las conductas allí referidas, al considerarlas como “crímenes”, una nueva calificación que se adjunta al art. 2 del C.P., que se modifica introduciendo una calificación tripartita de delitos ¹⁴.

Se declara para estos crímenes el principio de la jurisdicción mundial (art. 2) ¹⁵, considerándose “derecho y deber” del Estado uruguayo el de juzgar “los hechos tipificados como delito según el derecho internacional y especialmente los del Estatuto de Roma”.

Ello se lleva al punto de establecerse que se procederá al enjuiciamiento de este tipo de criminales, “como si el delito o crimen se hubiera cometido en territorio de la República” independientemente del lugar de comisión, y de la nacionalidad del sospechoso o de su víctima ¹⁶.

La detención por meras “sospechas” puede durar hasta 20 días que en realidad se pueden extender a 30, no rigiendo aparentemente para ellos los plazos constitucionales de 24 horas y 48 para iniciar el sumario ¹⁷.

Estos criminales no tendrán además ni asilo, ni refugio ¹⁸, sus delitos son imprescriptibles ¹⁹, no pueden recibir amnistías, ni ser indultados, ni ser graciados, ni ser

¹⁴ Art. 2 C.P. en su actual redacción

¹⁵ Art. 2, L. 18.026/2006: “(Derecho y deber de juzgar crímenes internacionales). La República Oriental del Uruguay tiene el derecho y el deber de juzgar los hechos tipificados como delito según el derecho internacional. Especialmente tiene el derecho y el deber de juzgar, de conformidad con las disposiciones contenidas en esta ley, los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por la ley N° 17.510, de 27 de junio de 2002”.

¹⁶ Art. 4 de la ley especial: “(Ámbito de aplicación- Condiciones de extradición). 4.1. Los crímenes y delitos que se tipifican por esta ley se aplicarán en relación con: A) Los crímenes y delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la República o en espacios sometidos a su jurisdicción. B) Los crímenes y delitos cometidos en el extranjero por nacionales uruguayos, sean o no funcionarios públicos, civiles o militares, siempre que el imputado no haya sido absuelto o condenado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la pena. 4.2. Cuando se encontrare en territorio de la República o en lugares sometidos a su jurisdicción, una persona sospechada de haber cometido un crimen de los tipificados en los Títulos I a IV de la Parte II de la presente ley, el Estado uruguayo está obligado a tomar las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de dicho crimen o delito si no recibiera solicitud de entrega a la Corte Penal Internacional o pedidos de extradición, debiendo proceder a su enjuiciamiento como si el crimen o delito se hubiere cometido en territorio de la República, independientemente del lugar de su comisión, la nacionalidad del sospechado o de las víctimas. La sospecha referida en la primera parte de este párrafo debe estar basada en la existencia de la semiplena prueba”.

¹⁷ Arts. 15 y 16 de la Constitución. El art. 5 de la L. 18.026/06, es claramente inconstitucional porque permite un arresto en averiguación por hasta 20 días, totalmente fuera de las previsiones de los artículos constitucionales citados.

¹⁸ Art. 6 de la citada ley: “(Imprudencia de asilo y refugio) No corresponderá conceder asilo ni refugio cuando existan motivos fundados para considerar que la persona ha cometido un crimen o delito de los tipificados en la presente ley, aún cuando reuniera las demás condiciones para ser asilado o solicitar refugio”.

¹⁹ Art. 7: “(Imprescriptibilidad). Los crímenes y penas tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de la presente ley son imprescriptibles”.

beneficiarios de ningún otro sistema de clemencia soberana ²⁰, no podrán sus autores eximirse por el cumplimiento de órdenes, ni por invocación de “circunstancias excepcionales”, como serían los casos de grave crisis interior, de conmoción pública, o de guerra u otra emergencia de la naturaleza que fuere ²¹.

Se otorga además ingerencia excepcional a las víctimas de estos delitos (no de ningún otro crimen) que en ocasiones pueden llegar a hacer reabrir y reexaminar el caso, quitándole al fiscal el poder que tiene en cuanto titular de la acción penal, disponiéndose mecanismos para que lo estudie un subrogante, en una especie de doble examen, que sólo puede resultar en limitaciones de los derechos del sospechoso, al que parece presumirse culpable y no inocente como en el resto de los casos indica el principio de inocencia, tan solemnemente proclamado por la Constitución y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos.

La actuación del fiscal será notificada directamente al Fiscal de Corte, en un sentido claro de presión sobre el subordinado, que, no obstante su independencia técnica, tan proclamada, verá siempre la sombra de la jefatura sobre él.

Si se tratara de delitos con connotaciones sexuales además ²², se dispone que no se corroborará el testimonio de la víctima, la cual podrá declarar por medios electrónicos, seguramente fuera del control del defensor, donde no habrán repreguntas ni careos, se declara inadmisibile la prueba de la conducta sexual anterior de ésta y no se permite argumentar respecto del posible consentimiento de la misma en mantener la relación ilícita de que se trata.

Cada una de estas medidas puede tener su fundamento, pero parece indudable que, todas juntas denotan claramente una tendencia que pone de manifiesto que nos encontramos ante un caso evidente de derecho penal del enemigo.

En definitiva, y para terminar, debo decir que, el camino abierto con la legislación antidrogas y especialmente la referida al lavado de dinero, que aún no terminó su evolución criminalizadota, ha sido seguido desde distintas perspectivas ideológicas y de política criminal, por legislaturas de distinto signo, con la más variada creación de figuras y reformas en lo sustantivo y en lo procesal, que coinciden todas en la ampliación de los márgenes de la punición y en el debilitamiento de las garantías, que fueron la nota privilegiada del derecho penal y democrático, de corte liberal que nos regía hasta ahora.

²⁰ Art. 8: “(Imprudencia de amnistía y similares) Los crímenes y penas tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de la presente ley, no podrán declararse extinguidos por indulto, amnistía, gracia, ni por ningún otro instituto de clemencia soberana o similar, que en los hechos impida el juzgamiento de los sospechosos o el efectivo cumplimiento de la pena por los condenados”.

²¹ Art. 9: “(Obediencia debida y otros eximentes) No podrá invocarse la orden de un superior, ni la existencia de circunstancias excepcionales (como, por ejemplo, amenaza o estado de guerra, inestabilidad política o cualquier otra emergencia pública real o presunta) como justificación de los crímenes tipificados en los Títulos I a III de la Parte II de la presente ley. Por consiguiente, ni haber actuado bajo órdenes superiores, ni la invocación de circunstancias excepcionales, eximirán de responsabilidad penal a quienes cometan, en cualquiera de sus modalidades, los crímenes o delitos referidos”.

²² Art. 13.4 inc. 2 dice: “En casos de violencia sexual no se requerirá la corroboración del testimonio de la víctima, no se admitirá ninguna evidencia relacionada con la conducta sexual anterior de la víctima o testigos, ni se aceptará utilizar como defensa el argumento del consentimiento.”

Hasta cuando un régimen liberal de derecho puede extender este tipo de normas excepcionales, sin perder su carácter de liberal y democrático es un problema de apreciación individual, que puede verse con mayor extensión y detenimiento en mi trabajo sobre *Criminología liberal* incorporado a esta misma colección.

BIBLIOGRAFÍA

ALLER, Germán, *Corresponsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo*, ed. Carlos Álvarez, Montevideo, 2006.

PESCE, Eduardo, “Procedimientos de excepción”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 14, FCU, 2004.

CAIROLI, Milton, “Prólogo”, en ALLER, Germán, *Corresponsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo*”, ed. Carlos Álvarez, Montevideo, 2006.

CAMAÑO, Diego: “Legislación anti-drogas: ¿una amenaza para el Estado de Derecho?”, en *Revista de Derecho Penal*, No. 14, 2004.

LANGON CUÑARRO, Miguel, *Código Penal y Leyes Penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, ed. Universidad de Montevideo, T. II, vol II, 2005.