

Ecuaciones simbólicas y reales de la víctima en la expansión del Derecho Penal del Enemigo y detectables en el Derecho Penal Internacional: El caso de los soldados guatemaltecos ejecutados en la República Democrática del Congo y su exclusión funcional protectora*

Por:

Arkel Benítez Mendizábal (guatemalteco)

Doctorando en Derecho Penal y Procesal Universidad de Sevilla, España

Maestría en Derecho Penal Universidad de San Carlos de Guatemala

Al concurso Premio Cesare Beccaria:

“El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales”

SUMARIO:

I. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y DERECHO PENAL EXPANSIVO. SU LEXICOLOGÍA: ¿POLÍTICAMENTE CORRECTA O POLÍTICAMENTE INCORRECTA?: *A)* Aproximación dogmática a las bases científicas desde Latinoamérica; *B)* El Derecho Penal del Enemigo y la Expansión del Derecho Penal: Lo políticamente correcto e incorrecto de ambos lenguajes ante la vigente problemática del lenguaje jurídico-penal; *C)* De la alarma a la importancia de la detección sintomatológica del Derecho Penal del Enemigo; *D)* Relación entre Derecho Penal del Enemigo, Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Fuerzas de presión; *E)* ¿Es detectable un Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal Internacional? Primera proyección funcional crítica hacia el suceso de los soldados guatemaltecos en la República democrática del Congo. **II. LA NEUTRALIZACIÓN DE LA VÍCTIMA A CONTRALUZ DE LA GAMA CARACTEROLÓGICA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO O EXPANSIVO: HACIA LA PROPENSIÓN VICTIMAL NORMATIVA:** *A)* La víctima ante la oleada expansiva. Nugatoriedad de sus expectativas de reprotagonismo; *B)* Requisitos normativos. Condicionamientos para ser víctima en un Derecho Penal expansivo: Condena social anunciada de la víctima; *C)* La vida humana de la víctima y su protección en el sistema de derechos humanos: Barrera de choque de la expansión penal y puesta en evidencia de la ineficacia del Derecho Penal Internacional actual en el caso especial de los soldados guatemaltecos en el Congo. **III. UN CRIMEN DE GUERRA: ¿PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL SUFICIENTE PARA EL SUJETO PASIVO? ALCANCES Y DIMENSIONES HUMANAS DE LOS SOLDADOS GUATEMALTECOS EN EL CONGO EN SU ACEPCIÓN VICTIMOLÓGICA:** *A)* Antecedentes. Mantener la paz o regular humanitariamente la guerra; *B)* La propensión victimal normativa en el estatus de misión de mantenimiento de paz respecto del tipo penal de crimen de guerra: ¿Un destello del derecho penal del enemigo? **IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.** *Todo contenido en: 8,000 palabras.

I. Derecho Penal del enemigo y Derecho Penal expansivo. Su lexicología: ¿políticamente correcta o políticamente incorrecta?

“...Voy a intentar ver en BECCARIA alguien que respetando esta responsabilidad individual, entiende el Derecho Penal como un instrumento para la realización de determinados fines del Estado, fundamentalmente la protección de la sociedad frente a conductas gravemente perjudiciales para su normal funcionamiento, y, por tanto, intento ver en BECCARIA un auténtico precursor de ideas funcionalistas modernas sobre la teoría de la pena. En ese sentido el discurso va a ser ideológico...”

José Manuel Gómez-Benítez. *La idea moderna de la proporcionalidad de las penas, 2,001.*

A. Aproximación dogmática a las bases científicas desde Latinoamérica:

Aún y cuando existen apuntes de altura científica sobre la teoría general del Derecho desarrollados acá en ultramar, como la teoría *tridimensional del derecho*, de mucha relación con el presente tema, - reavivada¹ por mi maestro POLAINO NAVARRETE para explicar magistralmente el concepto de *persona*² en JAKOBS- existe cierta cautela entre los juristas latinoamericanos contemporáneos -a excepción de algunos como ZAFFARONI³- por discutir, *stricto sensu*, los pilares filosóficos, políticos y jurídicos de los planteamientos sobre los que JAKOBS ha erigido el funcionalismo penal, del que ha brotado el: *Derecho Penal del Enemigo*.⁴

¹ En ese sentido, VILCAPOMA BUJAICO, sostiene, refiriéndose a POLAINO NAVARRETE: “*el autor analiza de manera original, y-por lo que alcanzo a ver- única en la doctrina penalista, la teoría tridimensional del Derecho conocida entre nosotros a través de la obra del profesor brasileño MIGUEL REALE*”. VILCAPOMA BUJAICO Walter. *Desmitificación del Derecho Penal moderno en la obra del profesor Polaino Navarrete*. En: Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. p, 461,

² Con profundidad y modernidad dogmática, partiendo de teorías científicas trascendentales, POLAINO NAVARRETE supera la teoría tridimensional del derecho planteada por REALE y asienta su exposición en una teoría tetradimensional del derecho añadiendo como cuarto elemento la dimensión temporal. Véase: POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Dimensiones básicas del Derecho Penal funcionalista: Especial referencia al concepto de persona*. En: Personalidad y capacidad jurídicas. Tomo II.

³ Como lo advierten sus obras: “Buscando al enemigo: de satán al derecho penal cool”, en homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo y “El derecho penal liberal y sus enemigos”

⁴ Al margen que, con dotes de rigor científico, se ha venido tratando la temática en importantes casas de estudio como la Universidad Externado de Colombia mediante sendas jornadas atinentes al tema, así como en México y Perú.

La *autopoiesis*, cuyos términos dimanan del griego *autos*: “si mismo” y *poiesis*: “creación” o producción”, como teoría biológica, fue desarrollada con originalidad en Latinoamérica por los chilenos **MATURANA** y **VARELA**, explicando los procesos biológicos de autoproducción de sistemas vivos que logran mantener su identidad biológica con el transcurrir del tiempo de manera autónoma.⁵

NIKLAS LUHMANN desarrollaría el modelo propuesto por los chilenos para elaborar su *teoría social de los sistemas*, pasando de lo biológico a lo social. De donde tomaría **JAKOBS** la esencia de su teoría penal funcionalista que completaría con la influencia de, por ejemplo **KANT**, para a su vez, trasladarla a una ecuación aún más difícil: su incardinación normativo-punitiva: El Derecho Penal. Ejercicio avalado parcialmente por **POLAINO NAVARRETE**⁶.

⁵De acuerdo con **HUMBERTO MATURANA** y **FRANCISCO VARELA**, “*son autopoieticos los procesos que presentan una red de procesos operaciones (que lo define como tal y lo hace distinguible de los demás sistemas), y que pueden crear o destruir elementos del mismo sistema, como respuesta a las perturbaciones del medio. Aunque el sistema cambie estructuralmente, dicha red permanece invariante durante toda su existencia, manteniendo la identidad de este. los seres vivos son sistemas autopoieticos y que están vivos solo mientras están en autopoiesis Esta propiedad de los sistemas de producirse a sí mismos es la autopoiesis y define el “acoplamiento” de un sistema a su entorno. Para Maturana, la autopoiesis es la propiedad básica de los seres vivos puesto que son sistemas determinados en su estructura decir, son sistemas tales que cuando algo externo incide sobre ellos, los efectos dependen de ellos mismos, de su estructura en ese instante, y no de lo externo. Los seres vivos son autónomos, en los que su autonomía se da en su autorreferencia y son sistemas cerrados en su dinámica de constitución como sistemas en continua producción de sí mismos. Aunque un sistema autopoietico se mantiene en desequilibrio puede este conservar una permanencia estructural absorbiendo la energía de su medio permanentemente. Al igual que la célula, y los seres vivos los sistemas autopoieticos tienen la capacidad de conservar la unión de sus partes e interactuar entre ellas. Los sistemas autopoieticos son autónomos lo que los hace un sistema cerrado autorregulándose continuamente. Sin embargo, Varela considera que todo sistema autopoietico es autónomo, pero que no todo sistema autónomo es autopoietico. Otros ejemplos de autopoiesis son la conciencia, un organismo, etc. Estos se constituyen de una red de procesos que logran transformar componentes pero en los que el mismo sistema maneja su identidad con relación al entorno. La autopoiesis designa la manera en que los sistemas mantienen su identidad gracias a procesos internos en que auto-reproducen sus propios componentes. (Maturana: De Máquinas y Seres Vivos, autopoiesis de la organización de lo vivo). [En línea:<http://es.wikipedia.org/wiki/Autopoiesis>,]*”

⁶ Quien sostiene: “*El Derecho es un sistema autopoietico, esto es, autosuficiente, autorreproductivo: se construye y reconstruye (crea y recrea) con base en criterios exclusivamente jurídicos, sin perjuicio de las influencias incidentales que en él puedan ejercer otros determinados condicionantes de dispar*”

Esta compleja ecuación, de no fácil abstracción y de encadenado simbolismo⁷ a la que por acusadas descalificaciones y distorsiones al Derecho Penal del Enemigo es preciso referirme desde su germinación⁸, inició con **MATURANA** y **VARELA** aperturando, sin quererlo, el atajo científico tanto a **LUHMANN** como a **JAKOBS**. Los chilenos no dudaron que los sistemas sociales son autopoieticos por el solo hecho de ser sistemas compuestos por organismos y que:

“lo que los define como lo que son en tanto sistemas sociales no es la autopoiesis de sus componentes, sino que la forma de relación entre los organismos que los componen”⁹

Esta postura de aceptar la autodeterminación en sistemas sociales por la **FORMA DE LA RELACIÓN** entre los organismos que los componen, cedió al cobijo de la *normatividad jurídica* como elemento, precisamente **FORMAL**, de autorregulación social en los organismos sociales; en donde ya los *roles sociales* –tomados, según Piña Rochefort, de **RALPH LINTON**¹⁰ aunque no

naturaleza (sociológicos, morales, éticos, religiosos, históricos, etc.)” POLAINO NAVARRETE, Miguel. Naturaleza del deber y función ético-social del Derecho penal. p. 43.

⁷ Véase en extenso sobre el simbolismo en el sistema de Jakobs: **HERRERA MORENO, Myriam. Las categorías simbólicas en el pensamiento sistemático y penológico de Günther Jakobs.**

⁸ Si me tocase comparar la partida *jakobsiana* para denotar en él su carácter simbólico, lo sometería al parangoneo con un grande de las ciencias inexactas que impetró de manera más directa en los comportamientos orgánico-biológicos con patrones similares de experimentación científica desde la psicología, tal es el caso del suizo **JEAN PIAGET** en un sendero, por supuesto, distinto al de la ciencia penal, pero que evidencia la magnitud del salto *biológico* al *psicológico* y su correlatividad comparativa entre el salto *biológico* al *normativo* en **JAKOBS**. De acuerdo con la obra de **JEAN PIAGET**, el proceso de evolución psicológica de la inteligencia es un proceso idéntico al que utilizan los seres vivos para adaptarse –*adaptación vital*– a un entorno y sobrevivir aún en condiciones tradicionalmente contrarias al desarrollo evolutivo por su ubicación natural, poniendo como ejemplo a las plantas al cambiarlas a un hábitat que les es impropio. La ventaja que presenta **PIAGET** consiste en tener cierto grado de genuinidad que encaja perfectamente en los aspectos Psicológicos y biológicos dada su estrecha relación, a la que podríamos llamar incluso: *psicobiológica*. En tanto que, para **JAKOBS**, acusada complejidad de la categoría dogmática, valorativa –aunque **POLAINO-ORTS** le niega tal carácter– y normativa del Derecho Penal lo perfila, mas bien, a recurrir a los postulados biológicos como categorías simbólicas al trasladarlas al campo normativo del Derecho penal que a veces parecieran etéreas. En cuyo intento sin embargo, **JAKOBS** ha logrado desafiar en nosotros los jóvenes investigadores el pensamiento crítico de la ciencia penal adentrándonos, con visión dogmática y científica, a su objeto de conocimiento: El Derecho Penal; añadiendo un reto por demás significativo a mi persona, al analizarlo con éste enfoque de Derecho Penal Internacional con un tema tan sensible como los soldados guatemaltecos en el Congo.

⁹ **MATURANA** y **VARELA** citados por **BASTÍAS A. Luis Eduardo. La autopoiesis en la organización.** [En línea: <http://www.bastias.luis.com/writings/bastias/enefa2000.htm>]

¹⁰ Según **PIÑA ROCHEFORT**, la cuestión del empleo de la teoría del rol social como fuente de la construcción funcional de Jakobs, “*consiste en determinar de dónde emanan esos roles y cómo se hacen vinculantes para los partícipes de la vida social. Naturalmente, si se habla de “rol social”, lo primero que puede intuirse es que dichos roles emanan de la sociedad o, con algo más de precisión, de la*

desconocidos en el derecho romano¹¹- jugarían un papel preponderante en la teoría *Jakobsiana* del *buen ciudadano* o del *ciudadano responsable*, respetuoso del Derecho, abstemio de comunicar defectuosamente o contrafácticamente hacia la **norma**, - para no desvigorizarla- representante de la identidad social en un plano, sin duda, preorganizado. A todo lo cual, no debe restársele la necesaria exégesis simbólica que las transfunde.

B. El Derecho Penal del Enemigo y la Expansión del Derecho Penal: Lo políticamente correcto e incorrecto de ambos lenguajes ante la vigente problemática del lenguaje jurídico-penal:

La sugestiva y alarmante nominación utilizada por JAKOBS ha conducido a autores como POLAINO-ORTS a desmitificar ese concepto compuesto: *Derecho Penal del Enemigo*, enfatizando sobre éste último calificativo e incorporándose a una interesantísima disquisición doctrinal con ZAFFARONI sobre la etimología y proyección de la acepción.

La presencia del “enemigo”, por tanto, en la tesis *Jakobsiana* que es esencialmente dogmática tanto en lo sustantivo como en lo procesal, abre una ventana dispar expeditando con fuerza la discusión cuando al concepto se lo

operación de la sociedad.” Con una dosis de moderación, concluye éste autor indicando que: “La evolución social se caracteriza por la especialización de las funciones que han desarrollar aquellos que forman parte del mundo en común. Con el proceso de diferenciación funcional de la sociedad, posterior a la diferenciación estratificada, ya ha habido una importante reducción de complejidad. La complejidad se ha reducido porque ya se sabe que no todo se puede esperar de todos (como en el caso de la llamada “situación originaria”) sino que solo algunas cosas competen a algunos.” PIÑA ROCHEFORT. Juan Ignacio. Rol social y sistema jurídico penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal. En: Funcionalismo en Derecho Penal... Tomo II. p. 45//En abono a lo anterior, también argumenta PÉREZ PINZÓN que: “la unidad básica del sistema social es la relación estatus-rol, como componente estructural del sistema social y no como rasgos de los actores o de las interacciones sociales. El estatus es la posición estructural del hombre dentro del sistema, y el rol es aquello que hace el actor en esa posición. No se mira al actor en función de sus pensamientos y comportamientos sino en función del conjunto de estatus y rol, es decir, en función del sistema.” PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. El funcionalismo en la sociología actual. En: Funcionalismo en Derecho Penal, ... Tomo I. p, 122.

¹¹ Como nos lo recuerda GRAZIOSO BONETTO, “para comprender el concepto jurídico de persona, hay que remontarse necesariamente a la idea de la *societas inaequalis romana*, que le otorgaba el *status de persona* al hombre, según el papel que desempeñara en la sociedad.” Cfr. GRAZIOSO BONETTO, Humberto. *Las tendencias actuales de la filosofía del Derecho. Primera parte: Del renacimiento del Derecho Natural.* p, 16

transporta al marco de la política criminal¹², acentuándose con mayor agudeza el debate si se lo coloca en una política criminal internacional en donde pareciera incluso desmayar científicamente como se verá adelante, aunque logra sobreponerse; *ínterin* en que incluso la teoría puede ser injustamente anulada vía el concepto utilizado -enemigo- a manos de una mala -intencionada incluso- interpretación en clave política que también debe ser detectada para no desintegrarla.

De ahí que estime oportuno indicar que **JAKOBS** utilizó un lenguaje *políticamente incorrecto* para describir el producto de su teoría del derecho penal funcional -*Derecho penal del enemigo*-, pudiendo haberse referido a un *Derecho Penal Expansivo*¹³ como un lenguaje *políticamente correcto* pero peligrosamente sigiloso de factores no ignorados en la teoría funcional de igual forma colisionadores de venerables Principios como la *Ultima ratio* y la *fragmentariedad* del Derecho Penal¹⁴. Expansión inyectada por un más elegante

¹² **POLAINO-ORTS**, nos adelanta sobre la factibilidad del Derecho Penal del enemigo, señalando que la Política Criminal debe aparecer atenuada en cuanto y en tanto ejercicio del poder penal material, de donde se colige que es compatible en Estados democráticos inclusive, un ejercicio moderado del Derecho Penal del Enemigo. cfr. **POLAINO-ORTS, Miguel. El derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto.**

¹³ Las casusas de este fenómeno expansivo del Derecho Penal, son variadas y por tanto su diagnóstico, predominantemente sociológico de raíz, no se presenta de manera uniforme y concluyente. **CANCIO MELIÁ** al respecto señala: “*son muchas las circunstancias que cabe identificar como relacionadas de algún modo con los fenómenos legislativos acabados de esbozar-refiriéndose el autor al simbolismo y expansión del Derecho Penal actual-. En particular, habría que tener en cuenta la atomización de muchos referentes de control social informal y el papel correspondiente en ese contexto a los medios de comunicación de masas como agentes que exigen no solo atención a casos concretos vendibles.*” **CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito.** En: Funcionalismo en Derecho Penal, ... Tomo I. p, 104

¹⁴ Que han llevado a autores como **RAGUÉS i VALLES**, al son del funcionalismo penal, a desencantar éstos principios de trascendencia y limitadores del poder penal punitivo, a los que éste autor se refiere como “*principios tan frecuentemente citados en vano,*” puesto que al analizar la libertad individual ante las coacciones proclama una interpretación distinta del concepto de violencia que, de la fuerza corporal como acepción, se traspase a la lesión de un bien jurídico inherente a la personalidad del sujeto pasivo. Cfr. **RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. ¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del derecho penal.** En: Funcionalismo en Derecho Penal. p, 496.// Con mayor prudencia, moderación y científicidad, **POLAINO NAVARRETE** al referirse al Principio de *última ratio* elabora una interpretación centrada en criticar en todo caso a la *Mínima Intervención*, pues en todo caso habiendo sido valorada la última ratio en tanto apreciación de garantías penales, el Principio que opera es el de *Intervención Necesaria*. Cfr. **POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos científicos del derecho penal.** p, 165; con una clara ordenación de ideas sobre la fragmentariedad en particular: **POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. Las insolvencias punibles en la encrucijada del derecho penal y del derecho mercantil.** pp, 23 y ss. // En contra: **MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. Derecho Penal Parte General: Fundamentos del Derecho Penal.** p, 129 quien afirma: “*El derecho penal ha de intervenir mínimamente en la sociedad.*

y unificador **Derecho Penal del Riesgo**, más *light*, acaso parcialmente fundacional del propio Derecho Penal del Enemigo¹⁵ enraizado en la agobiante sociedad del riesgo, esto es, en la *sociedad de la inseguridad*, respecto a lo cual, afirma mi Maestra **HERRERA MORENO**:

“El presente momento de expansión penal, se compadece con las reclamaciones y exigencias de una sociedad de la inseguridad enervada por lo que se ha tildado de complejo criminal”¹⁶

Ahora bien, que el lenguaje utilizado sea *políticamente incorrecto* no hace, de plano, correctas sus bases científicas al contraste penal y, a la postre, correctos los resultados ya en sus aplicaciones; pero si dota de un cariz científico su contenido que *a priori* se percibe sugerente y razonablemente inductivo a la dogmática penal moderna. Sobre el lenguaje ha sentenciado con propiedad **HASSEMER**:

“El programa “derecho correcto mediante lenguaje correcto” no debe ser cargado hoy con excesivas expectativas, como si una correcta comprensión y utilización del lenguaje fuera a garantizar que el resultado también sea correcto... Un lenguaje correcto, por lo tanto, puede no producir un derecho correcto.”¹⁷

Se destaca, por consiguiente, la eterna batalla por la inclusión de un lenguaje jurídico-penal contemplativo, pero a la vez abstracto, que no tenga problemas en los ordenamientos jurídicos estrictamente fincados en el Principio de legalidad penal. Complicando el panorama ante una dimensión distinta como el Derecho Penal Internacional merced a sus fuentes consuetudinarias inclusive, en que el Principio de legalidad *estricto sensu*, sufre de altibajos.

Por el contrario la intervención penal será máxima y urgente cuando la gravedad del ataque a los bienes jurídicos tutelados sea tal que ponga en grave y manifiesto peligro los cimientos de toda sociedad democrática.”

¹⁵ Sobre este punto en que se identifica Derecho Penal del Enemigo con Derecho Penal Expansivo, **ALCÓCER**, sostiene: “Sin embargo, hoy por hoy se pone en duda la legitimidad de una política criminal que introduce “mas derecho penal” anulando o suspendiendo la tutela de los principios “justificándose” en criterios de utilidad, eficiencia y excepcionalidad. A la aplicación de esta forma de ejercer el poder penal se le ha llamado “Derecho Penal del enemigo” **ALCOCER POVIS, Eduardo. El Derecho Penal del enemigo ¿Realización de una opción político criminal o de una criminal política de Estado?** p, 8 En:

¹⁶ **HERRERA MORENO, Myriam. Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuidadoras en la post-modernidad penal.** p, 31.

¹⁷ **HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy.** (Trad. Patricia S. Ziffer) p, 27.

En éstas supraesferas del Derecho Penal (Internacional) se connotan lenguajes de guerra que, filosófica y políticamente no armonizan con los bienes jurídicos de ordenamientos internos que en estados sociales y democráticos se encuentran decididos en proteger, como la paz. De lo que vale decir que los conceptos de, o relativos al, *enemigo* utilizados en el Derecho Penal Internacional no son *per se*, Derecho Penal del Enemigo, esto es más que eso, una categoría científica focalizable desde el ensimismamiento de la dogmática penal.

C. De la alarma a la importancia de la detección sintomatológica del Derecho Penal del Enemigo:

Sobradas y relativamente recientes, son las razones que casi toda Latinoamérica ostenta respecto al apabullante concepto de “Enemigo”, reflorecedor de nefastos recuerdos de la terminología utilizada precisamente entre “ciudadanos”, esto es, entre propios integrantes de la civilidad.

En abono a lo anterior (cuya profundidad extralimitaría los fines de este trabajo) el colombiano TOCORA, revela, si se quiere sintéticamente la cuestión, cuando refiriéndose a la “política criminal de seguridad nacional”¹⁸ afirma:

“La falacia fue desnudada por el propio peso de los acontecimientos que exhibieron uno de los capítulos más abyectos de la historia de América Latina, con los balances sobre desapariciones, asesinatos y torturas, de estos sistemas paralelos; todo un desarrollo esquizofrénico de la interrelación norma-realidad. La brecha superó en esta ocasión la simple divergencia entre las normas enarboladas como problemas políticos o

¹⁸ En Argentina, por ejemplo, denuncia GARZÓN que: “entre los años 1,976 y 1,983, sin procesamiento, juicio ni sentencia, sin defensa posible y prescindiendo de todo tipo de normas legales, se eliminó a miles de ciudadano, en lo que, en palabras de Ernesto Sabato, constituyó la más grande y terrible tragedia de la historia del país. La malvada razón del Estado, apoyada en los métodos manos sucias, pretendió acabar con los supuestos ataques a las instituciones, los ataques subversivos, los que desestabilizan el *stablishment*, cuando, en realidad, lo que se ocultaba tras el telón de aquella razón de Estado era la perversión o degeneración del poder en manos de gobernantes corruptos que practicaron el genocidio, la tortura, la desaparición de personas y el terrorismo para eliminar cualquier forma de contestación u oposición.” GARZÓN, Baltasar. *Un mundo sin miedo*. p, 83.

proclamas éticas, para convertirse en instrumento de manipulación totalitaria del ser humano y de encubrimiento de regímenes paraestatales de represión y barbarie,”¹⁹

Así las cosas, la alarma radica en pensar si **JAKOBS**, utiliza o no, toda esta teoría con una postura de carácter **afirmativo y patrocinante** de los temores latinoamericanos, y es que, ésta confusión, ha repercutido hasta incluso en muy cercanos analistas²⁰ a quienes los ha hecho detenerse tenazmente -si bien recuerdo a un **JAKOBS** enfático en Bogotá, Colombia, al disertar que su planteamiento es eminentemente **descriptivo**²¹-. Al revisar las conclusiones del propio **JAKOBS** se observa en él un *descriptivismo de corte afirmativo* cuando sentencia: *“Un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de derecho, que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo.”*²²

Por tanto, el concepto “enemigo” suele equivocadamente codificarse en lo político, situándose, de entrada, como una herramienta contra lo que ha salido a relucir con cierta desazón en la doctrina y de manera defensivo-

¹⁹ **TOCORA, Fernando. Política criminal contemporánea.** p, 171.

²⁰ Entre ellos, **CANCIO MELIÁ**, quien señala: *“La cuestión que ahora se plantea es, naturalmente, qué es lo que hay que hacer en el plano teórico sistemático con esa realidad constatada. ¿Hay que detenerse en esa constatación? ¿Hay que intentar limitarlo en la medida de lo posible, quizás “domándolo” al introducirlo en el ordenamiento jurídico-penal? En resumen: ¿es ilegítimo? Dicho de otro modo: no está claro si se trata de un concepto meramente descriptivo o afirmativo.”* **CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿“Derecho Penal” del Enemigo?** En: *Derecho Penal del Enemigo.* p, 56.

²¹ Seminario sobre: *Funcionalismo y Derecho Penal en la sociedad moderna*, al que tuve el honor de asistir en mayo de 2,006 en la Universidad Externado de Colombia, en donde disertaron, además del propio **JAKOBS**, los juristas españoles: **MIGUEL POLAINO NAVARRETE** y **MIGUEL POLAINO-ORTS**, así como una gama de juristas sudamericanos de Perú, Chile, Argentina y Colombia//Con mayor profundidad y haciendo toda una desmitificación de la obra y, en especial del concepto de enemigo, **POLAINO-ORTS** ha elaborado una caracterología en torno al concepto, acotándolo en una categoría por él denominada *descriptivismo* según la cual *“su empleo por parte del autor alemán –refiriéndose a JAKOBS- no tiene un efecto fundante ni constitutivo, sino meramente expositivo: esto es, el uso del término que no convierte en automáticamente en enemigo del sistema ni del ordenamiento a los sujetos a los cuales se atribuye, ni se erige a nadie en contradictor ni enemigo de nadie cuando de un sujeto se predica la cualidad de “enemigo”. Con él únicamente se describe una situación legislativa concreta ya existente, que refleja la situación en que se hallan unos sujetos peligrosos, situación que ya ha sido desvalorada y calificada penalmente por el legislador.”* Cfr. **POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho Penal del enemigo. Desmitificación de un concepto.** p, 94.

²² **JAKOBS, Günther** y **CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo.** p, 40.// Sin embargo, **ZAFFARONI** ha dicho al respecto: *“Hemos visto que Jakobs en realidad se proclama enemigo del derecho penal del enemigo, pero cree ahora que es imposible eliminarlo y, por lo tanto, propone contenerlo. (a) Cabe coincidir con este autor en la necesidad de contener el avance autoritario del derecho penal, o sea, que compartimos el objetivo estratégico.”* **ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El enemigo en el derecho penal.** p, 162.

antagónico: *El ciudadano*,²³ aunque utilizada por el propio Jakobs, tanta politización pareciera haber olvidado a su gramaticalmente antónimo: *El amigo*.

Aunque al parecer, en el concierto de naciones representadas por un Derecho Penal Internacional, específicamente por el Estatuto de Roma, el término *enemigo* experimenta una nueva faceta: su internacionalización jurídico-penal en donde hasta la víctima puede presentarse como *enemigo*, especialmente en los confines de un *Derecho Penal regulador de la guerra* que rompe con rareza el paradigma del Derecho Penal “normal”; de ahí que el revestimiento guerrista sea una indumentaria ya propia del concepto *enemigo* que, en el elenco del Estatuto, funja tal ropaje hasta como *causa de justificación: “xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.”*²⁴ Con lo cual, al tenor de tal disposición, el concepto de enemigo puede llegar a justificarse a sí mismo por menester de la propia guerra, como análogamente lo ha indicado ZAFFARONI.²⁵

Esta valoración comparativa en nada refleja el sustento teórico y sistémico de Jakobs, antes bien, podría desvariar, a intromisión del discurso político, los intentos por encontrar sus fundamentos científicos. Inscribirse en este pensamiento minimalista equivaldría pensar que en mi Constitución Política (guatemalteca) al regular que se es ciudadano al cumplir 18 años devenga *enemigo* quien no los haya cumplido. Tales estupefacciones dejarían en

²³ George Bush, a cuyo favor el mundo no puede hoy verter los mejores conceptos democráticos, desencadenó toda una invasión como reacción al terrorismo contra las torres gemelas difundiendo por toda América Latina la noche misma de los ataques que: *quien no estuviese de su lado sería su enemigo*; de ahí que el rumbo que ha tomado el concepto sea mas bien hacia su anatemización.

²⁴ Siempre en el Artículo 8, pero en el numeral 2 (a) (v) del Estatuto, el término es utilizado de manera neutral desde el punto de vista subjetivo a respecto de la imputación penal, esto es, se lo coloca como un elemento objetivo del crimen: *“obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga;”*

²⁵ Para quien: *“El razonamiento que admite la distinción entre ciudadanos y enemigos debe presuponer una guerra (pues sin ella no hay enemigos) y, además, que ésta es prácticamente permanente, pues de las guerras excepcionales se ocupa el derecho militar y de guerra (y no el derecho penal o el administrativo ordinario). Por mucho que se quiera disimular y ocultar el concepto de guerra, lo cierto es que no se concibe enemigo sin guerra.”* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. p, 137.

igual desatino a los extranjeros que para el caso de algunas economías latinoamericanas que *macroeconómicamente* dependen del turismo sonaría espeluznante. De ahí el riesgo de entremezclar lo puramente político con la visión dogmática penal. Parte del desafío de la tesis funcional de **JAKOBS** reside en también detectar, con rigor científico, las respuestas políticas que puedan presumir de antítesis revestidas de un *fácil lenguaje políticamente correcto*, como lo ha denunciado con enérgico y autorizado acento dogmático **POLAINO NAVARRETE**²⁶, así como evitar la tentación de revolver tópicos incluso muy en el límite del Derecho Penal tales como el terrorismo en que también se encuentran construcciones que por su impulso desdeñarían la teoría a partir del concepto²⁷.

Por tanto, los avatares históricos a los que el citado concepto ha estado expuesto, hace del mismo, proclive a calificarlo en **JAKOBS** como una *lexicología políticamente incorrecta* como se dijo, y al propio tiempo, alarmar algunos juristas, a quienes sin embargo ha servido la honestidad científica de no enclaustrar la teoría funcional en *lo políticamente correcto*, a riesgo de dejarlo pasar inadvertido, puesto que hoy la propuesta científica de **JAKOBS** ha despertado e inquietado en América Latina, la revisión a nuestras leyes penales para advertir rastros, vestigios o “modernas” inclusiones –o inflaciones de

²⁶ Quien sostiene la siguiente advertencia respecto de la dogmática penal y las ideologías políticas, inscribiéndose con especial referencia al profesor **JAKOBS**: “No pocas veces hemos asistido, incluso con no disimulada estupefacción, a la descalificación de una proposición científica por su (respuesta) vinculación a tal o cual autoritarismo político. El caso del normativismo funcional del profesor **JAKOBS** es uno de los últimos ejemplos de esta ridícula, unilateral y parcial lectura en clave política. Claro que las más de las veces bajo el argumento político se halla un profundo desconocimiento de lo que se crítica, una no confesada envidia ante la mayor difusión científica o incluso una incapacidad personal que impide responder más que con el recurso descalificatorio a lo político, que se convierte de tal forma en una respuesta expresada en otro lenguaje distinto, que puede ser políticamente correcto, pero científicamente inaceptable.” **POLAINO NAVARRETE, Miguel. El valor de la dogmática en el derecho penal.** En: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. pp, 851 y 852.

²⁷ Es el caso de apuntes sustanciados en la democracia que también utilizan ese concepto: “El hecho mismo añade una nueva forma de guerra y nuevas amenazas a los Estados, el actual enemigo es confuso. No tiene rostro no se puede ubicar en un espacio determinado y por lo tanto las formas de aplacarlo también han de aplacar. La modalidad de defensa será bajo el paradigma de la seguridad hemisférica e internacional.” **DEMPSEY, James X., y RAMÍREZ CAMPOS, John. La respuesta democrática al terrorismo.** p, 34.

acusada expansión- del derecho penal del enemigo²⁸; en cuyas indagaciones se ha detectado, como la advertencia surgida en Perú y puesta de manifiesto por CARO JOHN²⁹.

Detecciones que no sólo se adscriben a las legislaciones latinoamericanas sino de las que ya ha puesto de sobre aviso MUÑOZ CONDE en España.³⁰ En esa línea, ZAFFARONI ha ido más allá y ha expuesto en este difícil espacio que hoy nos ocupa, el Derecho Penal Internacional, su postura en contra del concepto de enemigo:

“Cuando se habla del *hostis* como *enemigo* introducido en el derecho penal o administrativo normal, o sea, fuera del contexto bélico en sentido estricto, no se hace referencia a la guerra que debe respetar los principios del derecho internacional humanitario de Ginebra. Por el contrario, con eso se está introduciendo un *concepto espúreo o particular de guerra permanente e irregular*, porque se trata de un enemigo que, por actuar fuera de las normas que deben cumplirse en la guerra propiamente dicha, ingresa al derecho ordinario de un estado que no está estrictamente en guerra, lo que tampoco pasó por el alto Schmitt.”³¹

²⁸ Como lo señala el propio ZAFFARONI, cuando respecto al concepto de enemigo utilizado por JAKOBS afirma: “*Nos parece que ha tenido el acierto de utilizar el vocablo enemigo, con lo cual puso en descubierto la verdadera naturaleza de ese avance, que es claramente belicista.*” ZAFFARONI, **Eugenio Raúl. *El enemigo...*** op. cit. p, 162.

²⁹ Quien señala: “*En el caso peruano no es difícil observar una creciente acogida de este sistema por parte de la doctrina y la jurisprudencia, aunque este hecho sea más evidente en el ámbito jurisprudencial. Algunos supuestos de la jurisprudencia donde se advierte la influencia del sistema funcional normativista de JAKOBS son, por ejemplo, el caso de “Rock en Río”, que se refirió a un homicidio imprudente, en el que la solución se basó en las categorías dogmáticas conocidas como imputación objetiva e imputación a la víctima; el caso del tiroteo, también relacionado con un homicidio imprudente, cuya problemática en cuestión fue resuelta como un supuesto de legítima defensa; y finalmente un supuesto al que podemos denominar caso del taxista, donde el tribunal aplicó el instituto dogmático conocido como prohibición de regreso para fundamentar la exclusión de responsabilidad de un taxista a título de coautor del delito de robo agravado.* CARO JOHN, José Antonio. *Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana.* En: El funcionalismo en Derecho Penal. p, 138.

³⁰ Al referirse al anteproyecto de ley orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas en España, afirma: “*Parece, pues, que con este anteproyecto nos acercamos cada vez más a lo que un acreditado penalista alemán Günther Jakobs denomina como un “derecho penal del enemigo”. Con él, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas diacronianas...*” [En línea: losgenoveses.net/Oponion/Articulos/haciaunderechopenal.html]

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. p, 143.

D. Relación entre: Derecho Penal del Enemigo, Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Fuerzas de presión:

El Derecho Penal Internacional de por sí excede toda posibilidad de unificación dogmática de lo interior a lo exterior en los Estados, -proceso de internacionalización del Derecho Penal interno- sobretodo en algunos pocos Estados que vislumbran una identificación político criminal coherente o de múltiple articulación. Sin embargo, y paradójicamente, el derecho penal internacional se *produce y reproduce* afínmente en si mismo a partir de las incoherencias nacionales en una dialéctica extraña³².

Se aprecia, en ese sentido, una rigurosa discusión en aspectos tan elementales como las fuentes mismas del Derecho Penal que, al internacionalizarse, esto es, al adoptarse obligaciones internacionales de punibilidad, se deba congeniar con costumbres³³ de derecho internacional o, más modernamente, con la *producción o autoproducción* de fuentes de ley

³² Bajo ésta premisa, el *ius poenale* a lo interior de los Estados, sin duda sujeto a los avatares de la política criminal de turno, afronta los destinos de la concesión internacional que en no pocas veces experimenta contradicciones a ciertos postulados que se van arraigando en el Derecho Penal “interno”, quedándole a cada Estado en su interior una mera constancia legal de adhesión por virtud de los Decretos de ratificación de los Tratados que se convierten en una especie de compilación de Derecho Internacional “interno”.

³³ En este sentido, **POLAINO NAVARRETE** ha sido enfático en lo que al Derecho Penal Español se refiere, negando la existencia de la costumbre como fuente Derecho Penal: “*Es evidente que la ley ocupa el papel principal en el orden de prelación de fuentes del Derecho en general, y del Derecho Penal en particular, donde rige el principio nullum crimen, nulla poena sine lege. En esta obra sostenemos que la ley es la única fuente de creación del Derecho Penal*”. sin embargo, mi Maestro no niega un significado histórico preponderante a la costumbre en el Derecho Penal cuando afirma: “*El origen del Derecho Penal romano hay que buscarlo en la costumbre; la ausencia de leyes escritas fue, en numerosos supuestos, suplida con el recurso a los usos del lugar, que regían algunas partes del proceso (usus fori)*”. Cfr. **POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos Científicos del Derecho Penal.** Tomo I. 5ª edición. pp, 225 y 227./ En Guatemala, sin embargo, ya ha sido aplicado ante la propia Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Derecho Penal Consuetudinario mediante aplicación directa del Principio *ne bis in idem* en un caso en que se pretendió juzgar a un indígena en el sistema de Derecho Penal Oficial cuando ya había sido incluso condenado mediante los mecanismos punitivos de su comunidad indígena, de donde la Cámara Penal aplicó la prohibición de la doble persecución penal.

penal dimanantes directamente de la comunidad internacional³⁴ como lo ha sostenido MUÑOZ CONDE³⁵.

Contrario a los intereses reguladores de punibilidad por los que se sistematizó en sus orígenes al Derecho Penal, que monopolizó en gran parte el Estado ante la incipiente e ilimitada *victimodogmática* de muy rústica administración, el Derecho Internacional Humanitario nace en la figura y carne propia de HENRY DUNANT³⁶ como un instrumento regulador de la violencia a que se tiene “derecho” o que se permite en un conflicto armado, volcado

³⁴ Para MUÑOZ CONDE, la protección penal de la comunidad internacional puede concebirse desde una doble perspectiva, que interesa no tanto a lo metodológico como a las fuentes mismas del ordenamiento. Una de ellas dice el autor es la “tradicional” por cuya virtud la ley se acuerda desde el interior y la otra: “rigurosamente innovadora e íntegramente internacional, es la que elabora las normas punitivas por la Comunidad misma o en su nombre, con o sin el beneplácito de los Estados.” MUÑOZ CONDE, **Francisco José. Derecho Penal Parte Especial**. 15ª edición, p, 755.// Quizá el más claro ejemplo de la anterior advertencia sobre el irrespeto al derecho penal internacional en última instancia, sea el ataque televisado de bombarderos estadounidenses contra la cadena de televisión y prensa **AL JAZIRA**, violentando en principio la resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que injustificaba la intromisión bélica a **IRAQ** y luego incurriendo en lo que sería –por la renuencia estadounidense a suscribir el Estatuto de Roma- un claro crimen de guerra, al que sin embargo, le podría ser aplicable un Derecho Internacional humanitario; lo cual sugiere, por higiene mental, no tratar de relacionar estas fuerzas políticas con las tradicionales y conquistadas bases del Derecho Penal democrático a fin de no distorsionarlo.

³⁵ MUÑOZ CONDE, **Francisco José. Derecho Penal. Parte General**. p, 180. Sentencia el autor indicando que: “las posibilidades de aplicación de un derecho penal de tal clase son realmente escasas y asimismo, dependientes de la correlación internacional de fuerzas y de las posiciones de dominio de los diferentes países, antes que de la existencia de un orden jurídico plenamente autónomo y de igual obligatoriedad para todos los miembros de la comunidad internacional. En conclusión, la existencia real de un Derecho Penal Internacional se encuentra ampliamente cuestionada: o no se trata propiamente de Derecho Penal porque difícilmente puede aplicarse con las características que deberían serle propias, o no es “internacional” porque se ha incorporado a los derechos internos de cada uno de los países.” La postura del autor no contrasta con las dificultades inherentes a un tratamiento dogmático penal uniforme de lo nacional a lo supranacional. Sin embargo, en lo que al Estatuto de Roma se refiere podría destacarse un gran avance que, al mismo tiempo, debiera parecer extraño para el Derecho Internacional Público en general, tal es el caso de la responsabilidad internacional reservada en el umbral de ésta rama internacional del derecho exclusivamente para los Estados como sujetos de Derecho Internacional, categoría que parecía *pétrea* en el contexto supranacional hasta su fisura en el consenso de la responsabilidad penal individual, esto es, personalísima. Esta situación solo pone en evidencia lo dinámico y cambiante que puede llegar a ser incluso el Derecho Internacional, muy congruente a esa correlación de fuerzas que describe éste autor, la que podría ser, sin duda, su motor.

³⁶ Cuando los ejércitos francés y austríaco se enfrentaron en la batalla de Solferino, en la parte septentrional de Italia, en junio de 1859, en la mente de Henry Dunant, un joven ciudadano Suizo, surgió la idea de la acción internacional para limitar el sufrimiento de los enfermos y los heridos en las guerras. Dunant se encontró, más o menos por accidente, entre los millares de franceses y austriacos heridos después de la batalla, y junto con unos cuantos otros voluntarios hizo lo que pudo para aliviar su sufrimiento. Conternado por lo que había visto, escribió sin dilación el libro *Un souvenir de Solferino*, publicado en 1862, en que sugirió que se crearan sociedades nacionales para ocuparse de los enfermos y heridos sin distinciones de raza, nacionalidad o religión. Asimismo propuso que los Estados concertaran un tratado en que se reconociese la labor de esas organizaciones y se garantizara un mejor tratamiento de los heridos. NACIONES UNIDAS. *El Derecho Humanitario Internacional y los Derechos Humanos*. Folleto informativo No. 13. p, 3.

particularmente hacia la humanización de la guerra. No constituye, por tanto, un trampolín directo como panacea de la paz.³⁷

Por tanto, presumir en puridad una aplicación internacional de la teoría funcional del Derecho Penal del enemigo, plantea, además de la confrontación con los aspectos antes indicados, una deficiencia de incardinación de los propios postulados de JAKOBS que se perciben mas bien con dedicatoria a sociedades específicas de cada Estado en particular, o sea, (intra)sociedades homogéneas que, si bien pueden cumplir a su interior con *roles sociales distintos* en un mecanismo *heterorreferencial de comunicación efectiva* que les permite mantener la identidad social o restablecerla mediante la pena, no significa que el éxito de su internacionalización sea garantizado; roles que en todo caso deben trazarse bajo la idea de la libertad individual basada en la dignidad humana.³⁸

Por consiguiente, la homogeneidad de la sociedad ante su elemento estelar: *la vigencia de la norma*, en donde quien comunique defectuosamente – esto es, quien delinca o pretenda causar una lesión jurídica amenazada con una pena- desenaja en la homogeneidad social, no significa que pueda ser un modelo funcional *ad hoc* para un *complejo social internacional*, formado a su vez por sociedades heterogéneas y en constante comparatividad que, reunidas en su contexto internacional, no están exentas de las proclamas de uniformidad en que además es ampliamente aceptada y difundida la protección de Universal de los Derechos Humanos; categoría jurídica que, en un derecho penal expansivo, se adscribe como un lastre por sus connotaciones ontológicas desde la perspectiva funcionalista radical.

³⁷ La partida de nacimiento del Derecho Internacional Humanitario, es totalmente distinta a la génesis del Derecho Penal en sí. No por ello, resultan ambos excluyentes; todo lo contrario, aplican dosis continuas de complementariedad bajo la rúbrica orientadora de un distinto a ellos Derecho Penal Internacional.

³⁸ A este respecto es importante recordar las palabras de KELSEN: “*El concepto de libertad con frecuencia es identificado con la idea de justicia, de tal manera que un orden social será justo cuando garantice la libertad individual*”. KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?* p, 19.

A este respecto, **AMBOS** -modernamente en cuyos postulados desde ya me inscribo- sostiene:

“Mientras que la ventaja de una teoría del delito político-criminal funcional de derecho comparado frente a un puro funcionalismo de impronta jakobsiana consiste en su orientación hacia los derechos humanos, ella es superior al punto de vista ontológico, debido a su apertura frente a las situaciones problemáticas concretas. Si bien a primera vista el pensamiento ontológico del derecho penal tiene la ventaja de que las estructuras lógico-objetivas por él presupuestas, en principio, son universalmente válidas y, en este sentido, no se plantea en absoluto la cuestión de “nacional” o de “sociedad”, no existe, sin embargo, en el plano internacional ni un consenso sobre tales estructuras (¿cuáles?), ni jamás la discusión sobre su adopción ha impregnado el debate de derecho penal internacional.³⁹”

Interrelacionar en blanco y negro al Derecho Penal con los Derechos Humanos es prácticamente sencillo, sobretodo en Estados en que su sistema constitucional es social y democrático y sigan la teoría del bien jurídico en donde coincidirán muchas veces protecciones penales con derechos fundamentales como la libertad⁴⁰, es decir, derechos humanos. Sin embargo, al dinamizar estos derechos, sistematizándolos, hace falta acarrear una fuerte carga político criminal en donde, de acuerdo con la guatemalteca **PAZ Y PAZ BAILEY**, la relación de los Derechos Humanos y sistema penal se formula negativamente, pues como monopolio estatal, el sistema penal se encuentra encabezando las listas de, precisamente, violaciones a los derechos humanos.⁴¹

De esto se extrae que, para sociedades tan heterogéneas como las que componen en lo particular el concierto de naciones y el agregado de la

³⁹ **AMBOS, Kai.** *La construcción de una parte general del Derecho Penal Internacional.* En: Temas actuales de Derecho Penal Internacional. p, 21

⁴⁰ Respecto de la cual, aún y cuando no se coincide en su totalidad por la fuerza de la moral que se imprime como fuerza reguladora de la sociedad, **RATZINGER** ha planteado un importante reconocimiento a los derechos humanos y la libertad en donde destaca un reconocimiento liberal de los derechos humanos, con énfasis a mi criterio en la libertad individual sin desprenderse por supuesto de su influjo teológico: “*la libertad necesita una trama común, que podríamos definir como fortalecimiento de los derechos humanos.*” **RATZINGER, Joseph.** *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista.* p, 33.

⁴¹ **PAZ Y PAZ BAILEY, Claudia.** *Derecho penal como mecanismo de protección de los Derechos Humanos.* En: Asociación de Estudios Penales Pedro Dorado Montero. Universidad de Salamanca. p, 18.

pluriculturalidad hoy por hoy de innegable reconocimiento en que se legitima incluso sus propios Derechos Consuetudinarios además del propio Derecho Internacional también consuetudinario⁴², la tesis de JAKOBS plantea un verdadero tropiezo irresoluble desde sus planteamientos dogmáticos, que no solo es exclusividad del Derecho Penal del Enemigo pues también el Derecho Penal aún con sus pilares democráticos y autónomos tradicionales dista mucho de este Derecho Penal Internacional; sistema que aún y cuando el engranaje de derecho internacional sea un cúmulo de normativismo traducido en un puro conjunto de normas sistematizado como Derecho Internacional, se perfilaría hacia al fracaso estrictamente funcional. Con razón han dicho LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, que:

“En relación con el llamado derecho internacional penal, hay que destacar que estamos lejos de encontrar ante un cuerpo normativo y homogéneo, similar al de los sistemas penales nacionales. ...De ahí, en primer término, la debilidad de un sistema aún no terminado y que está en evolución, por lo que presenta ciertas lagunas y contradicciones y, continúa expuesto a riesgos de politización, al depender su efectividad prácticamente de forma exclusiva de la actuación de los Estados.”⁴³

En ese orden, coincido parcialmente con ZAFFARONI al criticar la postura de JAKOBS en torno a la tesis de un *doble derecho* para explicar su teoría en el Derecho Penal del Enemigo en el seno del Derecho Penal Internacional. En elenco con lo aquí sostenido, es perfectamente válido profetizar que el profesor alemán aludiría a la *teoría del doble derecho*, pues simple y sencillamente como expuse antes, su homogénea teoría en la palestra de los complejos jurídicos internacionales es un revés que, al tiempo de descartar en su casi totalidad su teoría penal funcionalista, lo aorilla a discurrir en la vía de un derecho interno y un derecho internacional –doble derecho–,

⁴² GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. *Estudios penales*. p, 236 sostiene: “En efecto, el principio de jurisdicción universal para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto forma parte del derecho consuetudinario internacional e incluso del *ius cogens*. Hasta tal punto esto es así, que la mejor doctrina mantiene, por ejemplo, que este principio obliga a la persecución universal de los responsables de los crímenes internacionales, incluso frente a lo que puedan prever determinadas convenciones internacionales.”

⁴³ LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M. *La corte penal internacional. Justicia versus impunidad*. p, 11.

puesto que, al negar la vigencia de la universalidad de los derechos humanos, se ve compelido a cuestionar el juzgamiento de un ciudadano por Estados a los que aquél no pertenece⁴⁴, completando su postura con su *subteoría funcional de la personalización forzada*.⁴⁵

E. ¿Es detectable un Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal Internacional? Primera proyección funcional crítica hacia el suceso de los soldados guatemaltecos en la República democrática del Congo:

Con todo, aún y cuando creo que no se puede acoger con pulcra fidelidad la teoría funcional, especialmente por el choque heterogéneo de sociedades, fuentes y humanismo que comporta el derecho penal internacional, se puede concluir que la estructura del Derecho Penal del Enemigo o Expansivo en tanto tal, -funcionalista- si se puede detectar en el Derecho Penal

⁴⁴ En este sentido, apunta ZAFFARONI que, según JAKOBS, “como no se ha establecido la vigencia universal de los derechos humanos, en caso de violación masiva se procede pre jurídicamente, o sea, que primero se hace la guerra y después se detiene al infractor y se le asigna el carácter de ciudadano para someterlo a juicio, cuando el autor no es ciudadano de la sociedad que lo juzga.” Postura a la que ZAFFARONI niega el carácter de Derecho penal del enemigo, cuando esboza: “cuando hay guerra propiamente dicha, desde la perspectiva internacional, funciona el derecho de la guerra y para nada el derecho penal del enemigo que opera en el interior del Estado para una guerra que no es guerra. De allí que una crítica liberal severa del derecho penal del enemigo desde la perspectiva del doble derecho no importe la cancelación del derecho internacional penal, sino su consideración como derecho de la guerra.” Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo*,... Op. Cit. p, 176 y ss.

⁴⁵ Esta teoría desarrollada por JAKOBS como respuesta a la aplicación del Derecho Penal Internacional en el contexto de los derechos humanos, consiste en que la pena se aplica en función de la reivindicación de los derechos humanos y, si se parte de que el funcionalismo penal niega el carácter de persona a quien no preste garantía cognitiva de comportamiento fiel al derecho, por tanto según JAKOBS, los derechos humanos en cuya función se aplica una pena, personalizan por la fuerza a un individuo con tal de procesarlo e imponerle una pena. Cfr. JAKOBS, Günther. *Personalidad y exclusión en derecho penal*. En: funcionalismo en Derecho Penal,...Tomo I. pp, 88y ss.// Lo riesgoso es que en la “inalterable vigencia de la norma” puede olvidarse que ese ciudadano ha violado derechos humanos de otros ciudadanos, tal y como ocurrió en Guatemala en donde se violaron derechos humanos de “con”ciudadanos y de foráneos, cuyos enjuiciamientos por ciento ya han iniciado un eterno suspirar. De hecho, un Derecho Penal Expansivo o del Enemigo de *adelantamiento de las barreras de punibilidad* y de *disminución de ciertas garantías* como lo describe el propio JAKOBS, no se aviene en apariencia con las características del Derecho Penal Internacional actual, depurado en buena medida gracias al Estatuto de Roma y, según el cual, parte medular de la dinámica del Derecho Penal Internacional radica en la aplicación del *Principio de Complementariedad*, como filtro a la anticipación punitiva, el cual se empalma con el *Principio de la Intencionalidad de los elementos materiales de los crímenes*, sin dejar de mencionar la **producción internacional de ley penal como fuente de Derecho Penal Internacional que plantea un revés a la estructura dogmática del funcionalismo penal**. Por eso es que JAKOBS ha procedido más bien a tientas pero cayendo en la tentación de tratar el tema del derecho penal internacional sin una profundidad dogmáticamente aceptable, -si se toma en cuenta la constante remisión al extranjerismo y la sociedad del riesgo y a la peligrosidad en su obra- De esta cuenta considero, no le fue del todo bien por lo ambiguo de su exposición cuyas líneas se hace imperativo traer a colación:

Internacional, pero de forma atenuada –En esa línea, importante: **AMBOS**⁴⁶- con proyecciones fugaces hacia éste extraordenamiento jurídico por tres razones fundamentales, vinculantes y sucesivas: a) Hay, ineludiblemente, un adelantamiento de las barreras de la punibilidad en algunos tipos penales internacionales⁴⁷; y, b) Existe una protección funcional del Derecho al Derecho mismo, esto es: el derecho protege a la propia norma internacional⁴⁸.

Aunque esta segunda razón se advierte sin embargo, fisurada por la idea que la *vigencia de que la norma* se fundamenta en una identidad social comunicativa preestablecida pero ante todo homogénea de la que el Derecho Penal Internacional sencillamente adolece; y **c) Quizá la razón más importante desde la óptica del presente trabajo, es que al hilo de la anterior razón, en la obstinación de proteger desde el derecho la mera vigencia del derecho por el Derecho Penal del Enemigo, se genera la categoría de *exclusión jurídica* -muy**

⁴⁶ Quien no le veda la entrada al Derecho Penal del Enemigo en el escenario del Derecho Penal Internacional, pues admite su existencia pero no bajo la radicalización Jakobsiana, sino de manera moderada, aceptando bajo esta condición el sistema funcional del delito. Sin embargo, su visión tiene como punto de partida lo político-criminal y no lo estrictamente dogmático-penal: “Desde la perspectiva de la teoría jurídico-penal y del derecho comparado, solo es apropiada para esta finalidad una teoría del delito “funcional de derecho comparado”, en el sentido arriba mencionado. Ella comparte con la teoría del delito “funcional” (racional final) de alineación moderada, orientada a los fines de la pena, la orientación fundamental político-criminal, esto es, la idea fundamental de que un sistema de derecho penal está caracterizado menos por sucesos ópticos (estructuras lógico-objetivas) que, más bien, por el respectivo contexto político-criminal y político-social, el cual influye también en la solución de las cuestiones materiales. Con un lema, tal sistema de derecho penal se puede describir como orientado a los problemas, a las situaciones y a las consecuencias y, en este sentido, como abierto y flexible en cuanto a los nuevos desarrollos político-criminales. Esto se corresponde con la interpretación teleológica también usual en el derecho penal internacional que se orienta a los valores y a los fines políticos de la comunidad internacional. Por el contrario, desde el punto de vista del derecho penal internacional se debe rechazar el funcionalismo (jurídico-penal) puro o radical que, con base en fundamentos teórico-sistémicos, aboga por medio de una normativización extrema (libre de datos empíricos) por una concepción de la culpabilidad completamente preventiva general, es decir, orientada a las respectivas necesidades punitivas de la sociedad. Ello, pues una concepción semejante, en todo caso en su expresión jakobsiana no se puede hacer compatible con la comprensión de la sociedad y de los valores, en la que se asienta el derecho penal internacional, de una comunidad de valores universal o de una sociedad del ciudadano mundial, en donde al derecho penal mundial le corresponde la función de proteger los derechos humanos fundamentales. **AMBOS, Kai. La construcción de una parte general del Derecho Penal Internacional.** En: Temas actuales de Derecho Penal Internacional. p, 20.

⁴⁷ **MUÑOZ CONDE**, sostiene: “los tipos delictivos se configuran la mayoría de las veces como delitos de peligro de bienes jurídicas de personas protegidas, con los que el legislador quiere adelantar la barrera de intervención penal aunque no lleguen a producirse (o probarse) daños o lesiones a dichas personas.” **MUÑOZ CONDE, Francisco José. Derecho Penal Parte Especial,...**p, 767.

⁴⁸ Detección que también hace **MUÑOZ CONDE**: “El bien jurídico directamente protegido, es pues, la norma internacional humanitaria misma.” Cfr. *Ibidem*.

elemental también del Derecho Penal del Enemigo- con la cual, para el caso de los soldados guatemaltecos en el Congo, desprotegidos penalmente, es decir, *excluidos* por la falta de reconocimiento jurídico de la misión militar de paz en tanto tal por la Carta de las Naciones Unidas⁴⁹, automáticamente dejan de ser sujetos jurídicamente protegidos por el tipo penal de crímenes de guerra que condiciona la primera protección -la de la Carta de las Naciones Unidas- para afianzar la protección penal última. Esta categoría de la *exclusión*, es explicada de manera muy ilustrativa por JAKOBS⁵⁰:

“Una exclusión existe cuando el propio derecho no deja que el individuo avance hasta ser persona en derecho, quedando limitado aquí el enfoque a individuos humanos. Así, por ejemplo, los niños están excluidos del derecho al voto, no son personas con derecho a voto”

Ante lo cual sólo resta amparar a los soldados en las bondades de una justicia internacional de los derechos humanos que, por el inherente derecho humano a la vida tarde o temprano debiera llegar. Convirtiéndose en soldados que parten de Guatemala armados de su endeble -desde el punto de vista material - derecho a la vida en una misión de mantenimiento de paz en que el riesgo es elevadísimo -*“sobre todo si desconocemos las discrecionales ordenes que pudieran emanar de quienes dirigen la misión a partir de las llamadas REGLAS DE ENFRENTAMIENTO -ROE-”* y al propio tiempo desfilan ante la indiferencia de un Congreso de la República de Guatemala que ni siquiera ha

⁴⁹ Aunque sea un instrumento internacional de derechos humanos, no debe perderse de vista lo que con autorizada opinión señala **CARRILLO SALCEDO** respecto a las adversidades de este instrumento: “*En definitiva, es preciso tener siempre en cuenta que, a pesar de la innegable aportación de los numerosos tratados de los derechos humanos al desarrollo normativo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas a la dignidad de la persona humana la red convencional en cuestión constituye un conjunto heterogéneo y muy diversificado, y no un sistema jurídico homogéneo, tanto en lo que respecta al número de Estados obligados y vinculados convencionalmente como en lo relativo al alcance y contenido de las obligaciones asumidas por los Estados partes, que no son necesariamente homogéneas ni uniformes.*” **CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho internacional Contemporáneo.** p, 142.

⁵⁰ En: *Personalidad y Exclusión en derecho penal*, Op. Cit., p, 74.

ratificado el Estatuto de Roma, a pesar del dictamen favorable de su propia Comisión de Relaciones Exteriores.⁵¹

De ser real una conducta en apariencia excedida de los soldados, estaríamos ante una cuarta razón emergente para considerar la operatividad del Derecho Penal del enemigo en éste ámbito internacional, pues en el supuesto que no estuvieran excluidos funcionalmente en los términos generales de desprotección jurídica por la falta de reconocimiento internacional como sujetos de derecho planteada, los soldados como víctimas llegarían a excluirse de la protección por virtud de una orden discrecional o una orden engañosa que los colocase en la línea de fuego combativa para lo cual no han sido enviados –estos soldados de la “paz”- pues al fungir como atacantes, perderían o –funcionalmente- se *excluirían* del derecho a la garantía penal que nadie los ataque por virtud del tipo penal especial de crimen de guerra, a lo que JAKOBS llama: *exclusión de la víctima de un hecho no culpable*,⁵² en donde me parece

⁵¹ Según dictamen de fecha 5 de julio 2,005 emitido por esa Comisión del Congreso de la República de Guatemala se concluyó que: “*La Comisión de Relaciones Exteriores, encontrando que el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, es congruente y conforme a la Constitución de la República, constituye un instrumento fundamental para la convivencia pacífica de los Estados y realiza una aspiración de la comunidad internacional de contar con una Corte Penal Internacional permanente para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes mas graves de trascendencia internacional, emite DICTAMEN FAVORABLE para que el Pleno del Congreso decida conforme el artículo 171 literal 1), de la Constitución de la República, la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para que el Estado de Guatemala pueda adherirse y pase a formar parte de tan importante y trascendente institución.*” Este dictamen cuenta con la opinión favorable de instituciones internas relacionadas con el sector de Justicia Penal, entre ellas: Ministerio Público, Presidencia del Organismo Judicial y Ministerio de gobernación. Eventos de falta de voluntad política que dan la vuelta al mundo y que desde Alemania, por ejemplo, **GRAMMER**, nos lo recuerda: “En Guatemala el gobierno solicitó a la Corte de Constitucionalidad un dictamen sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma. El alto tribunal no ha formulado objeciones. Actualmente se ocupa del asunto el Congreso, donde por tanto los adversarios del Estatuto en cualquier caso han perdido fuelle al no poder esgrimir el argumento de la inconstitucionalidad. Los adversarios del Estatuto también temen que desaparezca la impunidad para los crímenes cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto. Mientras el ex golpista Ríos Montt lleve la voz cantante en el Congreso no se puede contar con que se vaya a examinar la ratificación.” **GRAMMER, Christoph. El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del Derecho Penal Internacional. El inesperado de éxito del Estatuto de Roma en América Latina.** En: Temas actuales de Derecho Penal Internacional. p, 49

⁵² Cfr. **JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión...** Op. Cit., p, 81. Aunque por supuesto JAKOBS en esta idea no se desprende de que en todo caso la titularidad del sujeto respecto del bien, radica en función de la norma que le confiere tal titularidad, así expresa: “*Hagamos un examen más exacto; hay un bien, por ejemplo, la propiedad, y este no debe ser lesionado. El titular del bien puede permitir su destrucción; si el bien esta en peligro, no sucede que todos deban ayudar al titular a salvarlo; únicamente se pretende que no tenga lugar la destrucción o la sustracción del bien. Por tanto desde el punto de vista del Derecho Penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste*

que, siguiendo las estructuras funcionales, los soldados como víctimas en un *rol social internacional "funcional"* comunicarían de manera *propensa*.

De de ser cierta la idea de que fueron los soldados guatemaltecos quienes atacaron en Garamba aquella trágica mañana, de tal ecuación sólo se extraería que, y si me lo permite el funcionalismo penal, los soldados simbólicamente: **SE ENCONTRARON DOBLEMENTE EXCLUÍDOS**, al acéfalo amparo vigente sin embargo, de una garantía *postmortem*: Su protección al derecho a la vida en el sistema de justicia de los derechos humanos que abrirá el campo de las reparaciones apercibiendo a defenderse internacionalmente al Estado de Guatemala y a la Organización de las Naciones Unidas.

Esto conduce, a una *propensión victimal normativa* que explicaré adelante, pero que a su vez abre una inquietud mayormente escudriñable y extraña: una *contrainclusión jurídica de extinción de la responsabilidad penal* – que en la teoría de Jakobs sería una exclusión legal- en donde, de víctimas propensas, posiciona a los soldados en beneficiarios de amnistía en caso cometan crímenes competenciales de la Corte Penal Internacional, vía las resoluciones 1422 y 1487 del Consejo de Seguridad de la ONU que adelante analizo.

sea respetado; dicho de otro modo, desde el punto de vista del derecho penal el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada;"
JAKOBS, Günther. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* En: *Funcionalismo en Derecho Penal...* Tomo I. p. 43.

II. La neutralización de la víctima a contraluz de la gama caracterológica del (Neo) Derecho Penal del enemigo o expansivo. Hacia la propensión victimal normativa

A. La víctima ante la oleada expansiva. Nugatoriedad de sus expectativas de reprotagonismo en un derecho penal internacional:

Prolija podría ser la exposición sobre las bases no sólo filosóficas sino también dogmáticas, empíricas y políticas que se decantan hacia la discusión del Derecho Penal del enemigo en el escenario internacional. Sin embargo, ese ímpetu podría conducir a perpetuar el inagotado e inaplazable debate en el que se encuentra históricamente empantanada la víctima en el Derecho Penal⁵³, sin que, por ésta breve justificación, se oriente a catapultar a la víctima a una ya demostrada disfuncionalidad *victimodogmática*⁵⁴.

Las recurrentes justificaciones de enfoque transpersonal a la *sociedad del riesgo* y a la *inseguridad global*, robustecen el papel protagónico del delincuente, ya clásico de por sí en el Derecho Penal y sobredimensionado en un Derecho Penal Internacional enzarzado a costa de muy sentidas demandas reivindicativas de tutela a los derechos humanos, en que, no obstante, no parece ser la víctima la preponderancia mas evidenciable sino el otorgamiento paternal hacia el propio derecho internacional, en una muestra muy elocuente de *autoprotección jurídica* a la que se acuña muy bien venida al caso la

⁵³ La reprotagonización de la víctima transcurre con lentitud, como nos lo recuerda **LANDROVE DÍAZ**, la internacionalización del movimiento asistencial a la víctima se alcanzó a partir del XI Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en 1,974 en Budapest, donde se consensuó que el resarcimiento de las víctimas constituye una exigencia de interés público, en que tal indemnización debía constituir un derecho y no una concesión *ex gratia*. **LANDROVE DÍAZ, Gerardo. La moderna victimología.** pp, 62 y ss.

⁵⁴ Reconociendo más bien, con la más profunda admiración, el alto altruismo –característico de los españoles- para responder ciudadanamente en casos críticos hacia las víctimas en un *asociacionismo victimal* puro. En profundidad humana y con lujo de sinceridad sobre la solidaridad hacia las víctimas desde la perspectiva social ciudadana: **PACHECO LÓPEZ, Iñigo. 11-M La respuesta.** Donde se destaca el tratamiento material y psicológico al que se volcó todo un pueblo en una trágica mañana madrileña.

característica funcional normativista de: *el derecho protege al propio derecho* de notoria ostensibilidad en la moderna internacionalización del quehacer penal.

Así pues, la inocuización de la víctima se mantiene ante la volatilidad del inflacionismo penal, fenómeno “connatural” del Derecho Penal Expansivo perceptible por sus muy propios signos, como lo describe MUSSIG:

“A través de una cada vez más densa gama de delitos de manifestación y de organización, el derecho penal de la sociedad civil sufre una transformación que lo convierte en un “derecho penal del enemigo”, la “modernidad” social institucionaliza bajo el eslogan de la “seguridad interior”, un estado de excepción” político como estándar jurídico-penal.”⁵⁵

Al hilo de lo anterior, poco puede esperarse de un derecho penal del enemigo, cifrado en la “**persona en derecho**”, para aquellos soldados que, además de no figurar su protección en un tipo penal en tanto sujetos pasivos – víctimas-, ante la frialdad mecánica y positivizada en norma que de por sí en el derecho penal del enemigo es intrascendente, resulta, al margen de éste, de imposible inclusión normativa,⁵⁶ abogándose en el derecho penal expansivo por todo un estudio y reestudio del *iter criminis* enfocado a los actos preparatorios peligrosos en franco *derecho penal de autor* de diagnóstico prospectivo, que al compás de su paso demoledor silencia un innegable pero endeble *iter victimae*⁵⁷.

⁵⁵ MUSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. pp, 12 y 13.

⁵⁶ Como lo ha puesto de manifiesto HERRERA MORENO: “la victimología denuncia hoy que la mencionada definición, precisamente originada en el momento histórico-dogmático de referencia, no solo es mecanicista y restringida, sino que a si mismo no obra con eficacia la necesaria concreción que la víctima.individuo requiere para la atención de sus necesidades y satisfacción de sus aspiraciones, en un Sistema penal construido en abstracto desde una perspectiva ex ante. En primera instancia, la concepción de la víctima como sujeto pasivo, en el campo de la Dogmática jurídico penal, ha acarreado la adopción de una perspectiva criminológica que ilumina estrictamente un parcial aspecto de la víctima como receptor paciente de la acción victimizadora. Esta concepción supone la ignorancia de un *iter victimae*, paralelo al *iter criminis* ya en su día admitido por los escolásticos.” HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*. p, 67.

⁵⁷ Partiendo de una identificación cualitativa entre Derecho Penal del enemigo y Derecho Penal expansivo, poco se avizora, a contra luz de sus especiales características, un desarrollo científico que repositone a la víctima en una cima protagónica. Así, se puede apreciar que ésta no pierde su carácter simbólico meramente representada en la sociedad -abstracto social- predeterminada, la cual queda

La irrelevancia victimal en la oleada expansiva y correlativa del Derecho Penal del enemigo, engendra una perversa indiferencia –quizá por ello silenciosa– que se deja ver ínfimamente traslucida y fugaz en los estudios modernos sobre la funcionalidad penal empecinados en la *pena* –como lo denuncia LAMPE⁵⁸– al ritmo de las más elementales características del derecho penal “actual” que, en lo atinente al derecho penal del enemigo, con claridad CANCIO MELIÁ las identifica en la tesis jakobsiana desprovistas de victimidad, siendo éstas: a) La constatación de un amplio adelantamiento de las barreras de la punibilidad; b) que las penas previstas son desproporcionadamente altas; y c) que incluso determinadas garantías procesales son relativizadas o suprimidas.⁵⁹

En conclusión, además de la pena como instituto formal de restablecimiento de la identidad normativa, juega un papel primordial el adelantamiento de la barrera de la punibilidad que se traduce, en palabras de POLAINO-ORTS, en una “*maximización de la seguridad de la víctima*” en donde, según él, con la aplicación de por ejemplo, medidas de alejamiento para casos muy puntuales, “*no subsistiría esa peligrosidad para la víctima*”⁶⁰;

satisfechamente equilibrada mediante la *imposición de la pena* en tanto mecanismo de *restablecimiento de la vigencia de la norma penal*, esto es, un hacerle justicia simbólica vía la punición, muy a tono del *pensamiento criminológico positivista*, ya arcaico, y denunciado en su día por un brazo importante de la *criminología crítica*.

⁵⁸ Quien concluye: “*toda la sistemática penal está dirigida al hecho de que la consecuencia jurídica de la que se trata es la pena (y no, por ejemplo, una reparación civil del daño o algo similar) y que ésta ejerce una influencia considerable sobre la vida social, como consecuencia real, a través de su amenaza y más aún a través de su imposición y ejecución.*” LAMPE, Ernest-Joachim. *Acerca de la fundamentación funcional del sistema del delito*. En: Cuadernos de política criminal, segunda época. No. 85. p. 87

⁵⁹ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. p. 54.

⁶⁰ POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*,.. Op. Cit. pp, 179 y 180. // Si bien éste noble autor –de todo mi respeto por cierto– plantea una incuestionable realidad, el riesgo de la víctima sobretodo en casos de violencia intrafamiliar, se aprecia como si la garantía de seguridad de la víctima *ex ante*, no pudiera ser proferido por un ordenamiento distinto al dimanante de la penalidad, lo que nos traslada inexcusablemente a reestudiar otros mecanismos de control social formal-normativo existentes y su eficacia. Todo lo cual deja entrever que la víctima, de mayor preocupación en POLAINO-ORTS, sigue en un estado subyacente, aunque la pasividad mecanizada de ser un simple sujeto pasivo tampoco podría ser utilizado por el Derecho Penal “normal” para jactarse de ser la panacea a la problemática de la víctima, de ahí que la propuesta del funcionalismo penal deba analizarse con la suficiente humildad científica.

consideración no exenta de imbricaciones que denostan sagazmente el etéreo simbolismo victimal acaso hoy más ritual y de recargado sentido inflacionario.

B. Requisitos normativos. Condicionamientos para ser víctima en un Derecho Penal expansivo: Condena social anunciada de la víctima:

Con todo, una escueta reminiscencia a la víctima ha esbozado JAKOBS, entendible bajo los supuestos funcionales ópticamente desenquistados e inadvertidos de *sustratum* victimológico que desvelan una tendencia reducida a su uso simbólico, perceptible especialmente en la subteoría sobre la *exclusión de la persona en derecho*; argumentación cifrada en el papel sincrónicamente preponderante de la norma y la pena. El profesor de Bonn, en su obra intitulada: *“Sobre el concepto de delito contra la persona”*⁶¹, sostiene que no es delito el homicidio por acabar con la vida humana sino por el derecho de la persona a mantenerse en su cuerpo⁶².

Este destello de Derecho Penal del Enemigo hace trágica y condena a su olvido a una, ahora simbólicamente protagónica víctima; en cuyo honor y expensas se aploma la carga social de un *riesgo social victimal colectivizado*, desde donde se dispara el ataque al potencial delincuente. Como con propiedad lo advierte HERRERA MORENO: *“Se deja en olvido, o al menos, no se enfatiza, que la*

⁶¹ Cfr. JAKOBS, Günther. *Sobre el concepto de delito contra la persona*. En: *Funcionalismo en Derecho Penal*. p. 431.

⁶² **“ni delinque el ser humano como esencia natural ni es la víctima de un delito contra la persona simplemente un ser humano. Más bien consiste tal delito en la lesión del vínculo jurídico, por lo que el resultado del delito es la lesión del derecho. Por ejemplo, el homicidio no es un delito porque acaba con una vida humana sino porque la persona tiene un derecho de mantenerse en su cuerpo; en concreto porque ese derecho forma parte de la personalidad. Ello significa que la lesión del derecho no se debe concebir como lesión de un cuerpo, sino sólo como ofensa del derecho a un cuerpo.”** De hecho, no hay que olvidar que en la noción del Derecho Penal del Enemigo, sus bases funcionales están orientadas a la *normativización de los conceptos penales*, en los que a mi modo de ver, se incluye el de víctima –a través de su estatismo: sujeto pasivo- ante lo cual explica POLAINO-ORTS, que a estos conceptos caracterológicos de la concepción funcionalista de la dialéctica delito/pena: **“se les libera de una carga de significado ontológica o naturalista, siendo creados en y para el derecho en cuanto sistema.”** Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel. *Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto*. En: *Funcionalismo en Derecho Penal...*, tomo II. pp, 66 y ss.

*víctima es la persona mas directamente signada por la perturbación, en un sentido simbólico no menos que material, puesto que es ella quien ha visto defraudada una concreta expectativa de comportamiento. A diferencia de la figura del infractor, subrayada hasta niveles histriónicos, la correlativa figura de la víctima queda, por el contrario, semienterrada en el fondo de una metáfora.”*⁶³

A la luz de ésta argumentación, con base sólida diría que los soldados guatemaltecos en el Congo, en tanto víctimas, adversarían lo que con optimismo, **IBÁÑEZ GUZMÁN**, percibe sobre la Corte Penal Internacional: “*se ha de observar que mediante este marco se ha de construir el sistema de derecho penal, cuyo centro, como se ha dicho en varias oportunidades, es la víctima*”⁶⁴

La desprotección en un tipo especial como el *crimen de guerra*, el cual debió albergar a nuestros soldados, descalificados en la protección que “bondadosamente” brinda a otros sujetos la Carta de las Naciones Unidas, hace merecedores a nuestros soldados de toda una requisitación normativa para asumirse víctimas la que nunca llegó, al tiempo que profetiza una similar condena excluyente al nuevo relevo militar así como a otras tropas de países hermanos. Suscitando con ello, una demarcación por demás salpicada de expansionismo penal indiferente hacia la victima enrolándola en un simbolismo victimizador como ocurrió con los 8 soldados guatemaltecos **-a propósito 5 de ascendencia maya-** en cuya memoria el Presidente de la República emitió el Acuerdo Gubernativo 24-2006 declarando **DUELO NACIONAL**⁶⁵, irónicamente desencantado por el Acuerdo Ministerial 10-2007 del Viceministro de Defensa Nacional que acuerda la **celebración del Día de Aniversario del Comando**

⁶³ **HERRERA MORENO, Myriam.** *Las categorías simbólicas en el pensamiento sistemático y penológico de Günther Jakobs.* En: Cuadernos de política criminal. No. 87. p. 39. Quien además hace las siguientes acotaciones: “*Desde un punto de vista estrictamente victimológico, cabe, por ello echar de menos un mayor relieve de la víctima en el plano de la comunicación normativa...*” “*pero si por razones de eficacia dogmática, se prefiere vincular el término víctima a su significado material, se incurre en un déficit cuando no se acuña una figura conceptual que refleje esa especial de víctima transida por lo normativo.*”

⁶⁴ **IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J.** *El sistema penal en el Estatuto de Roma.* p. 308.

⁶⁵ Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República, de fecha 25 de enero de 2,006 en memoria de los soldados: **AVELINO POP, XI CHÉ, TILOM PAAÚ, TEC CAAL, RAX HUL, GÓMEZ PÉREZ, HERNANDEZ ALONSO y MORALES GUZMÁN.**

Regional de Entrenamiento de Operaciones de Mantenimiento de Paz “CREOMPAZ para cascos azules”⁶⁶. Solo me resta preguntarme: ¿Y en dónde está el Acuerdo de la reparación a las víctimas?

C. La vida humana de la víctima y su protección en el sistema de derechos humanos: Barrera de choque de la expansión penal y puesta en evidencia de la ineficacia del Derecho Penal Internacional actual en el caso especial de los soldados guatemaltecos en el Congo:

Las precedentes acotaciones funcionalistas no presentan los mejores augurios para la víctima, menos aún congenian armoniosamente con el ya amplio contenido instrumental-legal y jurisprudencial de los Derechos Humanos en torno a la protección antropocéntrico-humanista de la persona, en cuya noción universal, si bien los Derechos Humanos reconocen la figura “jurídica” de la *personalidad*, ésta viene determinada por su esencia humana basada a su vez en la vida humana como derecho protegida con esmero por los sistemas de Derechos Humanos.⁶⁷

La única barrera de choque oponible al oleaje expansivo consiste en una mera garantía inherente radicada en el derecho humano a la vida que, por el solo hecho de constituir seres humanos los soldados, deviene aplicable a contrapeso de diagnosticados destellos de Derecho Penal del Enemigo en el difuso Derecho Penal Internacional.

⁶⁶ Acuerdo emitido el 29 de marzo de 2007 por Viceministro de la Defensa Nacional de Guatemala por cuya virtud decreta el día 1 de octubre de cada año para “festejar” el día de aniversario de la CREOMPAZ. Acuerdo que enaltece la ironía de un Estado que no ha sido capaz de descender del simbolismo y apegarse a una respuesta real a las víctimas indirectas; seguramente habrá disposición de fondos económicos para esta “celebración” pero no existe Acuerdo Ministerial o Gubernativo que fije “reparación” a las víctimas.

⁶⁷ Como lo destaca la jurisprudencia en el caso *Kindler c. Canadá*, párr. 13.1, según el Comité de Derechos Humanos, en que a pesar de la orientación estándar de la igualdad de importancia de todos los derechos humanos, siempre se destaca una especial connotación para el derecho a la vida, así en ese caso: “*El derecho a la vida es el mas esencial de estos derechos.*” Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano.* p. 97.

Esta justicia de los derechos humanos es solamente aplicable al caso que los soldados fuesen en verdad *propensas víctimas*, subrayando dos caminos: a) Un enjuiciamiento del Derecho Penal común por asesinato “común” a tramitarse bajo la hostil territorialidad y jurisdiccionalidad de la República Democrática del Congo, que a su vez supone una bifurcación: El difícil desplazamiento de las *víctimas indirectas* a aquella región y, la mas utópica probabilidad: la de encontrar a los responsables dentro del “Ejercito de Resistencia del Señor” en el Congo en una guerra que se vislumbra interminable; y b) Un ejercicio alternativo peticionario de reparación por violación al derecho humano a la vida de los soldados guatemaltecos al haber sido puestos en la línea de fuego sin las garantías mínimas de protección y reconocimiento jurídico que habría de solventarse ante el sistema universal de protección de los Derechos Humanos.

III. Un crimen de guerra: ¿Protección jurídico-penal suficiente para el sujeto pasivo? Alcances y dimensiones humanas de los soldados guatemaltecos en el Congo en su acepción victimológica

A. Antecedentes. ¿Mantener la paz o regular humanitariamente la guerra?:

Mi país, Guatemala, firmó la paz en 1,996 mediante los fuertemente apoyados por Europa: Acuerdos de Paz⁶⁸. Poniéndose fin al conflicto bélico y sus accesorios más próximos: Abuso sexual a mujeres, quema de comunidades, minas antipersonales, desaparición forzada, genocidio, etc. No obstante, la paz no ha sido firme; ni se mantiene, ni es duradera, a menos que por paz se entienda la mera deposición de armas⁶⁹.

No se duda de la destreza militar de nuestras tropas *kaibiles*, catalogadas como uno de los mejores ejércitos de tierra en el mundo. Calidades que encierran una rara relación: a) La utilización de una fuerza eminentemente de ataque y beligerancia como la *kaibil* entrenada precisamente para eso y, b) El hecho que se presuma, con indicios razonables, que dichos soldados

⁶⁸ Con un antecedente al que también debe guardársele fidelidad y reconocimiento, cual es, la Convención de Esquipulas II, con una visión integracionista fuertemente motivada por Oscar Arias, presidente de Costa Rica; en donde también se contó con la ya organizada Comunidad Europea.

⁶⁹ Actualmente mueren mas personas al día en Guatemala a manos de la delincuencia “común” u “organizada” que lo que moría en tiempos de guerra interna aunque la más descarada actuación de fuerzas policiales del propio Estado en la matanza de civiles reciente que involucra al propio Estado fue el caso de la ejecución de parlamentarios salvadoreños. Un dato nefastamente revelador por la Comisión de Esclarecimiento Histórico indica que fueron 626 aldeas masacradas; 1.5 millones de desplazados; 150,000 huyeron a refugiarse a México y más de 200,000 muertos y desaparecidos. En profundidad sobre el tema desde una óptica externa respecto de Guatemala, la interesante obra de **SANFORD, Victoria. *Violencia y genocidio en Guatemala.***// Pero la *rosa de la paz* se cambia ritualmente todos los días en el Palacio Nacional de Gobierno en honor a la paz en Guatemala invitándose a cambiarla, de preferencia, al funcionario o representante extranjero que esté de visita para así irradiar destellos simbólicos de la paz en Guatemala ante los ojos del mundo. ¿De qué paz se trata esto? ¿Está llamado el Derecho Penal a proteger la paz? ¿Están legitimadas nuestras tropas militares para ser emisarias de paz en el exterior?. Como parte del simbolismo de la paz, el Estado de Guatemala en la actual “post-guerra” se precia de tal legitimación pacífica, que debiera ser un requisito *sine qua non* de los Estados de paz “aptos” para acompañar misiones militares internacionales y colaborar con el cese de la guerra en otros países que no han alcanzado la deposición de las armas.

encontraron la muerte en operación de ataque, habiendo sido pradogicamente expedidos mediante Acuerdo Gubernativo número 92-2,005 para *ir a mantener una paz*⁷⁰ a la República Democrática del Congo que los remite a las Reglas de Enfrentamiento.⁷¹

⁷⁰ Mantenimiento de una paz a la que con sinceridad y parcial escepticismo desde la perspectiva teleológica atribuida a la Corte Penal Internacional **IBÁÑEZ GUZMÁN** añade: “*Algunos, desde otra óptica que en veces compartimos, adscriben a la existencia de la Corte el mantenimiento de la paz internacional, pues consideran que el hacer justicia cierra el capítulo de los hechos generados por los conflictos del pasado. Y decimos que en veces estamos de acuerdo con dicho planteamiento en consideración a que la paz no es solo la respuesta al interrogante y expiación del pasado, sino la generación de condiciones de vida hacia el futuro. Con todo, la verdad y la justicia restablecen la seguridad y, con ello, la prevención general que conduce a la teórica reprimenda mental, para el futuro.*” **IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. El sistema penal...** Op. Cit. p, 48.

⁷¹ De acuerdo con el Artículo 5 del Acuerdo Gubernativo por conducto del Ministerio de la Defensa Nacional de Guatemala, las tareas del contingente de éstos soldados era: a) realizar reconocimiento de cobertura de largo alcance; b) efectuar patrullas de cobertura hasta por 30 días de búsqueda de información; c) contactar y obtener información de la población local; y d) estar preparado para rescatar personalidades o personal de las Naciones Unidas, que se encuentren en situación de rehenes.

A esto debe sumársele otra rareza: las resoluciones 1422⁷² y 1487⁷³ del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que otorgan inmunidad a las misiones militares de Paz para evitar y no proseguir si fuera el caso, enjuiciamientos contra sus miembros por un tiempo determinado aunque

⁷² Resolución 1422 (2002) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4572a sesión, celebrada el 12 de julio de 2002, la cual reza: “*El Consejo de Seguridad, Tomando nota de la entrada en vigor, el 1º de julio de 2002, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (el Estatuto de Roma), Destacando la importancia que tienen para la paz y la seguridad internacionales las operaciones de las Naciones Unidas, Observando que no todos los Estados son partes en el Estatuto de Roma, Observando que los Estados Partes en el Estatuto de Roma han optado por aceptar su competencia de conformidad con el Estatuto y, en particular, con el principio de la complementariedad, Observando que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma continuarán desempeñando sus responsabilidades en el ámbito de sus jurisdicciones nacionales en relación con crímenes internacionales, Determinando que las operaciones establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se despliegan para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, Determinando también que redundan en interés de la paz y la seguridad internacionales dar facilidades a los Estados Miembros para que puedan contribuir a las operaciones establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, 1. Pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario; 2. Expresa la intención de renovar en las mismas condiciones, el 1º de julio de cada año, la petición que se indica en el párrafo 1 para períodos sucesivos de doce meses durante el tiempo que sea necesario; 3. Decide que los Estados Miembros no tomarán ninguna medida que no esté en consonancia con el párrafo 1 y con sus obligaciones de carácter internacional. 4. Decide seguir ocupándose del asunto.*”

⁷³ Resolución 1487 (2003) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4772a sesión, celebrada el 12 de junio de 2003, la que preceptúa: “*El Consejo de Seguridad, Tomando nota de la entrada en vigor, el 1º de julio de 2002, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (el Estatuto de Roma), Destacando la importancia que tienen para la paz y la seguridad internacionales las operaciones de las Naciones Unidas, Observando que no todos los Estados son partes en el Estatuto de Roma, Observando que los Estados Partes en el Estatuto de Roma han optado por aceptar su competencia de conformidad con el Estatuto y, en particular, con el principio de la complementariedad, Observando que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma continuarán cumpliendo sus obligaciones en el ámbito de sus jurisdicciones nacionales en relación con crímenes internacionales, Determinando que las operaciones establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se despliegan para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, Determinando también que redundan en interés de la paz y la seguridad internacionales dar facilidades a los Estados Miembros para que puedan contribuir a las operaciones establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, 1. Pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de 2003, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario; 2. Expresa la intención de renovar en las mismas condiciones, el 1º de julio de cada año, la petición que se indica en el párrafo 1 para períodos sucesivos de doce meses durante el tiempo que sea necesario; 3. Decide que los Estados Miembros no tomarán ninguna medida que no esté en consonancia con el párrafo 1 y con sus obligaciones de carácter internacional; 4. Decide seguir ocupándose del asunto.*”

prorrogable. A estas resoluciones subyacen fuertes señalamientos de la opinión pública internacional y de la propia UNICEF por violaciones sexuales a niñas, precisamente, en la República Democrática del Congo perpetrados por *casos azules*.⁷⁴

B. La propensión victimal normativa provocada en el estatus de misión de mantenimiento de paz respecto del tipo penal de crimen de guerra: ¿Un destello del derecho penal del enemigo?

La Victimología reconoce, en su construcción histórico-empírica, la existencia de tres categorías victimales: *la propensión victimal, la precipitación victimal y la víctimación culpada*⁷⁵. Una suerte de *híbrido* entre este tríptico victimológico se divisa en los soldados guatemaltecos a la que podríamos llamar con rigorismo ensayista: *propensión victimal forzada mediante precipitación normativa*, asentado en la idea que el trágico deceso fue propulsado mediante la mera *obligación -exenta de derechos protectivos-* de ser parte de una misión militar internacional, tampoco exenta de una fugaz pincelada de *víctima política* -atendiendo a **SCHAFFER**⁷⁶- vía la norma del Artículo 43 de la Carta de las Naciones Unidas que establece: “*Todos los Miembros de las Naciones Unidas, con e1 fin de contribuir al mantenimiento de la paz y*

⁷⁴ Con un enfoque periodístico documentado en lo legal, véase: **FRATTINI, Eric. ONU. Historia de la corrupción.** pp, 245 y ss.

⁷⁵ De acuerdo con la cual, aparecen en ese escenario factores endógeno-biológicos y factores exógenos de riesgo victimal. Bajo estos supuestos, habría que incursionar en éste último al que además conviene contrastar con el riesgo social que se acrecenta desmesuradamente con el riesgo en tiempo de guerra colocando en clave de *propensión hacia la victimización* en tanto blanco de más fácil alcance. Por otro lado, la precipitación victimal atiende el fenómeno victimológico en razón de la provocación contributiva a la realización del crimen y, finalmente, la víctimación culpada evoca la noción de una situación perjudiciosa sobrevenida por factores externos que pueden empujarla a la victimización, como lo explica **HERRERA MORENO**: “*La culpa no reside, entonces, en la víctima, sino en determinadas condiciones adversas de su hábitat y sociedad, que hacen posible la victimización. Circunstancias que no dejan de lamentarse, con la gravedad de un compungido TARTUFO, pero que, al venir inescindiblemente ligadas al estilo de vida y entorno circunstancial de la víctima, sirven óptimamente al verdadero empeño de reversión y descarga de responsabilidad sobre espaldas victimales.*” **HERRERA MORENO, Myriam. La hora de la víctima.** p, 174.

⁷⁶ **SCHAFFER**, citado por Herrera Moreno, contempla la categoría de víctimas políticas definiéndolas como aquellas que precipitan en algún sentido la acción a consecuencia de su posición ideológica opuesta a la del victimario. **HERRERA MORENO, Myriam. La hora de la víctima.**

la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales.”

El tipo penal de *crímenes de guerra* regulado en el Estatuto de Roma, se encuentra regulado Artículo 8. 2 (b) (iii) del Estatuto de Roma y prohíbe: *“Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados.”*⁷⁷

Al efectuar un ejercicio de tipificación, es necesario remitirse –tipo penal en blanco- a la Carta de las Naciones Unidas a efecto de indagar a quienes protege dicho instrumento internacional. De ésta abstracción se hace inteligible que las misiones de mantenimiento de paz adolecen del derecho de protección por virtud de la Carta⁷⁸, la que solo privilegia acciones de cruz roja y ayuda humanitaria en sentido estricto, excluidos a su vez del Derecho Internacional de los Conflictos Armados Internacionales.

Con lo cual, los soldados guatemaltecos dejaron de *comunicar cognitivamente*, fueron *excluidos* y trasportados a una dimensión –*jurídica*- “desconocida”, normativamente hablando, y se incorporaron a un estatus

⁷⁷ Esta descripción típica es prácticamente una réplica en lo que al conflicto de índole internacional se refiere, tal y como lo define **AMBOS**, “...el precepto distingue entre los crímenes cometidos durante un conflicto internacional (infracciones graves de los Convenios de Ginebra, art. 8, párr. 2 c), así como cualesquiera otras violaciones graves de las leyes y usos de guerra, art. 8, párr. 2 b) y aquellos delitos que son cometidos durante un conflicto dentro de un país (art. 3, común a los convenios de Ginebra, art. 8, párr. 2 c),...” **AMBOS, Kai. La nueva justicia penal internacional.** p. 94.

⁷⁸ Las fuerzas de paz de la ONU se rigen por estas normas básicas: Portan sólo armas ligeras; El uso de la fuerza se limita, exclusivamente, a la legítima defensa o en caso de impedimento del cumplimiento de las órdenes Por otra parte, las operaciones de mantenimiento de paz no están contempladas en la Carta de las Naciones Unidas y fue una técnica a la cual tuvo que recurrir la Organización para ayudar a paliar los conflictos surgidos durante la guerra fría.

internacional extrajurídico tan solo reconocidos por una misión internacional MONUC que a su vez no reconoce derechos sino que únicamente obligaciones que básicamente se contraen al acatamiento de órdenes militares de tinte discrecional. En otras palabras fueron soldados de la *dimensión jurídica desconocida*.

Dimensión propulsada a la precipitación victimal normativa por virtud de unas obligaciones que en su caso no tenían que cumplir y que de haber abierto fuego bajo un ambiguo “debieron enfrentarse” como explicó el Presidente de la República⁷⁹, si lo hicieron en legítima defensa la propensión victimal es innegable y si lo hicieron en seguimiento de órdenes discrecionales de las ROE, la precipitación victimal es latente, sumada también la “moderna idea que las tropas cada vez más usan las “facultades” de “disuasión” de la propia Carta de las Naciones Unidas⁸⁰.

⁷⁹ No se debe descartar aquí lo que sostiene la propia ONU al respecto en sus páginas electrónicas informativas: “*La autoridad para enviar o retirar a los contingentes de mantenimiento de la paz está en manos del gobierno que los aporta, al igual que la responsabilidad en relación con la paga y cuestiones disciplinarias y de personal.*” Transcribo en lo conducente la explicación del Presidente de la República de Guatemala contenida en el citado Acuerdo 24-2006 y que el mundo científico del Derecho Penal Internacional lo juzgue conforme a sus principios y sus conciencias: “Considerando: Que durante operaciones de reconocimiento en área cercana a la frontera con Sudan, fuerzas especiales del Ejército de Guatemala que participan en la Misión de Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC) debieron enfrentarse en combate ante un grupo extremista ugandés que durante varios días había aterrorizado a la población del Parque Nacional Garamba, resultando la muerte de ocho elementos del contingente nacional...”

⁸⁰ Los soldados de las fuerzas de mantenimiento de la paz, popularmente conocidos como los “cascos azules”, participan en operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz en condiciones que son negociadas cuidadosamente por sus gobiernos y permanecen bajo la autoridad de esos gobiernos. Las tropas y sus comandantes se despliegan en contingentes nacionales, que están bajo los órdenes del Comandante de la Misión en lo atinente a las cuestiones operacionales y, por su conducto, del Representante Especial del Secretario General.

IV. CONCLUSIONES:

- El Derecho Penal del enemigo es perceptible en el Derecho Penal Internacional de manera atenuada.
- El Derecho Penal del enemigo no debe entremezclarse en clave política ni identificarse con el lenguaje actualmente existente en el Derecho Penal Internacional a riesgo de inadvertir su esencia radical.
- Los soldados guatemaltecos ejecutados en el Congo adolecían de protección penal internacional: Fueron doblemente excluidos de un derecho penal internacional que se protege a sí mismo y que se advierte salpicado de Derecho Penal del Enemigo funcionalmente atenuado.
- Victimológicamente, los soldados guatemaltecos experimentarían una propensión victimal normativa con precipitación forzada de confirmarse la hipótesis de su incursión atacante en Garamba.
- La reparación a las víctimas indirectas de los soldados vía la justicia de Derechos Humanos tardía, puede, peligrosamente enaltecer, las ideas de adelantar las barreras de la punibilidad que caracterizan al radical Derecho Penal del Enemigo, las que desde ya latan en algunos crímenes internacionales pero que para el caso de los soldados guatemaltecos de igual forma fueron falibles.

V. **BIBLIOGRAFÍA**

1. ALCÓCER POVIS, Eduardo. *El Derecho Penal del enemigo ¿Realización de una opción político criminal o de una criminal política de Estado?* En: Artículos de Derecho Penal. Instituto de Ciencia Procesal Penal.
2. AMBOS, Kai. *La nueva justicia penal internacional*. Fundación Myrna Mack y PNUD. 1ª reimpresión. Guatemala, 2,002.
3. AMBOS, Kai. *La construcción de una parte general del derecho penal internacional* En: Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Honrad Adenauer Stiftung V. Uruguay, 2,005.
4. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. En: Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. 2,003.
5. CARO JOHN, José Antonio. *Sobre la recepción del sistema funcional normativista de GÜNTHER JAKOBS en la jurisprudencia penal peruana*. En: Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Tomo II. 2,003.
6. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*. Editoriales Tecnos. 2ª edición. España, 2,004.
7. DEMPSEY, James X. y RAMÍREZ CAMPOS, John. *La respuesta democrática al terrorismo*. F & G Editores. Guatemala, 2,002.
8. FRATTINI, Eric. *ONU. Historia de la corrupción*. Editorial Espasa Calpe, S. A. España, 2,005.
9. GARZÓN, Baltasar. *Un mundo sin miedo*. Editorial de Bolsillo. España, 2,006.
10. GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. *Estudios penales*. Editorial Colex. España, 2,001.
11. GRAMMER, Christoph. *El sistema del estatuto de Roma como fuerza motriz del Derecho Penal Internacional. El Inesperado éxito del estatuto de Roma en América Latina*. En: Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Honrad Adenauer Stiftung V. Uruguay, 2,005.

12. GRAZIOSO BONETTO, Humberto. *Las tendencias actuales de la filosofía del Derecho. Primera Parte: Del renacimiento del Derecho Natural*. En: Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. No. 48. Enero-Junio 2,004.
13. HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. (Trad. Patricia S. Ziffer) 1,997. 1ª reimpresión 2,002.
14. HERRERA MORENO, Myriam. *Las categorías simbólicas en el pensamiento sistemático y penológico de Günther Jakobs*. En: Cuadernos de Política Criminal. No. 87. España, 2,005.
15. HERRERA MORENO, Myriam. *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuidadoras en la post-modernidad penal*. Editorial Grijley. Perú. 2,002.
16. HERRERA MORENO, Myriam. *La Hora de la víctima. Compendio de victimología*. Editorial Edersa. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. España, 1,996.
17. IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. *El sistema penal en el estatuto de roma*. Universidad Externado de Colombia. 2,003.
18. JAKOBS, Günther. *Sobre el concepto de delito contra la persona*. En: Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. 2,003.
19. JAKOBS, Günther. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* En: Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. 2,003.
20. JAKOBS, Günther. *Personalidad y exclusión en derecho penal*. En: Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. 2,003.
21. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2,005. (Edición Thomson-Civitas, 2,003).
22. KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?* Editorial Leviatan. (traducción Leonor Calvera) Argentina, 1,991.

23. LAMPE, Ernest-Joachim. *Acerca de la fundamentación funcional del sistema de delito*. En: Cuadernos de política criminal. Segunda época. Editorial Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas. No. 85. España, 2,005.
24. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *La moderna victimología*. Editorial Tirant Lo Blanch. España, 1,998.
25. LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M. *La corte penal internacional. Justicia versus impunidad*. Editorial Ariel, S. A., España, 2,001.
26. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *Derecho Penal Parte General: Fundamentos del Derecho Penal*. Editorial Civitas. España, 2,001.
27. MUSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. 2,001.
28. MUÑOZ CONDE, Francisco José. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant Lo Blanch. España 2,001.
29. MUÑOZ CONDE, Francisco José. *Derecho Penal Parte Especial*. Editorial Tirant Lo Blanch. 15ª edición. España, 2,004.
30. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Compilación de Derecho Penal Internacional*. Colombia. 2,003
31. PACHECO LÓPEZ, Iñigo. *11-M La respuesta*. Editorial Acadap. España, 2,004.
32. PAZ y PAZ BAILEY, Claudia. *Derecho Penal como mecanismo de protección de los Derechos Humanos*. En: Asociación de Estudios Penales Pedro Dorado Montero. Universidad de Salamanca, España, 1,997.
33. PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. *El funcionalismo en la sociología actual*. En: Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. 2,003.
34. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal*. En: Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Tomo II. 2,003.

35. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos Científicos del Derecho Penal*. Tomo I. 5ª edición. Editorial Bosch. España, 2,004.
36. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El valor de la dogmática en el derecho penal*. En: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Editorial Civitas. España, 2,005.
37. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social del Derecho penal*. Centro de investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia. 2,004.
38. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Dimensiones básicas del derecho penal funcionalista: Especial referencia al concepto de persona*. En: Personalidad y capacidad jurídicas. 74 contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba. Tomo II. España, 2,005.
39. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Editorial Grijley. Perú. 2,006.
40. POLAINO-ORTS, Miguel. *Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto*. En: Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Tomo II. 2,003.
41. POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel. *Las insolvencias punibles en la encrucijada del derecho penal y del derecho mercantil*. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia. 2,005.
42. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del derecho penal*. En: Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Tomo II. 2,003.
43. RATZINGER, Joseph. *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*. Editorial Rialp, S. A. 1ª edición (1,993). 5ª edición (versión castellana realizada por José Luis del Barco) España, 2,005.
44. SANFORD, Victoria. *Violencia y genocidio en Guatemala*. Editorial F & G. 2ª edición. Guatemala, 2,004.
45. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal y persona*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina. 2,000.

46. VILCAPOMA BUJAICO, Walter. *La desmitificación del Derecho Penal moderno en la obra del profesor Polaino Navarrete*. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. No. 5. Perú, 2,004.

47. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Editorial Dykinson. España, 2,006.

Fuentes electrónicas:

- [<http://Losgenoveses.net/Oponion/Articulos/haciaunderecchopenal.html>]
- [<http://www.bastias.luis.com/writings/bastias/enefa2000.htm>] *La autopoiesis en la organización.*

Fuentes legales:

1. Estatuto Corte Penal Internacional
2. Acuerdos Gubernativos Guatemala 92-2005/18 marzo 2005 y 24-2006/25 enero 2,006.
3. Acuerdo Ministerial 10-2007/29 marzo 2,007 Viceministro de la Defensa Nacional de Guatemala.