



Doctorado en  
**DERECHO**

# **¿QUÉ TANTO DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EXISTE EN LA LEGISLACIÓN NICARAGUENSE?**

Artículo de investigación elaborado bajo tutoría académica  
para promocionar al Segundo año de los Estudios de Doctorado

**Autor**

MSc. Hardlen Bladimir Huete

**Tutora Académica**

Prof. Dra. María Asunción Moreno

Managua, noviembre 2011

## **Resumen**

El Derecho Penal además de su función de protección de los bienes jurídicos, cumple una función de garantía para los ciudadanos. Los principios, derechos y garantías constituyen los límites necesarios que tiene el derecho de castigar del Estado en un Estado Democrático y Social de Derecho, pero en el Derecho Penal contemporáneo han aparecido nuevas tendencias, entre otras, el Derecho Penal del enemigo, que pregona, entre otras características, eliminar o relativizar los límites necesarios de un Derecho Penal Democrático, por lo que es necesario conocer y analizar qué tanto de este último existe en la legislación Nicaragüense.

## **Abstract**

Summary Criminal law as well as its role in protection of legal goods, a role of guarantee for the citizens. The principles, rights and guarantees are necessary limits which have the right to punish the State in a democratic State and Social Law, but new trends among others have emerged in the contemporary criminal law, criminal law of the enemy, which preached, among other features, remove or diminish the limits necessary in a democratic criminal law, so it is necessary to know and analyse how much of the latter exists in legislation Nicaraguan.

**Palabras clave:** Derecho Penal, Derecho de castigar, Estado Democrático y Social de Derecho, Derecho Penal del Enemigo.

**Keywords:** criminal law, right to punish, State democratic and Social Law, criminal law of the enemy.

**SUMARIO:** Introducción.; I. El Estado Democrático y Social de Derecho y el Derecho Penal; 1.1. Derecho Penal Garantista; 1.2. Principales críticas al Derecho Penal Democrático; II. Los límites necesarios del derecho de castigar en el Derecho Penal Democrático. 2.1. Principio de dignidad humana. 2.2. Principio de lesividad. 2.3. Principio de legalidad 2.4. Principio de irretroactividad salvo cuando favorezca al acusado o condenado. 2.5. Principio de Proporcionalidad 2.6. Principio de culpabilidad 2.7. Principio de responsabilidad subjetiva 2.8. Principio de humanidad 2.9. Principio de responsabilidad personal 2.10. Principio de reconocimiento y protección de la víctima; III. Las Nuevas tendencias del Derecho Penal; 3.1. Derecho Penal simbólico, 3. 2. El Derecho Penal de las tres velocidades. 3.3. Derecho Penal del Enemigo. IV. Principales manifestaciones del Derecho penal del Enemigo en la legislación nicaragüense. 4.1. El adelantamiento de las barreras punitivas. 4.2. El establecimiento de penas altas y desproporcionadas 4.3. La relativización o eliminación de principios y garantías procesales. V. Conclusiones; VI. Referencias Bibliográficas.

## Introducción

La Constitución Política nicaragüense declara en su artículo 7 que Nicaragua es una República *democrática*, y a su vez en el artículo 130 señala que la nación nicaragüense se constituye en un Estado *Social* de Derecho, el *Estado Democrático* se identifica con la idea de poner el Estado al servicio de la defensa de los intereses del ser humano, y el *Estado Social* tiene como fines esenciales la promoción de la prosperidad y bienestar de la sociedad.

En este artículo de investigación, el objetivo central de este trabajo es que una vez descrito, tanto el derecho penal democrático como el derecho penal del enemigo, analizar si en la legislación nicaragüense, encontramos o no manifestaciones del derecho penal del enemigo, y cuáles de sus características se han positivizado en nuestro contexto legislativo.

En el derecho penal actual se ha propuesto desde la doctrina científica el denominado derecho penal del enemigo, lo que ha dado lugar a una cierta discusión entre los penalistas, discusión la cual versa, desde una posición defensiva, en establecer que en la realidad legislativa existe el derecho penal del enemigo, pero que también tiene una justificación teórica y práctica; desde una posición crítica y mayoritaria, se analiza y se critica el derecho penal del enemigo desde los principios, derechos y garantías constitucionales, y se llega a cuestionar su constitucionalidad y sus fundamentos iusfilosóficos.

Esta discusión científica se ha tornado más viva, posterior a los actos terroristas del 11 de septiembre del 2001 en la ciudad de New York en los Estados Unidos de Norteamérica en donde se privó de la vida a casi tres mil personas, además de la destrucción de las torres gemelas y el ataque al pentágono; el ataque terrorista en la ciudad de Madrid España el 11 de marzo del 2004; el ataque terrorista en la ciudad de Londres Inglaterra el 7 de julio del 2005, pero la venganza (lo que ellos llaman justicia) de estas potencias no se hizo esperar, sobre todo la de los Estados Unidos de Norte América, cuando se declaró la “guerra” al terrorismo, con terrorismo de Estado, sirvió para justificar la invasión a Irak y Afganistán, pero dentro de lo perverso lo más perverso son los instrumentos jurídicos que nacieron para reprimir como la *act patriotic* y muchas leyes especiales que tienen como predominio la represión y la violación flagrante de los principios, derechos y garantías de los ciudadanos.

El punto de quiebre de esta “guerra” contra el terrorismo sin lugar a dudas lo tuvo con los prisioneros de Guantánamo, a los cuales se les ha negado los principios, derechos y garantías básicos que integran el proceso penal debido, entre otros, el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser presentado ante una autoridad judicial competente, el derecho a conocer los cargos por los cuales se les acusan, el derecho a la contradicción de las pruebas de cargo, el derecho a no ser objeto de torturas u otros tratos crueles, inhumanos, o degradantes de su dignidad personal, el derecho a la comunicación con un familiar o abogado, el derecho a abstenerse de declarar, y a no declararse culpable.

Es importante, que conozcamos este tema porque como ciudadanos debemos estar atentos con redobladados cuidados y reservas, ya que si el derecho penal en sí mismo es violencia institucional, el derecho penal del enemigo es más que violencia institucional, ya que este no considera persona a un ser humano, sino que es un enemigo, y no cualquier enemigo sino el más “peligroso”.

En muchos países del mundo, entre otros, Alemania, España, Colombia, el Salvador y Costa Rica se ha avanzado en detectar a nivel legislativo manifestaciones del Derecho Penal del enemigo, pero en el caso de Nicaragua, es inexistente un análisis de la legislación vigente desde una perspectiva doctrinal, constitucional y de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Inicié la presente investigación con la lectura y análisis de la doctrina científica más autorizada sobre todo la extranjera sobre el tema, ya que en la doctrina nacional este tema es inexistente, de igual manera, revisando y analizando las posiciones de los diversos autores sobre los que ellos consideran que son manifestaciones del derecho penal del enemigo en sus respectivas legislaciones.

Por ello me he propuesto, en primer lugar, analizar como el derecho penal se inserta en el modelo de un Estado Democrático y Social de Derecho, cuál es su génesis, y sobre hoy en día que se habla en la doctrina científica de la crisis del derecho penal cuáles son las principales críticas al mismo al denominado derecho penal democrático; en segundo lugar, partiendo del derecho a castigar que tiene el Estado es necesario conocer que este no es absoluto, y que por lo tanto, tiene límites necesarios que están expresa o implícitamente establecidos en la Constitución Política y en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos.

En un tercer apartado, describo cuales son las nuevas tendencias del derecho penal de hoy como son el derecho penal simbólico, el derecho penal de velocidades, y sobre todo describir las características esenciales del derecho penal del enemigo desde la tesis planteada por JAKOBS; en un cuarto apartado, que es donde se centra nuestro esfuerzo es en exponer si existen o no manifestaciones del denominado derecho penal del enemigo en la legislación penal y procesal penal Nicaragüense, cuáles son sus principales manifestaciones, y si estas se justifican, desde nuestra norma suprema y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Finalmente en quinto lugar expongo las conclusiones a las que llegué; y en un sexto y último punto las referencias bibliográficas que usé en el presente artículo académico, esperando del lector del mismo que juntos logremos parafraseando a RADBRUCH algo más que un Derecho Penal, un Derecho Penal más humano.

## **I. El Estado Democrático y Social de Derecho y el Derecho Penal**

Como lo señala **Luzón Peña (1995, p.80)** la concepción del Estado democrático de derecho, como síntesis de las anteriores (Estado Liberal y Estado Social) legitima el derecho penal en tanto sea estrictamente necesario para la protección de los intereses esenciales de los ciudadanos, es decir, de los bienes jurídicos, que representan posibilidades de participación de los ciudadanos en la vida social, pero aquí hay tanto intereses individuales como colectivos.

En igual sentido **Mir Puig (1998, p.74)** manifiesta que la idea de Estado Social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran entorno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del Estado Democrático obliga en lo posible a poner el derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano.

Según lo ha señalado **Muñoz Conde, (2009, p. 56)** que el Derecho penal está caracterizado por ser primordialmente la culminación de todo un sistema jurídico, que es dirigido a la protección de intereses y derechos fundamentales, para el individuo (individuales) y para la sociedad en su conjunto (colectivos), a esta protección de intereses y derechos fundamentales la teoría del bien jurídico los ha convertido en bienes jurídicos, otorgándoles la máxima protección, pero por supuesto en la medida en que éstos a través de su proceso de normativización, son reelaborados en función de las necesidades específicas de cada época y región.

En la actualidad hay diversas reflexiones en el derecho penal, que señalan la vaguedad en el concepto mismo del bien jurídico y la manipulación de la que puede ser utilizado éste; su esencia, sabemos, deriva de la protección que el mismo legislador es quien se la otorga, es decir, el concepto normativo de bien jurídico penalmente protegido es una creación artificial propiamente dicho, que puede ser reelaborado, manipulado e incluso pervertido en sus elementos esenciales.

De la discusión que existe respecto de qué bienes jurídicos pueden o deben ser los penalmente protegidos, es de donde partiré, en razón de que como más adelante lo desarrollaré, es una de las tesis que se manejan como punto de partida respecto de los conceptos y formas de aparición del “moderno” derecho penal, entendiendo que éste se está alejando del ideal del clásico derecho penal y así de sus ideas de certeza y subsidiariedad, ya que estas nuevas tendencias por un lado, para algunas es posible y factible la creación de nuevos intereses o bienes jurídicos (expansionismo o en algunos casos intensificación) y para otro sector de la dogmática sin embargo, ya no es necesaria la concepción propia del bien jurídico sino más bien la vigencia de la norma, asegurando con esto la estabilidad de la misma.

### **1.1. Derecho Penal Garantista**

Conocido con diferentes denominaciones, con sus orígenes en acontecimientos sociales tan importantes como la Revolución Francesa y al principio de legalidad como uno de sus primeros pilares limitando el poder del Estado en su sentido más duro y estricto, en que este no pueda actuar ilimitadamente en perjuicio de sus gobernados.

El garantismo lo podríamos clasificar y caracterizar por ser un derecho penal demasiado formal y con cierta rigidez en su actuar, es decir, auto limitado en su esencia, la concepción clásica del garantismo es que ciertamente es un modelo violento de represión, pero también un instrumento de garantía de la libertad ciudadana, y como tal es indispensable para asegurar la convivencia; lo que no quiere decir que sea autónomo, sino un eslabón de la cadena; como última medida para la solución de los problemas sociales.

Recordemos que ya desde los años 70 el profesor **Roxin Claus (1997, p. 216)** veía ya la necesidad de incluir en la elaboración de la dogmática de la teoría del delito finalidades político-criminales, por otro lado en los 80 la escuela de Frankfurt advertía los problemas que presuponía una política criminal que quisiera resolver los problemas del derecho que no son propios del derecho penal con el derecho penal, lo que desde luego presupone, un peligro objetivo para los principios, derechos y garantías de la persona humana frente al poder punitivo del Estado, el carácter de última medida y el principio de intervención mínima del derecho penal.

Las críticas al garantismo parecen no acabar, el profesor **Díez Rípollés (2006, p.8)** y su modelo “bienestarista” del derecho penal señala que este “...modelo ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios político criminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal...”. Éste señala como pecado original del garantismo al inmovilismo y lo ejemplifica en tres aspectos torales:

- El desprecio a todo lo que suponga abandonar sus principios.
- El principio de intervención mínima como la principal base del garantismo.
- La correcta interpretación de las leyes como directriz de la correcta aplicación de las leyes.

A estas cuestiones me gustaría evocar una cita de **Muñoz Conde (2009, p.65)** que expresa a la letra “...A mi me preocupa que incluso para un sector de la criminalidad, se pueda renunciar al garantismo...”, es decir, no asustan los planteamientos novedosos con el objetivo de seguir garantizando la convivencia o el bienestar social, al fin esos son ideales del derecho penal clásico, lo que verdaderamente preocupa es que ante la carrera por alcanzar dichas creaciones estructurales o “novedosas teorías” violentemos principios fundamentales o los reduzcamos a su mínima expresión, que legitimemos o autoricemos al Estado, para con el pretexto de garantizar la “seguridad ciudadana” pueda violar las garantías individuales de sus gobernados, eso si verdaderamente preocupa y es lo que a toda costa debemos tratar de impedir los que bajo los principios de un derecho penal clásico, nos empezamos a desarrollar académicamente.

Es así que podemos ver al garantismo como una instancia de transformación social, siempre y cuando contemos con la garantía del aparato político, es decir, la garantía de los poderes públicos de una fidelidad y garantía social permanente.

### **1.3 Principales críticas al Derecho Penal Democrático**

Como expresa el profesor **Barratta, (1997, p.123)** son cuatro las principales críticas que se le han formulado al Derecho penal democrático, el uso excesivo de la sanción privativa de libertad, la estigmatización derivada de la acción del sistema penal, el fenómeno de la prisionalización, y la cuestionada legitimidad del sistema penal, a saber:

#### **1.3. 1. El uso excesivo de la pena de privación de libertad**

La sanción penal en sus variantes más severas, me refiero a la pena privativa de libertad, a la pena de muerte o cadena de perpetua donde existen (como se sabe por disposición constitucional expresa en los artículos 23, 36 y 39 en Nicaragua no hay pena de muerte ni cadena perpetua), representa una peculiar cirugía social en la que los cirujanos y sus instrumentos (sistema penal) extirpan una parte del cuerpo social (el justiciable) que ha demostrado con su comportamiento (el acto delictivo) ser portador de determinada “malignidad social”. La anterior alegoría nos evoca el inmenso riesgo de los remedios violentos, los que sólo deben utilizarse en situaciones extremas para las que no existan alternativas posibles.

Los representantes de la dogmática penal partidarios del recrudecimiento de la pena privativa de libertad parecen desconocer que a pesar de todas las sanciones penales aplicadas hasta el momento, la cuota de reincidencia delictiva permanece extraordinariamente alta; por ello con razón se afirma que la variante de reacción social

caracterizada por el aumento indiscriminado del rigor penal sólo conduciría a un sobredimensionamiento del Sistema de Justicia sin la correspondiente reducción del fenómeno criminal.

Las autorizadas opiniones de **Roxin (1997, p. 141)** expresan que “se espera demasiado cuando se supone que a través de las penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente”. El mencionado científico expresa su distanciamiento del incremento en el volumen de aplicación de las penas privativas de libertad, lo que argumenta a partir de cuatro inconvenientes de este tipo de sanción:

- Resulta difícil educar para un comportamiento adecuado en sociedad a partir de condiciones de encierro radicalmente distintas a la vida en libertad.
- La pena privativa de libertad posee un efecto disocializador, al sustraer al recluso de sus vínculos comunitarios normales.
- Se produce un efecto de “infección criminal” motivado por los contactos e intercambios con los demás reclusos, reforzándose y profundizándose la deformación personalógica.
- El enorme coste financiero que significa para la sociedad mantener el funcionamiento del sistema penitenciario.

No resulta novedosa la afirmación de que la realidad carcelaria ha evidenciado una amplia pobreza en el desarrollo de la pretendida capacidad resocializadora de la pena privativa de libertad. La alta cuota de reincidencia y el ostensible engrosamiento de la carrera criminal de los penados demuestran el fracaso de la cárcel como instrumento de control social, entre otras razones porque “no se puede segregar personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas”. Se demuestra con lo valorado hasta el momento, que la pena de privación de libertad debe ser usada en última instancia por la agencia judicial del Sistema Penal; teniendo en cuenta que a esta reacción enérgica sólo conviene recurrir en los casos que sea útil y necesario, pues su empleo exagerado implica una saturación penitenciaria, que a la postre desvirtúa la utilidad y pertinencia del control social punitivo.

### **1.3.2. La estigmatización derivada de la acción del Sistema Penal**

Conjuntamente con la aplicación de una sanción penal, encontramos un resultado no declarado ni perseguido por la reacción formal ante el delito; me refiero a la estigmatización como efecto residual de la acción del Sistema Penal. La violencia o intimidación que implica la pena privativa de libertad significa una afectación corporal o limitación física de movimientos que se concentra en una temporalidad determinada; sin embargo, la estigmatización se entroniza como una consecuencia social que permanece visible en el medio y en el tiempo, pues “trasciende el eventual cumplimiento de la pena formal, deviniendo en una sanción casi perpetua y de erosión lenta”. La estigmatización como “corolario informal de la reacción formal contra el delito”, constituye un sufrimiento impuesto al justiciable que como padecimiento queda fuera del control y de las intenciones del Sistema Penal. Si consideramos que la persona es un sujeto social y que la estigmatización afecta precisamente su condición de ser social, podrá comprenderse en parte la trascendencia que para la actividad del acusado (tanto laboral, social, comunal, etc.) tendrá este proceso colateral dañoso.

Como consecuencia de la estigmatización, aparece la reducción de la autoestima de la persona y consecuentemente la autoestigmatización. Más allá de la marginación real a que

lo somete su medio social, comienza en el individuo un proceso de automarginación, generado por una autovaloración como ente anómalo, negativo y extraño al conglomerado social. Sus intereses vitales se atemperan a esta percepción negativa y como resultado la persona estructura su actuar, proyectándose al cumplimiento del comportamiento antisocial que se presupone o se espera de él, en consonancia con la estigmatización y la autoestigmatización a que está sometido, produciéndose así la desviación secundaria.

### **1.3.3. El fenómeno de la prisionalización**

Los resultados destructivos de la cárcel sobre la personalidad del ser humano sometido a sanción de privación de libertad son conocidos como efectos de prisionalización. Tales consecuencias negativas poseen índole diversa, destacándose los daños psicológicos y los daños sociológicos; en el caso de los primeros se manifiestan los estados depresivos y angustiantes y en lo que respecta a la óptica sociológica se pueden valorar como resultados dañosos la asunción de puntos de vista, valores y normas propios de la subcultura carcelaria basada en las informales relaciones de poder y violencia que se estructuran jerarquicamente en el contexto penitenciario.

Según **Baratta, (1995, p. 174)** la socialización negativa existente en los centros penitenciarios, se configura a través de dos procesos: uno de “desculturización” y otro de “culturización”. La “desculturización” acontece como consecuencia de la desadaptación a la vida en libertad por la pérdida de los referentes sociales relacionados con los valores y modelos de comportamiento propios de la vida social normal. Mientras la “culturización” es identificada por este autor con la prisionalización, proceso en que los antiguos referentes sociales son sustituidos por actitudes, formas de comportamiento y valores propios del ambiente carcelario. El “aprendizaje adaptativo” de la cultura dominante en la prisión contrarresta las pretensiones reeducativas y resocializadoras de la pena de prisión, poniendo en crisis de legitimidad la propia sanción de privación de libertad.

### **1.3.4. La cuestionada legitimidad del Sistema Penal**

A modo de resumen sobre las críticas dirigidas al ejercicio del Derecho Penal democrático conviene explicar que la suma e interacción de todas ellas han desatado un cuestionamiento más o menos exacerbado referido a la actuación del Sistema Penal. La literatura al respecto habla de una crisis de legitimidad en el ejercicio del Control Social Punitivo, aludiendo que los daños resultantes del quehacer penal (excesivo uso de la sanción de privación de libertad, estigmatización, prisionalización, etc.) no justifican los reducidos resultados controladores reflejados en el progresivo deterioro de la disciplina y estabilidad social y en el aumento de la reincidencia y la multireincidencia en las sociedades actuales.

La legitimidad en la actuación del Sistema Penal debe estar avalada por una racionalidad teórica y fáctica. Percibo la racionalidad teórica en dependencia de la estructuración coherente y diáfana del discurso jurídico-penal destinado claramente a justificar los fines de control social y de protección de las personas; con el mayor acercamiento posible de la proyección del “deber ser” del sistema a las condiciones reales de vida, lo que significa la existencia de una teoría jurídico-penal que posea un alto grado de realismo social, garantizando así su posibilidad de aplicación.

Por su parte la racionalidad práctica descansa en el cumplimiento real del fin y las funciones del sistema, por tanto, el Sistema Penal podrá ser considerado legítimo desde el momento que consigue regular los conflictos de naturaleza penal a él sometidos, restableciendo el



orden y la coexistencia social mediante la protección, prevención y orientación conductual. Lo anterior se traduce en el sentido de que el Aparato de Justicia Penal consigue ser fácticamente racional y consecuentemente legítimo en la medida que demuestra poseer la operatividad social para lo cual se encuentra destinado, minimizando la violencia social a través de una actuación ponderada y garantista.

## **II. Los límites esenciales al Derecho de castigar en el Estado Democrático y Social de Derecho**

El Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico del país se subordina a la Constitución Política del Estado de modo que su contenido formal y material tiene ese marco que podemos llamar con **(Larenz, 1974, p.125)** "Decisiones de valor y Principios propiamente dados en la totalidad del orden jurídico. En nuestra Carta política de 1987 en su Título I Capítulo Único, de manera meridiana se señala que entre otros principios el fin máximo de la sociedad y del Estado es el respeto a la dignidad de la persona humana, y en el Título IV Capítulo I reconoce un abanico de derechos individuales.

Por otro lado los artículos 7 y 130 de la citada norma fundamental definen al Estado como uno Democrático y Social de Derecho, organizado según el principio de independencia y coordinación armónica de poderes estaríamos ante un modelo liberal y democrático de Derecho.

De lo anteriormente señalado y teniendo al frente las notas distintivas de carácter constitucional el Derecho Penal a decir de **Jakobs, (1985, p. 122)** en su Tratado de Derecho Penal, la legitimación material reside en que la leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado.

El derecho de Castigar que tiene el Estado, queda limitado antes que nada por su legitimación democrática y social, que hace que toda ley penal - única fuente de Derecho Penal – debe tener origen legislativo (democrático) y responder a verdaderas necesidades sociales (Estado Social) de tutelar los bienes jurídicos que la sociedad en su conjunto estima valioso: "*Nulle Lex Poenalis Sine Necessitate*".

La definición de un Derecho penal mínimo como modelo ideal de Derecho penal ha vuelto a traer a la palestra la discusión acerca de los medios para limitar el poder de punir, esta vez con nuevas interrogantes. En esta línea, **Sánchez Silva (1992, p.22)** afirma que "el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos vías: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales". Con ello, el autor citado convierte en fines de un Derecho penal democrático los tradicionalmente conceptuados como límites al *ius puniendi*.

Del análisis de la postura aludida, refleja más una necesidad o un deseo que una realidad. En primer lugar, porque el contenido concreto y la capacidad punitiva de un Estado no pueden predicarse con carácter general para todos los Estados ni para todos los ordenamientos. Sólo el modelo democrático de Estado permite limitar convenientemente el ejercicio de poder que implica el derecho penal; pues sólo en los sistemas democráticos, fruto del equilibrio de poderes, el poder está limitado fáctica, política y jurídicamente. Del mismo modo que las autolimitaciones del poder no suelen ser efectivas, los límites internos del derecho penal históricamente tampoco lo han sido en exceso. Precisamente ha sido la pretensión de otorgar al concepto de bien jurídico una función limitadora del *ius puniendi*, una de las razones por las que esta figura ha sufrido graves críticas de legitimación y de

utilidad. Tampoco han sido adecuadas a esta necesidad limitadora del *ius puniendi*, las tradicionales teorías acerca de los "fines de la pena", puesto que, el fin -cualquiera que sea- no tiene límites en sí mismo sino que, más bien al contrario, tiende a autosatisfacerse por cualquier medio.

Ahora bien, y a manera de adentrarme al tópico que me ocupa en este apartado, podemos recordar que el *ius puniendi* o poder punitivo, es la facultad del Estado de establecer delitos y sanciones, así como la potestad de imponer estas sanciones a los gobernados. Siendo ello así la legitimidad del Derecho Penal o del poder punitivo del Estado proviene de la Constitución, pero junto a esta legitimación extrínseca hay también una legitimación intrínseca, representada en una serie de principios específicos que inspiran y limitan su actuación.

Algunos autores suelen llamar a éstos cotos normativos al poder de castigar del Estado, como límites legales y referenciándonos con el Código Penal de nuestra República Nicaragüense, tenemos que el código formaliza una retahíla de normas rectoras que presentadas como una escolta al catálogo de ilícitos, sirven pues de luz sempiterna y de fuente primigenia y casta de alcances jurídico penales.

Presento a continuación una clasificación aceptada mayoritariamente por la doctrina, donde los principios del Derecho penal, son englobados de acuerdo a la limitante que generen, ya sea al legislador, al Estado y por último al juzgador; salvando aquí, que en nuestro Código penal encontraremos de manera explícita todos ellos.

Todos estos principios, derechos y garantías, vinculan tanto al legislador, como al juez.

Previo a este análisis, quiero expresar que estaré utilizando la terminología que utiliza la Constitución Política de diferenciar entre un principio, un derecho y una garantía, aunque el Código Penal y el Código Procesal Penal tienden a utilizar como sinónimos garantías y principios.

Los principios están establecidos en el artículo 5 de la Constitución Política, entre otros, la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, y pueden definirse con **Campos Bidart (1969, pág. 73)** como aquellos que encierran la presentación política del tipo de organización estatal que elegimos, hacia adentro (ciudadanos habitantes del país) y hacia fuera (otros estados extranjeros o residentes fuera de su ámbito de vigencia).

Los derechos individuales están establecidos a partir del artículo 23 de la Constitución Política, entre otros, el derecho a la vida (artículo 23 de la Constitución Política), derecho a la libertad individual (artículo 25.1 de la Constitución Política), el derecho a la seguridad (artículo 25.2 de la Constitución Política), derecho a la inviolabilidad de su domicilio (artículo 26.2 de la Constitución Política), derecho a la igualdad (artículo 27 de la Constitución Política), y se pueden definir con **Campos Bidart (1969, pág. 73)** como aquellos que importan el reconocimiento de los atributos esenciales que poseen las personas integrantes de la comunidad nacional.

Las garantías mínimas están establecidas en el artículo 34 de la Constitución Política, entre otras, la garantía de inocencia, la garantía a ser juzgado sin dilaciones, la garantía al juicio por jurados, la garantía de defensa, la garantía de legalidad, y se pueden definir con **Campos Bidart (1969, pág. 73)** como aquellas que representan las seguridades que son concedidas (facultades) para impedir que el goce efectivo de esos derechos sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya en forma de limitación de ese poder o de remedio específico para repelerlo.

## **2.1. Principio de la dignidad humana**

El respeto a la dignidad de la persona humana según el artículo 5 de la Constitución Política es un principio de la nación Nicaragüense, es la finalidad toda del derecho, es y debe ser la base de donde deben partir los principios, derechos y garantías del Derecho Penal, se extiende a la aplicación y vigencia de todos los principios, derechos y garantías limitadores del derecho de castigar.

Es una obligación de un Estado Democrático y Social de Derecho garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana de ahí que se prohíbe en el artículo 36 de la Constitución política que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, nadie será sometido a torturas, procedimientos, penas, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, la violación de este derecho constituye delito y será penado por la ley.

En particular son incompatibles con el principio de respeto a la dignidad de la persona humana, las penas corporales, el carácter deshonoroso de las penas, la eficacia etiquetadora y estigmatizante de los antecedentes penales.

La Constitución Política consagra disposiciones propias del reconocimiento de la dignidad humana, así en los ya citados artículos 5 y 36, en el artículo 23 de la Constitución Política establece que el derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana, en Nicaragua no hay pena de muerte, o en el artículo 39 de la Constitución Política que reconoce el carácter humanitario que debe tener el sistema penitenciario, lo mismo se expresa en el artículo 4 del Código Penal a la letra:

El Estado garantiza que toda persona a quien se atribuya delito o falta penal tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán imponerse penas o medidas de seguridad que impliquen torturas, procedimientos o tratos inhumanos, crueles, infamantes o degradantes.

En el artículo 3 del Código Procesal Penal se establece el respeto a la dignidad humana:

En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan y en condiciones de igualdad.

La Constitución Política es expresa al establecer el respeto a la dignidad humana como un principio, así mismo lo desarrollan como un principio, tanto el Código Penal, como el Código Procesal Penal.

## **2.2. Principio de lesividad**

Desde este principio se puede concebir el delito como conducta externa que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados, es decir, no hay delito sin lesión o peligro, esto es, un valor o interés que el legislador, en atención a su importancia, ha decidido proteger por medio de la pena.

Como antes se expresó este principio de lesividad vincula al legislador en tanto que sólo la tutela de bienes jurídicos le autoriza a calificar una conducta como delictiva, por lo tanto, este principio de lesividad prohíbe la creación de tipos penales puramente formales o con escaso contenido de injusto, o por cuestiones de marginales o de moralidad, es decir, carentes de un bien jurídico digno de tutela penal como por ejemplo el tipo penal de incesto del artículo 173 del Código Penal.

El principio de lesividad se opone a las presunciones de peligro, la peligrosidad concreta o abstracta de los delitos de peligro hay que constatarla.

La Constitución Política aunque no consagra disposiciones propias del principio de lesividad este puede deducirse implícitamente del artículo 34.11 de la Constitución Política que establece la garantía de legalidad penal, a la letra en lo pertinente:

Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

11) A no ser procesado ni condenado por acto u omisión...

Se establece de forma expresa en el artículo 7 del Código Penal a la letra:

Sólo podrá ser sancionada la conducta que dañe o ponga en peligro de manera significativa un bien jurídico tutelado por la ley penal.

Como la Constitución Política no consagra disposiciones propias del principio de lesividad, el Código Penal lo establece como un principio en su artículo 7.

### **2.3. Garantía de legalidad penal**

La Ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad. Esa función suele expresarse en la máxima "*Nullum crimen, nulla poena sine lege*". Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del Derecho Penal. La jerarquía constitucional de éste precepto es hoy en día indiscutida (artículo 34 numeral 11 de la Constitución Política). No sólo rige respecto de las sanciones propiamente penales, sino de toda sanción (inclusive las administrativas y disciplinarias) que pueda aplicarse por una lesión del ordenamiento jurídico.

La garantía de legalidad penal entraña en su contenido, cuatro garantías básicas e indisolubles al mismo en que se concreta esta garantía, las cuales parten desde una garantía criminal, una garantía penal, una garantía jurisdiccional o judicial, y una garantía de ejecución.

Por un lado la *garantía criminal* exige que el delito (igual crimen) se haya determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*). No hay delito sin ley. De aquí que la creación judicial de derecho está prohibida por esta garantía. Tiene consagración expresa además del ya citado artículo 34.11 de la Constitución Política, que establece la garantía de legalidad penal, a la letra en lo pertinente:

Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

11) A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley ...

En el primer párrafo del artículo 1 del Código Penal se mandata a la letra:

Ninguna persona podrá ser condenada por acto u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley penal anterior a su realización.

La *garantía penal* requiere que la ley señale la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que corresponda al hecho (*nullum poena sine lege*). No hay pena ni medida de seguridad ni consecuencia accesoria sin ley. Tiene consagración expresa además del ya citado artículo 34.11 de la Constitución Política, en el segundo y tercer párrafo del artículo 1 del Código Penal, a la letra:

No será sancionado ningún delito o falta con pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que no se encuentre prevista por ley anterior a su realización.

No se podrán imponer, bajo ningún motivo o circunstancia, penas o consecuencias accesorias indeterminadas.

La *garantía jurisdiccional* exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. No hay pena, medida de seguridad ni consecuencia accesoria sin proceso debido. Tiene consagración expresa en el artículo 33 de la Constitución Política que establece que nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, ni ser privado de libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal, y en el primer párrafo del artículo 6 del Código Penal, a la letra:

No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por los tribunales de justicia competentes, de acuerdo con las leyes procesales.

La *garantía de ejecución* requiere que también la ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria se sujete a una ley o reglamento que la regule. Tiene consagración expresa en los artículos 39 y 46 de la Constitución Política, y en el segundo párrafo del artículo 6 del Código Penal, a la letra:

Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo control de los jueces y tribunales competentes, de conformidad con la ley y su reglamento.

Por otro lado se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica que debe ofrecer las garantías citadas. Se clasifican en la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*.

Con la exigencia de *lex praevia* (*ley previa*) se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que la persona pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales más favorables, que vienen a suprimir algún delito o a atenuar su pena o que se establezca cualquier otra circunstancia que favorezca al acusado o condenado. Así lo entiende la Constitución Política en el artículo 38, y los artículos, 2,3, 12, y 567 del Código Penal.

Ahora, respecto a la exigencia de una *lex scripta (ley escrita)* queda, desde luego, excluida por regla general la costumbre como posible fuente de delitos y penas. Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo. Esto último afecta el sentido de garantía política del Principio de Legalidad. Quedarían excluidas como fuente de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo.

Por otro lado, el requisito de *lex stricta (ley estricta)*, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al acusado o condenado (analogía *in malam parte*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado "mandato de determinación", que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituye éste un aspecto *material* del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas. El mandato de determinación se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite el por otra parte necesario "arbitrio judicial". Así lo entiende la Constitución Política en el artículo 34.11, y los artículos, 10 y 35 párrafo final del Código Penal.

La Constitución Política consagra disposiciones expresas propias del reconocimiento de la legalidad penal, así en el ya citado artículo 34.11 de la Constitución Política, en el artículo 160 de la Constitución Política que establece que la administración de justicia garantiza el principio de legalidad, lo mismo se expresa en los artículos 1, 6 y 10 del Código Penal.

#### **2.4. Principio de irretroactividad salvo cuando favorezca al acusado o condenado**

Parto en primer lugar con un alcance de lo que es una ley retroactiva, exponiendo aquí que una ley es retroactiva si obra sobre el pasado; cuando actúa sobre situaciones anteriores a la iniciación de su vigencia.

Éste principio, implica en todo momento a que las leyes penales, y en común toda norma, por regla general deben de aplicarse a hechos sucedidos posteriores a su vigencia; es decir que la norma regula hacia el futuro y no volviéndose hacia atrás.

Excepción meritoria y elogiada, es la retroactividad de las leyes penales, en tanto y en cuanto impliquen una ventaja o beneficio objetivo al acusado o condenado. Es así que éste principio de orden constitucional, reconoce a todas luces que la única salvedad para que una norma pueda aplicarse de manera retroactiva es en materia penal, únicamente cuando favorece al reo, no así cuando lo dañe o perjudique.

En buena cuenta, el principio de irretroactividad de la ley penal prohíbe la aplicación de una ley vigente después de la comisión de los hechos en perjuicio del acusado o condenado. Ergo, la irretroactividad en materia penal, podríamos considerarlo como un principio protector mediante el cual se asegura que al responsable de un hecho delictuoso le sea impuesta la pena vigente al momento en que se acometió el ilícito y de donde además se cumple con el principio de legalidad y así se tiene la certeza de que si por diversas razones el legislador decidiera posteriormente agravar la pena, ello no perjudica al infractor; sin embargo debemos considerar que la prohibición expresa de irretroactividad es siempre y cuando se perjudique al infractor, pero la prohibición de irretroactividad no se extiende al supuesto de que la nueva ley penal lo beneficie o favorezca.

La Constitución Política consagra disposiciones expresas propias del reconocimiento del principio de irretroactividad salvo en lo favorable, así en los ya citados artículos 38 de la Constitución Política, lo mismo se expresa en los artículos 2, 3, 12 y 567 del Código Penal.

## **2.5. Principio de proporcionalidad de las penas**

El principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad, aparece primigeniamente como un límite al poder de Policía para convertirse ahora en un primordial principio de Derecho Público, ya que su aplicación cubre generosamente toda clase de medidas que afecten la libertad individual del individuo.

Según **Cuerda Arnau (2000, p. 15)** descompone en tres requisitos, a saber:

- Adecuación de la medida al fin que la justifica (tutela de bienes)
- Necesidad de la misma (intervención mínima y subsidiariedad del derecho penal)
- Proporcionalidad en sentido estricto (o proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho)

Este principio de proporcionalidad se proyecta sobre la labor interpretativa, la individualización de la pena o medida de seguridad, y los mecanismos de sustitución de las penas.

La Constitución Política aunque no consagra disposiciones expresas propias del reconocimiento del principio de proporcionalidad pero se puede inferir de los artículos 5 que establece la dignidad humana porque sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de la persona, de igual manera, puede deducirse de los artículos 7 y 130 de la Constitución Política que establece un Estado Democrático y Social de Derecho, y del artículo 34.1 que recoge el principio de culpabilidad, lo mismo se expresa en el artículo 9 del Código Penal.

## **2.6. Garantía de culpabilidad**

El principio de culpabilidad es la expresión más acabada de exigencia de respeto a la persona. Puede subdividirse en dos principios: primero, el de exclusión de la imputación de un resultado por la mera causación de éste y el segundo, la prohibición de ejercicio del poder punitivo cuando no sea exigible otra conducta adecuada al derecho. La violación al primero de estos principios reduce a la persona en un objeto causante.

No es verdad que sea propio del derecho primitivo y que su exclusión.

## **2.7. Principio de responsabilidad subjetiva**

Por este principio el delito debe cometerse en forma intencional o imprudente.

Cuando se actúa con dolo, se sabe y se quiere, en cambio, cuando se actúa con imprudencia se es descuidado en el actuar.

En este sentido, se considera insuficiente la producción de un resultado o la realización de una conducta para fundar la responsabilidad penal, sino que esta afectación al bien jurídico, deben ser realizadas en forma intencional o imprudente.

La Constitución Política aunque no es expresa al reconocer el principio de responsabilidad subjetiva sin embargo éste puede deducirse del artículo 34. 11 de la Constitución Política

que establece el principio de legalidad penal, lo mismo se expresa en el artículo 9 del Código Penal.

## **2.8. Principio de humanidad**

El principio de humanidad aparece consagrado en la Constitución Política en el artículo 39 en donde se establece que el sistema penitenciario es humanitario.

El objetivo de la resocialización ante todo, es evitar, la desocialización del condenado, y su principal manifestación viene dada por las instituciones que permiten evitar la prisión en los casos en que es posible prescindir de ella, o bien atenuarla, o bien suspenderla (suspensión de la pena de prisión, libertad condicional, etc.)

La Constitución Política es expresa al reconocer el principio de humanidad en el artículo 39, lo mismo se expresa en el artículo 8 del Código Penal.

## **2.9. Principio de responsabilidad personal**

Siguiendo con la descripción del núcleo que conforman los principios que inciden directamente en la limitación y delimitación del proceso de concreción de la responsabilidad penal, nos encontramos con el principio de responsabilidad personal o por los propios hechos, es decir, la responsabilidad penal se justifica si se ha tomado como referente las propias conductas delictivas del sujeto y no las de otro.

Nadie es responsable por los hechos ajenos a su esfera de actuación o de competencia.

Por consiguiente, se trata de la exigencia de autoría o de participación, que puede aparecer por conductas comisivas del sujeto activo o por conductas omisivas de éste, al infringir deberes de control o vigilancia o, por otro lado, por su conducta responsable, aun habiendo actuado en nombre de otro.

La Constitución Política es expresa al reconocer el principio de responsabilidad personal en el artículo 37 cuando establece que la pena no trasciende de la persona del condenado, lo mismo se expresa en el artículo 8 y 34.9 del Código Penal.

## **2.10. Garantía de reconocimiento y protección de la víctima**

La víctima a todo lo largo de la historia de la humanidad ha jugado diversos roles en materia penal desde la venganza absoluta, la venganza privada, el ser considerada objeto, hasta hoy en día, que se le reconoce como sujeto protegida con derechos, deberes, y garantías, entre otros, derecho a su dignidad humana, el derecho a ser tenido como parte, el derecho a ser oída e intervenir en las audiencias, el derecho a solicitar medidas de protección, el derecho a constituirse como acusador o querellante, el derecho a ofrecer medios o elementos de prueba, el derecho a recurso, el derecho a la acción civil derivada del delito, el derecho a la asistencia técnica y profesional, el derecho a conocer oportunamente la propuesta del principio de oportunidad.



La Constitución Política es expresa al reconocer el principio de reconocimiento y protección de la víctima cuando establece que el ofendido será tenido como parte en los juicios, desde el inicio de los mismos y en todas sus instancias, lo mismo se expresa en el artículo 5 del Código Penal y el artículo 9 del Código Procesal Penal.

### III. Las nuevas tendencias del Derecho Penal

Antes de pretender dar una postura concreta, empezaré dando por sentada -como lo he venido comentando- ya una evidente existencia de lo que podríamos denominar un “moderno derecho penal”, es decir, aquel derecho penal que tanto a nivel de pensamiento como en su actuar práctico, a criterio de **Hassemer (1995, p.56)** presenta las siguientes características:

- Prescinde de los conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica;
- Se basa en una metodología empírica orientada a las consecuencias;
- Es más favorable, por tanto una concepción teórica preventiva que retributiva;
- Intenta vincular al legislador penal y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos.

Es decir, el moderno derecho penal en su esencia, en muchas ocasiones resulta ser más penalizador que despenalizador, podríamos decir que se identifica porque en éste derecho penal, abundan los delitos de peligro (sobre todo los de peligro abstracto), los tipos penales en blanco, se tutela una extensa protección a bienes jurídicos de carácter colectivo; que en la concepción supraindividualista del bien jurídico, los valores colectivos supeditan cualquier otro, situación que se traduce en un debilitamiento respecto de los principios, derechos y garantías rectores del derecho penal clásico, legitimado a su vez, en un criterio positivo de decisiones criminalizadoras.

Este nuevo derecho penal muchas veces tan “manoseado” por intereses diversos a la misma particularidad del derecho penal clásico o garantista, -pero que sin duda este derecho penal, tiene una favorable aceptación social, sobre todo de los políticos, ciudadanía y los medios de comunicación- que busca la prevalecencia del principio de intervención mínima o última medida, a este respecto **Hassemer (1995, p.65)** ve en el moderno derecho penal, un obstáculo para poder llevar a cabo un efectivo control de la actual problemática social, a la estrecha vinculación a los férreos principios del poder punitivo del Estado, desarrollado por la teoría clásica del derecho penal, precisamente como límite a una política criminal demasiado pragmática, que pretende solucionar los problemas utilizando el derecho penal, pero utilizándolo como primera y no como última medida, es decir, no es oculto que la mayoría de los Estados democráticos y social de derecho atraviesan por problemas de diversa índole, a saber, sociales, políticos y económicos; a los que por supuesto podríamos atribuirles diversas causas, pero también es cierto, que no todas esas causas deben y pueden buscarse una solución en el derecho penal, pero ante la posible ineficacia por parte del sistema -por no llamarla ineptitud- buscan la solución, como también sucede con habitualidad, en el derecho penal transformando así en derecho penal lo que no es derecho penal, más bien en ocasiones no debería serlo, tomando como motivo -o justificante- de intervención penal que todos podemos ser víctimas, por tanto, el motivo de intervención penal es la ya referida “seguridad de todos en general”, no la posible lesión de un bien jurídico en particular.

Diversas son las políticas o sistemas justificadores de esa llamada “seguridad nacional” o “seguridad ciudadana” que emplean diversos Estados: del derecho penal del enemigo y de

la expansión del derecho penal ya tan presentes todas estas, y de manera clara, en la legislación nacional e internacional, eso sí, hasta ahora con una escasa eficacia en cuanto a prevención general y con un claro rechazo de las diversas cortes internacionales a las medidas criminalizadoras modernas.

### 3.1 El Derecho Penal simbólico

Según **Diez Ripolles, (1985, pág. 11)** el denominado “derecho penal simbólico” constituye un caso de superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. Se caracteriza de modo general porque se producen a través de la pena efectos sociopersonales expresivos-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones politicocriminales de la pena.

La crítica principal que se le realiza al derecho penal simbólico es que da lugar al fenómeno del doble lenguaje.

A decir de **Hassemer, (1995, p.87)** el derecho penal simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho Penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una “necesidad de acción”. Es un fenómeno de la crisis de la actual política criminal orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al Derecho Penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este Derecho Penal se aviene a las imágenes de una “inseguridad global” y de una “sociedad de riesgo”. Un Derecho Penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia.

### 3. 2. El Derecho Penal de las tres velocidades

La tesis del profesor Silva Sánchez, descansa a mi criterio en que en la actualidad nuestra sociedad se encuentra identificada por una serie de dificultades, que podríamos decir en el pasado no existían (o en el caso de algunas no tenían la importancia o trascendencia actual), como lo son delincuencia económica, delincuencia organizada, problemas de medio ambiente, etc. Que al parecer de **Silva Sánchez, (2009, p.12)** difícil sería combatirlos bajo el esquema del clásico derecho penal; pero no obstante, se exige combatirlos con imperiosa premura, en tal virtud, y desde este punto de vista para algunos juristas, resulta justificada la creación de un nuevo o moderno derecho penal, como lo he venido señalando.

Así mismo, **Silva Sánchez, (2009, p.18)**, distingue al derecho penal como un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes, a partir de este criterio, justifica a que la expansión del derecho penal obedezca, de algún modo, “a la aparición de nuevos bienes jurídicos –de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes-, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal”, y el mismo, ve como probables causas de existencia de estos nuevos intereses para el derecho penal, las siguientes:

a) La conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían o al menos no con la misma incidencia (ejemplo. Instituciones económicas del crédito o la inversión).

- b) El deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días comienzan a manifestarse como bienes escasos, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les daba (por ejemplo el medio ambiente).
- c) El incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas (por ejemplo el patrimonio histórico).

Diversos resultan ser los debates al respecto de la tan nombrada expansión del derecho penal, por una lado la excesiva propensión expansiva del moderno derecho penal el cual busca la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y se aleja de la protección exclusiva de bienes jurídicos individuales o personales. Por otro lado, se considera que este expansionismo penal limita el ámbito de libertad del individuo, rompiendo como anteriormente advertimos, el principio de intervención mínima del derecho penal. Además de que esta tendencia evidentemente está substituyendo al principio de bien jurídico por el de proporcionalidad, buscando con ello una evidente auto legitimación.

Así también, por último tratare de sistematizar las populares tres velocidades del expansionismo del derecho penal, es así que **Silva Sánchez (2009, p.26)**, entiende que la primera velocidad sería aquella en la que se apliquen penas y medidas de seguridad, respetando a ultranza las garantías del individuo (derecho penal clásico), la segunda sería aquella en la que no habría pena privativa de la libertad, sino mas bien, habría sanciones que consistirían en multa (derecho penal de intervención) y por último la tercera, se contempla la flexibilización de las garantías (derecho penal del enemigo), a mi criterio cualquier flexibilización de las garantías consagradas en todo estado democrático y social de derecho, presupone una alteración al mismo, consiguientemente se estaría socavando el estado mismo de derecho, circunstancia que repito no comparto y no sólo no comparto, sino que además, estoy completamente en contra de cualquier renuncia al garantismo, por más mínima que esta se pretenda otorgar y en contra de cualquier persona, aunque se le trate y se le ponga el calificativo de no-persona.

### 3. 3. El Derecho Penal del Enemigo

Hablar de esta tendencia, obviamente es hablar de derecho penal del enemigo, y es hablar de **JAKOBS, (2003, p.39)** como su principal representante, quien a principios del mes de octubre de 1999, en Berlín, Alemania, en un congreso sobre “La Ciencia Penal ante los Retos del Futuro” exponía ya sus ideas, que a la postre se iban a desarrollar más explicativamente, aunque poco propositiva, respecto de las consecuencias finales de dichos planteamientos. Clasificando como enemigos:

“... El enemigo es un individuo que, no solo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya en el antiguo delincuente habitual ‘peligroso’ según el 20 del Código Penal alemán) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el trafico de drogas o el ya antiguo ‘complot de asesinato’), es decir, cualquier caso de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por lo tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento...”.

Lo ha dicho ya el profesor **Muñoz Conde, (2009, p.123)** que para un sector de la dogmática jurídico-penal esta adaptación de sus conceptos básicos a las nuevas necesidades político-criminales ha sido la consecuencia inevitable de un planteamiento funcionalista del derecho penal, en el que éste no es más que un subsistema de imputación dentro del conjunto global del sistema social global, a cuyo equilibrio debe contribuir restableciendo y robusteciendo con la sanción penal del que ha infringido una norma penal la confianza de los demás ciudadanos fieles al derecho.

Según **JAKOBS (2003, pag.32)** el fundamento iusfilosófico del derecho penal del enemigo lo deduce de la ideas de HOBBS y KANT quienes conciben un derecho penal del ciudadano contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio, y un derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; este excluye, aquel deja incólume el status de persona.

Es preocupante pues, que las ideas o sistema funcionalista del profesor JAKOBS, comienza a dar ya claras muestras de estarse aplicando en Estados “Democráticos y sociales” de derecho, que como se ha venido señalando, es usado cada vez más por los gobernantes de diversos países para atacar los altos índices de delincuencia y legitimizar esta violencia, lo que si es un error, es que se pretende por parte de éstos, solventar carencias en política social y económica, con derecho penal, y no cualquier derecho penal, sino con uno parecido a aquel que se refería en la época de nacionalsocialismo el profesor Edmund MEZGER, quien desde luego aceptaba ya existencia de dos derechos penales, uno para el ciudadano normal –con vigencia de los principios básicos del derecho penal-, y otro para los ciudadanos “especiales” -con la legitimada reducción de garantías- a favor de un idealismo.

La médula de dichas ideas dan la impresión de referirse al derecho penal de autor, es decir, esta nueva tendencia parece ir dirigida mas a determinados sujetos (no personas) que a los hechos que estos pudiesen realizar, lo que sin duda, nos evoca inmediatamente al proyecto de Ley de Extraños a la Comunidad del régimen nazista, que es sin duda, ya un proyecto del que claramente podríamos estar hablando de un derecho penal del enemigo, si se adoptan los criterios ahora replanteados por el profesor JAKOBS.

Si la historia nos sirve para conocer el pasado, comprender el presente y con ello prevenir el futuro, deberíamos, tomando en consideración esta fórmula, por observar detenidamente el lapso de existencia del régimen nazista, comprender las graves violaciones de derechos fundamentales de los seres humanos y con el evidente fracaso de este régimen, prevenir que en el futuro se pudiesen volver a presentar tales circunstancias, ya lo he comentado anteriormente, no nos asustamos de que se quiera mejorar la situación social que en diversos países se ha estado presentando pero ojo, comentamos que dicha mejoría no debe ser a cualquier precio, no busquemos solucionar con derecho penal aquello que es ajeno al derecho penal.

El derecho penal del enemigo, además que establece que existe un derecho penal derecho penal ciudadano que es el que se debe aplicar a la persona que no se ha apartado de modo duradero del derecho, pero que ocasionalmente ha cometido un delito o falta, al ser este una persona, le deben ser aplicados y se le debe guardar el más absoluto respeto a los principios, derechos y garantías; y un derecho penal del enemigo que el que comete los delitos por ejemplo de terrorismo, delitos de criminalidad organizada, etc. es una no persona, y se caracteriza por tres características esenciales:

- a) El adelantamiento de las barreras punitivas, el punto de referencia del ordenamiento penal, se encuentra proyectado hacia el hecho futuro, en lugar de lo que es habitual, en el hecho cometido.
- b) El establecimiento de penas altas y desproporcionadas
- c) Y la relativización o eliminación de principios y garantías.

#### **IV. Principales manifestaciones del derecho penal del enemigo en la legislación nicaragüense**

De previo, establezco que analizaré la legislación nicaragüense, acorde a las características del derecho penal del enemigo, como son: el adelantamiento de las barreras punitivas, el establecimiento de penas altas y desproporcionadas, y la relativización o eliminación de principios y garantías.

En la Constitución Política encontramos en su artículo 5 los principios de la nación nicaragüense, entre otros, la libertad; la justicia; y el respeto a la dignidad de la persona humana.

A partir del artículo 23 de la Constitución Política se establecen un sin número de derechos, que se denominan derechos individuales, entre otros, el derecho a la vida (artículo 23 de la Constitución Política), derecho a la libertad individual (artículo 25.1 de la Constitución Política), derecho a la seguridad (artículo 25.2 de la Constitución Política), derecho a la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo, (artículo 26.2 de la Constitución Política), y el derecho a la igualdad (artículo 27 de la Constitución Política).

Concretamente en el artículo 34 de la Constitución Política se establecen las garantías mínimas, entre otras, la presunción de inocencia (artículo 34.1 de la Constitución Política), la garantía de un proceso sin dilaciones (artículo 34.2 de la Constitución Política), la garantía a ser juzgado por un jurado (artículo 34.3 de la Constitución Política), la garantía de defensa (artículo 34.4 y 34.5 de la Constitución Política), y la garantía de legalidad penal (artículo 34.11 de la Constitución Política).

En Nicaragua no encontré ninguna norma constitucional que constituya una manifestación del Derecho Penal del Enemigo. No obstante, en las reformas de 2008 a la Constitución Política mexicana en sus artículos 16, 18, 20 y 21 se encuentran rasgos del Derecho Penal del Enemigo.

En Nicaragua era necesario un nuevo Código Procesal Penal, ya que el vigente que era el Código de Instrucción Criminal y sus Reformas que databa desde 1879 no se adaptaba a las nuevas circunstancias económicas, sociales y políticas, es por ello que los días 21 y 24 de diciembre de 2001 se publicó en la Gaceta Diario Oficial la Ley número 406, en las Gacetas números 243 y 244, y entró en vigencia para los delitos graves con penas mayores a cinco años de prisión según su artículo 426 doce meses después de su publicación en la Gaceta Diario Oficial, es decir, entró en vigencia para los delitos graves el 24 de diciembre del 2002, y para los delitos menos graves es decir con penas menores a cinco años de prisión o faltas penales según el art. 425 del Código Procesal Penal entró en vigencia esta ley procesal penal hasta el 24 de diciembre del 2004.

Esta Ley número 406 en todo su articulado tiene varias manifestaciones propias de un Derecho Procesal Democrático, como son: En su Título Preliminar denominado principios y garantías procesales en su artículo 1 regula el principio de legalidad procesal,

en su artículo 2 el principio de inocencia, en su artículo 3 el principio de respeto a la dignidad humana, en su artículo 4 el derecho a la defensa, en su artículo 5 el principio de proporcionalidad procesal, en el artículo 6 el principio de única persecución procesal, en el artículo 7 el principio de finalidad del proceso, en el artículo 8 los principios de gratuidad y celeridad procesal, en el artículo 9 la garantía de intervención de la víctima, en el artículo 10 el principio acusatorio, en el artículo 11 la garantía de juez natural, en el artículo 12 la garantía a ser juzgado por un jurado, en el artículo 13 los principios de oralidad, publicidad, inmediación y concentración, en el artículo 14 el principio de oportunidad, en el artículo 15 el principio de libertad probatoria, en el artículo 16 el principio de licitud de la prueba, y en el artículo 17 el derecho a recurso.

En igual sentido en Nicaragua era necesario un nuevo Código Penal, ya que el Código Penal de 1974 y sus reformas, no respondía a las nuevas realidades sociales, económicas, y políticas, es por ello que los días 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008 se publicó en la Gaceta Diario Oficial la Ley número 641, en la Gaceta número 105 fue publicada además, la fe de errata que afecta los artículos 33, 114 y 437 de este cuerpo legal, y entró en vigencia, según su artículo 568 sesenta días después de su publicación en la Gaceta, Diario Oficial, es decir, entró en vigencia el 9 de julio de 2008.

Esta Ley número 641 en todo su articulado tiene varias manifestaciones propias de un Derecho Penal Democrático, como son, entre otras,: En su título preliminar denominado sobre las garantías penales y de la aplicación de la ley penal, regula en su artículos 1 y 6 el principio de legalidad penal, en sus artículos 2 y 3 el principio de irretroactividad, en su artículo 4 el principio de la dignidad humana, en su artículo 5 principio de reconocimiento y protección de la víctima, en el artículo 7 el principio de lesividad, en el artículo 8 principios de responsabilidad personal y de humanidad, y en el artículo 9 principios de responsabilidad subjetiva y de culpabilidad.

A pesar de que en el Código Penal en su artículo 393 tipificó de forma autónoma el tipo penal de crimen organizado, en realidad, era necesario una Ley contra el crimen organizado, por ello los días 19 y 20 de octubre del 2010 se publicó la Ley número 735 Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados y su Reglamento, y entró en vigencia según su artículo 102 treinta días después de su publicación en la Gaceta, es decir, entró en vigencia el 20 de noviembre del 2010.

Esta Ley número 735 en todo su articulado tiene varias manifestaciones propias de un Derecho Penal y Procesal Democrático, como son:

En sus artículos 2 y 4 regula la Garantía Ejecutiva que es una Garantía derivada del principio de legalidad, en su artículo 3 establece tanto el principio de dignidad humana como el derecho a la igualdad, en su artículo 5 el derecho a la defensa, en el artículo 6 el principio de humanidad, en el artículo 7 la gratuidad de la justicia, en el artículo 8 la garantía de celeridad procesal, en el artículo 9 el derecho a recurso, en su artículo 10 el principio de proporcionalidad procesal, en el artículo 11 intervención de la víctima, en el artículo 12 los principios de oralidad, publicidad, e inmediación, en el artículo 13 los principios de licitud probatoria y libertad probatoria, en su artículo 14 y 15 el derecho a la no detención ilegal y los límites a la sanción penal, y el artículo 73 la no retroactividad de la ley salvo cuando es favorable, hasta aquí el carácter garantista o de un Derecho Penal y procesal penal Democrático.

A pesar de que en el Código Procesal Penal en sus artículos 402 al 414 se regula la Fase de Ejecución de la sentencia, en realidad, era necesario una Ley de Ejecución de Penas, el 26

de enero de 2011 se publicó en la Gaceta Diario Oficial número 16 entrando en vigencia ese mismo día según el artículo 76 la Ley número 745 Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal.

Esta Ley número 745 en su Capítulo I denominado Principios y disposiciones Generales tiene varias manifestaciones propias de un Derecho Penal y Procesal Democrático, como son:

En sus artículos 2 y 4 regula la Garantía Ejecutiva que es una Garantía derivada del principio de legalidad, en su artículo 3 establece tanto el principio de dignidad humana como el derecho a la igualdad, en su artículo 5 el derecho a la defensa, en el artículo 6 el principio de humanidad, en el artículo 7 la gratuidad de la justicia, en el artículo 8 la garantía de celeridad procesal, en el artículo 9 el derecho a recurso, en su artículo 10 el principio de proporcionalidad procesal, en el artículo 11 intervención de la víctima, en el artículo 12 los principios de oralidad, publicidad, e inmediación, en el artículo 13 los principios de licitud probatoria y libertad probatoria, en su artículo 14 y 15 el derecho a la no detención ilegal y los límites a la sanción penal, y el artículo 73 la no retroactividad de la ley salvo cuando es favorable, hasta aquí el carácter garantista o de un Derecho Penal y procesal penal Democrático.

#### **4.1. El adelantamiento de las barreras punitivas**

Según esta característica del derecho penal del enemigo, el punto de referencia del ordenamiento penal, se encuentra proyectado hacia el hecho futuro, en lugar de lo que es habitual, en el hecho cometido.

##### **4.1.1. En el Código Penal hay una amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación, tentativa y consumación por ejemplo en el tipo penal de terrorismo.**

Según el artículo 394 del Código Penal el tipo penal de terrorismo inicia su redacción de la siguiente manera

Quien actuando al servicio o colaboración con bandas, organizaciones o grupos armados...

Conforme las reglas generales de los artículos 27 y 28 del Código Penal el delito puede quedar tentado, frustrado o consumado.

De igual manera, conforme el principio de legalidad penal, y más concretamente el principio del acto, en el camino del delito, se debe diferenciar entre actos preparatorios impunes y actos preparatorios punibles como son, por ejemplo, lo regulado en los artículos 31 y 32 del Código Penal la conspiración, proposición y provocación.

Pero en el derecho penal del enemigo se penalizan conductas tentadas como consumadas e incluso conductas atípicas como los actos preparatorios impunes se penalizan por lo que existe una amplia eliminación iuspositiva entre preparación y tentativa, lo cual viola varios principios, entre otros, el principio de proporcionalidad, porque no se puede ni se debe castigar igual un acto tentado que un consumado, y mucho menos se pueden ni se deben castigar por regla general los actos de preparación; de igual manera, se viola el principio de lesividad ya que no se puede castigar una conducta activa u omisiva que aún no ha producido lesión o peligro a un bien jurídico; y finalmente , el principio de legalidad penal,

concretamente el principio del acto, ya que los actos preparatorios por regla general son impunes y sólo se castigan de forma excepcional, además esta regulación tiene, desde un principio una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de individuos (los enemigos) que en este caso son los enemigos por excelencia: los terroristas.

#### **4.1.2. Adelantamiento de barreras punitivas en los tipos penales de lavado de dinero, bienes o activos, almacenamiento de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias controladas, suministro de productos que contengan hidrocarburos aromáticos o sustancias similares, tráfico de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias controladas, u otros tipos penales del Código Penal.**

Por ejemplo en los artículos 282 del Código Penal que regula el tipo penal de lavado de dinero, bienes o activos inicia expresando quien a sabiendas o debiendo saber; en el mismo sentido, el artículo 355 del Código Penal que regula el tipo penal de almacenamiento de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias controladas inicia expresando quien a sabiendas o debiendo saber; de igual forma, el artículo 357 suministro de productos que contengan hidrocarburos aromáticos o sustancias similares inicia expresando quien a sabiendas o debiendo saber.

Los tipos penales anteriores son tipos penales de carácter doloso por antonomasia

El que actúa a sabiendas, actúa con conocimiento y voluntad, es decir, con dolo, sabe lo que hace, y según el artículo 22 del Código Penal cuando la ley tipifica una conducta lo hace a título de dolo, salvo que expresamente establezca la responsabilidad por imprudencia.

Pero con la expresión quien debiendo saber, que no es más que la regulación de la imprudencia consciente, por no ser cuidadoso en el actuar, es decir, por no actuar guardando el deber objetivo y subjetivo de cuidado, por lo que con esta redacción se elimina la diferencia entre una conducta dolosa y una imprudente, y se equipara una conducta que en su esencia debe ser imprudente con el dolo, pero lo más grave aún es que se penalizan de la misma forma, ya que a dos conductas distintas (dolosa e imprudente) el legislador les está asignando la misma consecuencia jurídica, el legislador lo cual viola el principio de proporcionalidad en sentido amplio, que tiene su fundamento constitucional en los artículos 5 y 130 de la Constitución Política.

Como se sabe el conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no basta que sea potencial, es decir, que el ser humano ha de saber lo que hace no basta con que hubiese debido o podido saberlo.

Con esta expresión que se exige en varios tipos penales del que debiendo saber, no es más que la regulación del denominado conocimiento potencial, que es un no conocimiento, pues es una mera posibilidad de conocimiento.

#### **4.1.3. En el Código Penal hay una amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre autoría y participación**

En los artículos 41, 42, 43, 44, 45 del Código Penal se establecen las reglas generales sobre los grados de responsabilidad penal como son: Los autores y los partícipes. Los primeros la autoría directa (artículo 42 del Código Penal), los autores intelectuales (artículo 42 del Código Penal), los coautores (artículo 42 del Código Penal), los autores mediatos (artículo 42 del Código Penal), los partícipes a saber los inductores (artículo 43 del Código Penal), los cooperadores necesarios (artículo 43 del Código Penal), y los cómplices del artículo 44 del Código Penal, por lo que el Juez o Magistrado a la hora de calificar el o los hechos



según los hechos y la prueba deberá establecer en su sentencia quién es autor y quién es partícipe, y dentro de estos quién es por ejemplo coautor y quien es cómplice.

Utilizando una expresión del Derecho Penal del Enemigo en la denominada guerra contra las drogas se ha llegado al extremo de adelantar los grados de autoría y participación como lo hace por ejemplo nuestro legislador en el artículo 361 del Código Penal en su primer párrafo cuando establece en los delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas lo siguiente:

Art. 361 Disposiciones comunes

Será considerado coautor de los delitos anteriores, el que con conocimiento de causa facilitare propiedades de cualquier tipo para almacenar, elaborar, fabricar, cultivar, o transformar estupefacientes, psicotrópicos o sustancias controladas o facilite medios para su transporte, y será sancionado con la pena correspondiente del delito que se trate.

En igual sentido, el artículo 359 segundo párrafo del Código Penal cuando establece:

La misma pena (de autor directo) se impondrá a los propietarios, administradores o cualquier empleado o al que brinde servicios al establecimiento, que sabiendo o debiendo saber y de forma directa o indirecta, permita o facilite la conducta anterior en sus respectivos locales.

En realidad estos supuestos si se realizare un análisis según las circunstancias del caso concreto, en alguna hipótesis podría constituir una coautoría, pero no siempre, ya que podría llegar a tratarse de un cooperador necesario o un cómplice, lo cual en el caso de este último debería tener una menor pena, por lo cual el artículo 361 del Código Penal en su primer párrafo viola flagrantemente los principios de legalidad penal establecido en el artículo 34.11 Constitucional ya que establece un concepto extensivo de autor y no se está a las reglas generales de la autoría y participación, viola el principio de proporcionalidad ya que la pena debe ser proporcional a la conducta realizada ya que no se puede penalizar igual una conducta dolosa que una imprudente, violando los artículos 5 y 130 de la Constitución Política, y es en consecuencia, una manifestación clara del Derecho Penal del Enemigo, el enemigo aquí son los narcotraficantes.

## **4.2. El establecimiento de penas altas y desproporcionadas**

### **Penas desproporcionadamente altas en los delitos de terrorismo, delitos relacionados con estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controladas, lavado de dinero, bienes o activos, delitos contra el orden internacional.**

Según el artículo 394 del Código Penal la pena del terrorismo es de quince a veinte años de prisión, de igual manera, el financiamiento al terrorismo tiene igual pena que el terrorismo, el secuestro con finalidad terrorista con pena de diez a quince años de prisión, penalizando la provocación, proposición y conspiración para cometer actos terroristas, es penalizado igual que el asesinato del artículo 140 del Código Penal.

Según los artículos 282 y 283 del Código Penal en delito de lavado de dinero, bienes o activos sus penas son de cinco a siete años y prisión de siete a quince años, prácticamente es cometer un homicidio del artículo 138 del Código Penal, lo más llamativo y desproporcionado es la pena de multa que según el tipo penal del artículo 282 del Código Penal multa de uno a tres veces el valor del dinero, bienes o activos de que se trate, cuando se vinculen o deriven de delitos de drogas la multa es de tres a seis veces el valor del

dinero, bienes o activos de que se trate, es una multa evidentemente desproporcionada piénsese en que se secuestra a un conductor de un vehículo un millón de dólares, se le procesa y se le encuentra culpable, obviamente ese dinero no le pertenece, pero ahora se le impone como multa un millón, o hasta seis millones de dólares, ¿es posible el pago de esta multa? La respuesta obvia es no, viola el principio de proporcionalidad que si bien no tiene un fundamento expreso en la Constitución Política, si se deriva de los artículos 5, es decir, la dignidad humana porque sólo las penas proporcionadas son respetuosas de la dignidad humana, y 130 de la ley fundamental que establece un Estado Social de Derecho en el cual se debe ser respetuoso de los derechos fundamentales de la persona acusada o condenada.

### **4.3. La relativización o eliminación de principios y garantías procesales**

#### *4.3.1. El Código Penal establece como circunstancia agravante genérica la reincidencia y regula la figura de la delincuencia habitual*

Siempre a la reincidencia, y a la delincuencia habitual u otros conceptos cercanos, se le ha buscado una fundamentación, entre otras razones, en la mayor peligrosidad o en la mayor culpabilidad del autor o partícipe, pero hoy en día se cuestionan estas instituciones desde el punto de vista constitucional y penal, desde la violación al principio de dignidad humana, en la necesidad de prevención general o especial, en el principio de única persecución sustantivo, y en el principio del acto.

El principio del acto o principio del hecho implica no castigar penalmente a un ser humano por sus meros pensamientos, sino por sus conductas concretas, e implica que en el camino del delito no se deben castigar, por regla general, los actos preparatorios, este principio del acto tiene su fundamento constitucional expreso en el artículo 34.11 de la Constitución Política cuando expresa ...Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas: 11) A no ser procesado ni condenado por acto u omisión...

De igual manera, el principio de culpabilidad tiene fundamento constitucional expreso en el artículo 34.1 de la Constitución Política cuando expresa ...Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas: 1) A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

La culpabilidad se debe expresar por el reproche jurídico que se le realiza al ser humano al realizar una conducta delictiva, tanto la reincidencia recogida como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad penal regulada en el artículo 36.9 del Código Penal, como la delincuencia habitual, establecida en el artículo 109 del Código Penal, son conceptos de culpabilidad por la conducción de la vida, son manifestaciones de un Derecho Penal orientado con base en la actitud interna del autor, es Derecho Penal de autor, y por lo tanto, son inconciliables con el principio de culpabilidad por el hecho, una manifestación clara del Derecho Penal del Enemigo en el Código Penal.

En otro punto, el principio de única persecución sustantivo, implica no dos veces por el mismo hecho, es decir, que una persona que ya le “pagó” al Estado con una pena, no se le puede ni se le debe volver a “cobrar” si cometió un nuevo hecho debe pagar por este nuevo hecho, por lo que las figuras de la reincidencia y la delincuencia habitual violan la garantía mínima del artículo 34. 10 de la Constitución Política que establece a la letra:

Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

10. A no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme.

Curiosamente el Código Penal expresamente no recoge esta garantía mínima de única persecución, aunque implícitamente, sí hay manifestaciones de este por ejemplo en la regulación de los concursos de los artículos 11, 82, 83, 84 y 85 del Código Penal; y en la inaplicabilidad de las penas del artículo 79 del Código Penal.

En cambio el Código Procesal Penal en su artículo 6 establece a la letra:

Única persecución. Quien haya sido sobreseído, absuelto o condenado por una resolución firme no podrá ser sometido a nueva persecución penal por los mismos hechos.

A este efecto, las sentencias dictadas y ejecutadas en el extranjero serán reconocidas en Nicaragua conforme a los tratados y convenios suscritos y ratificados soberanamente por la República.

En cuanto a la característica del adelantamiento de las barreras punitivas, los enemigos aquí son los reincidentes y los delincuentes habituales.

#### *4.3.2. El Código Penal establece la peligrosidad como condición necesaria para otorgar la suspensión de la pena de prisión o la libertad condicional*

En el Derecho Penal del Enemigo el concepto de individuo peligroso, es decir, el enemigo, se le combate por su peligrosidad, por el peligro de daños futuros, cuando en este derecho se imponen penas no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos.

Amen de la dificultad de definir qué es peligroso, y que normalmente la peligrosidad expost es la única que se ha admitido en el Derecho Penal concretamente en las medidas de seguridad, en el Derecho Penal del enemigo se admite, la peligrosidad ex ante, es decir, previa, se admite la peligrosidad subjetiva previa, por encima de la peligrosidad posterior u objetiva.

Tanto en el artículo 87 del Código Penal para otorgar la suspensión de la pena de prisión según esta norma se debe atender fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, de igual forma en los artículos 96 del Código Penal para otorgar la Libertad Condicional se precisa de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por las autoridades penitenciarias, aún más la ley 745 en su artículo 28 expresa a la letra:

...El Juez requerirá a la autoridad penitenciaria, la remisión dentro del plazo máximo de ocho días más el término de la distancia el informe de evaluación de conducta y el pronóstico individualizado de reinserción social correspondiente de la persona condenada, donde conste su desenvolvimiento dentro del penal, sus recursos externos de apoyo, y deberá contener el grado de peligrosidad social, determinado de manera medible y objetiva, tomando en cuenta la reincidencia delictiva, el modo de cometer el hecho delictivo y el tipo de delito...

Como es evidente son las autoridades penitenciarias (el Jefe del Sistema Penitenciario, el Jefe de Control Penal, y el Jefe de Reeducción) quienes no son peritos expertos en alguna ciencia, arte u oficio, quienes determinan la peligrosidad social de una persona, cuando la única peligrosidad aceptable es la que se puede determinar de manera medible u objetiva conforme a los correspondientes informes periciales.

Para la Constitución Política no existen individuos peligrosos, solamente hay personas responsables por su conducta activa u omisiva de acuerdo con el Código Penal y las leyes penales especiales.

En un Estado Democrático y Social de Derecho como lo establece nuestra Constitución Política en sus artículos 7 y 130 con una cultura de derechos humanos, no se atribuye ninguna consecuencia jurídico penal al opinable señalamiento que se haga de alguien como individuo peligroso.

El calificativo de peligroso nulifica la presunción de inocencia establecida en el artículo 34.1 de la Constitución Política, y sobre todo las leyes, las autoridades, o cualquier persona que estigmaticen como individuo peligroso contravienen el principio de la nación nicaragüense como lo es la dignidad humana regulado en el artículo 5 de la Constitución Política, y sobre todo violan la prohibición del artículo 36 constitucional que establece que nadie será sometido a torturas, procedimientos, penas, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, es pues una manifestación clara del Derecho Penal del Enemigo en el Código Penal, en cuanto a la característica de limitación de principios y garantías procesales, los enemigos aquí son los condenados peligrosos.

#### *4.3.3. En el Código Penal se excluyen del indulto o amnistía las personas sentenciadas por delitos contra el orden internacional*

Según el artículo 130 incisos c y d del Código Penal, tanto el indulto como la amnistía, son causas de extinción de la responsabilidad penal.

De forma taxativa se excluyen de estos beneficios (indulto o amnistía) a los sentenciados por delitos contra el orden internacional.

Los delitos contra el orden internacional se encuentran tipificados de los artículos 484 al 522 del Código Penal, entre otros, genocidio, tortura, apartheid, ataque a personas protegidas, experimentos biológicos.

Esta norma evidentemente entra en contradicción con el artículo 27 de la Constitución Política que establece el derecho a la igualdad, es pues una manifestación clara del Derecho Penal del Enemigo en el Código Penal, en cuanto a la característica de limitación de principios y garantías procesales, los enemigos aquí son los sentenciados por delitos contra el orden internacional.

#### *4.3.4. El Código Penal Establece la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de terrorismo, piratería, esclavitud y comercio de esclavos, delitos contra el orden internacional, falsificación de moneda extranjera y tráfico con dicha moneda falsa, delitos de tráfico de migrantes y trata de personas con fines de esclavitud o explotación sexual y explotación laboral, delitos de tráfico internacional de personas, delitos de tráfico y extracción de órganos y tejidos humanos, delitos de tráfico de patrimonio histórico cultural, delitos relacionados con estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controladas, delitos de tráfico internacional de vehículos, lavado de dinero, bienes o activos, delitos sexuales en perjuicio de niños, niñas y adolescentes, y cualquier otro delito que pueda ser perseguido en Nicaragua, conforme los instrumentos internacionales ratificados por el país*

En el artículo 131 del Código Penal en su penúltimo párrafo se establece la no prescripción de la acción penal en estos delitos.

Esta norma evidentemente entra en contradicción con el artículo 27 de la Constitución Política que establece el derecho a la igualdad, y con el artículo 25.1 de la Constitución Política que establece el derecho a la seguridad que es el fundamento expreso de la

prescripción de la acción penal, es pues una manifestación clara del Derecho Penal del Enemigo en el Código Penal, en cuanto a la característica de limitación de principios y garantías procesales, los enemigos aquí son los que cometan algunos de los delitos incluidos en el principio de universalidad establecidos en el artículo 16 del Código Penal.

*4.3.5. En el Código Penal se prohíbe la mediación y otros beneficios de suspensión de pena en los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes e Imposición en los delitos sexuales de pena máxima en algunos supuestos*

Según el artículo 181 del Código Penal en los delitos sexuales cuando sea cometido contra niños, niñas y adolescentes, es decir, cuando la víctima sea menor de 18 años cumplidos, no habrá lugar al trámite de mediación que según los artículos 7, 55, 56, 57, y 58 del Código Procesal Penal es una manifestación del principio de oportunidad; ni cualquier beneficio de suspensión de pena, es pues una prohibición excarcelatoria, que viola el derecho a la libertad ya que se deniega expresamente ésta la cual tiene fundamento constitucional expreso en los artículos 5 y 25.1; de igual forma, viola el principio de igualdad que tiene fundamento constitucional en el artículo 27 de la Constitución Política, por establecer una discriminación irracional, y podrían darse paradojas como que una persona que cometió un asesinato puede obtener su libertad condicional, siempre que cumpla con las condiciones legales, pero una persona que comete un delito sexual contra una víctima menor de 18 años no tiene derecho a la libertad condicional, institución que se ve más que como un beneficio que como un derecho.

De igual forma, podría cuestionarse su constitucionalidad, ya que viola una de las características esenciales de toda ley cuál es su generalidad, de igual manera, no es el Juez o Magistrado el que decide otorgar o no el derecho a una suspensión de pena o libertad condicional o cualquier otro derecho de suspensión de pena, ya que quien decidió previamente fue el legislador, siendo el Juez o Magistrado un autómata a la hora de no aplicarlo al caso concreto, violándose por el legislador la autonomía de los Jueces y Magistrados.

A decir de **Jakobs, (2003, págs. 38, 39 y 40)** pretendiéndose combatir a personas en estos casos de delitos sexuales a individuos que en su actitud se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona.

Esta norma penal se ratifica en el artículo 16 inciso b párrafo final de la Ley número 745 establece a la letra que cuando el delito sexual sea cometido contra niños, niñas y adolescentes no habrá lugar a ningún beneficio.

Estas normas que contienen esta prohibición excarcelatorias son contrarias a la finalidad de reintegración a la sociedad de los acusados o condenados que establece el artículo 39 de la Constitución Política a la letra en lo pertinente:

En Nicaragua, el sistema penitenciario es humanitario y tiene como objetivo fundamental la transformación del interno para reintegrarlo a la sociedad...

En cuanto a la imposición de pena máxima, nuestro legislador haciendo eco de la mayoría de la opinión pública, de los medios de comunicación social, y de los movimientos feministas, que creen erróneamente que las penas y aún más las penas máximas son la solución a la problemática compleja de los delitos sexuales, se estableció a la letra lo siguiente:

En el artículo 169 último párrafo del Código Penal al establecer la violación agravada se mandata que si concurren dos o más de las circunstancias previstas en este artículo (por ejemplo prevalimiento de una relación de superioridad y resulte grave daño en la salud de la víctima), se impondrá la pena máxima.

En igual sentido, en el artículo 172 del Código Penal se establece en su párrafo segundo:

Si concurren dos o más de dichas circunstancias o la víctima sea niña, niño, o adolescente se impondrá la pena máxima.

En el mismo sentido en el artículo 176 párrafo final del Código Penal se establece:

Se impondrá la pena máxima cuando sea persona con discapacidad o menor de catorce años de edad.

Imponer pena máxima automática, es decir, sin valorar las circunstancias atenuantes o agravantes, viola los principios de legalidad penal concretamente la garantía penal que tiene fundamento constitucional en el artículo 34.11 ya que no se valoran las reglas para la aplicación de las penas que establece el artículo 78 del Código Penal, pero principalmente el principio de dignidad humana que prohíbe las penas infamantes en los artículos 5 y 36 de la Constitución Política, es pues una manifestación clara del Derecho Penal del Enemigo en el Código Penal, en cuanto a la característica de limitación de principios y garantías procesales, los enemigos aquí son los delincuentes sexuales que cometan algunos de los delitos sexuales ya descritos.

#### *4.3.6. Establecimiento de tipos penales abiertos como la del tipo penal de lavado de dinero, bienes o activos, tráfico de estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controlada*

En el tipo penal de lavado del artículo 282 inciso a del Código Penal se establecen varias conductas concretas como por ejemplo, invierta, deposite o transfiera dinero, bienes o activos originarios o subrogantes provenientes de actividades ilícitas en seguida expresa el tipo penal de forma excesiva o abierta...”o cualquier otro acto”...lo cual viola sin lugar a dudas el principio de legalidad penal del artículo 34. 11 de la Constitución Política, concretamente la garantía de que la ley penal debe ser estricta, es decir establece una cláusula indeterminada, viola el principio de taxatividad.

Igual fenómeno ocurre con el tipo penal de tráfico de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias controladas, regulado en el artículo 359 del Código Penal, cuando expresa el tipo penal de forma excesiva o abierta...o de cualquier otra manera comercialice...lo cual viola sin lugar a dudas el principio de legalidad penal del artículo 34.11 de la Constitución Política, concretamente la garantía de que la ley penal debe ser estricta, es decir establece una cláusula indeterminada, viola el principio de taxatividad, aquí los enemigos son los lavadores y los narcotraficantes.

#### *4.3.7. Asuntos de tramitación compleja*

En el artículo 135 del Código Procesal Penal se establece el procedimiento en asuntos de tramitación compleja cuando se trate de causas sobre hechos relacionados con actividades terroristas, legitimación de capitales, tráfico internacional de drogas, delitos bancarios, o tráfico de órganos y personas, dicha solicitud efectuada por el Ministerio Público la debe realizar en el escrito de acusación, el efecto procesal normal es duplicar los plazos legales, en el caso de la prisión preventiva hasta un máximo de dieciocho meses.

Se dice que su fundamento es la eficiencia del proceso es causas difíciles, pero este procedimiento excepcional viola flagrantemente el principio de igualdad del artículo 27 de la Constitución Política ya que discrimina sin razones objetivas en comparación con el plazo máximo de tres meses de prisión preventiva para asuntos de tramitación ordinaria que establece el artículo 134 del Código Procesal Penal, viola el principio de libertad de los artículos 5 y 25.1 de la Constitución Política porque prolonga hasta un máximo de dieciocho meses al acusado con prisión preventiva, y la garantía mínima a ser juzgado sin dilaciones del artículo 34.2 de la Constitución Política, ya que si se parte de que, primero se investiga y luego se detiene, es innecesario ampliar por ampliar el plazo lo cual también viola el principio de proporcionalidad implícito en los artículos 5 y 130 de la Constitución Política, aquí los enemigos son los terroristas, los lavadores, los traficantes internacionales de drogas, los que cometen delitos bancarios, y los traficantes de órganos y personas.

En el artículo 40 de la Ley 735 se amplía el catálogo de delitos del artículo 135 del Código Procesal Penal, se amplía aún más la oportunidad procesal penal para realizar la solicitud y se establece que se puede realizar en el intercambio de información

#### *4.3.8. El peligro de reiteración delictiva en la prisión preventiva*

Los fines legítimos de la prisión preventiva son los fines procesales como por ejemplo el peligro de fuga (regulado en los artículos 166, 173.3 inciso a, y 174 del Código Procesal Penal) y el peligro de obstaculización (regulado en los artículos 173.3 inciso b, y 175 del Código Procesal Penal), pero cuando el legislador introdujo mezclando tanto fines procesales con fines sustantivos, entre otros, la pena que podría llegar a imponerse (establecido en los artículos 166 párrafo segundo, y 174.2 del Código Procesal Penal), la naturaleza del delito, la magnitud del daño causado (establecidos en los artículos 166 párrafo segundo, y 174.3 del Código Procesal Penal), y finalmente otro fin sustantivo como lo es la reiteración delictiva la cual paso a exponer y criticar.

El legislador en el artículo 173 del Código Procesal Penal establece en lo pertinente:

El juez, a solicitud de parte acusadora, podrá decretar la prisión preventiva, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

3. Presunción razonable, por apreciación de las circunstancias particulares, acerca de alguna de las tres siguientes situaciones:

c) Cuando, por las específicas modalidades y circunstancias del hecho y por la personalidad del imputado, exista peligro concreto de que éste cometa graves delitos mediante el uso de armas u otros medios de intimidación o violencia personal o dirigidos contra el orden constitucional o delitos de criminalidad organizada o de la misma clase de aquel por el que se proceda, o de que el imputado continuará la actividad delictiva.

De esta norma se deducen cuatro supuestos:

4.3.4.1. Cuando, por las específicas modalidades y circunstancias del hecho y por la personalidad del imputado, exista peligro concreto de que éste cometa graves delitos mediante el uso de armas u otros medios de intimidación o violencia personal.

4.3.4.1. O (delitos) dirigidos contra el orden constitucional

4.3.4.1. O delitos de criminalidad organizada

4.3.4.1. O (delito) de la misma clase de aquel por el que se proceda,

#### 4.3.4.1. O de que el imputado continuará la actividad delictiva.

Sin lugar a dudas este es un supuesto que recoge un fin penal y no un fin procesal, que pretende la prevención especial, lo cual viola los principios de culpabilidad, y presunción de inocencia, que tiene su fundamento en el artículo 34.1 en la Constitución Política, de igual manera, no se establece cómo es que se debe comprobar de que el imputado continuará con la actividad delictiva, aquí los enemigos son de nuevo los reincidentes, los que cometen delitos de crimen organizado, delitos contra el orden constitucional, o el que use armas u otros medios de intimidación o violencia personal.

#### 4.3.8. *Prisión preventiva automática*

En el artículo 173 párrafo final del Código Procesal Penal se establece que:

En todo caso el juez decretará la prisión preventiva, sin que pueda ser sustituida por otra medida cautelar, cuando se trate de delitos graves relacionados con el consumo o tráfico de estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controladas o con lavado de dinero y activos provenientes de actividades ilícitas.

Esta prohibición excarcelatoria, viola el derecho a la libertad, ya que deniega ésta, la cual tiene fundamento constitucional en los artículos 5 y 25.1, de igual forma, viola el principio de igualdad que tiene fundamento constitucional en el artículo 27 por establecer una discriminación irracional, y podrían darse paradojas como que una persona que cometió un asesinato puede obtener su libertad a través de medidas cautelares sustitutiva siempre que cumpla con las condiciones legales pero uno que comete un delito de abigeato según la ley 745 en su artículo 44 no tiene derecho a la libertad bajo medidas cautelares sustitutivas.

De igual forma, podría cuestionarse su constitucionalidad, ya que viola una de las características esenciales de toda ley cuál es su generalidad, de igual manera, no es el Juez o Magistrado el que decide decretar o no la prisión preventiva según las circunstancias del caso concreto, ya que quien decidió previamente fue el legislador, siendo el Juez o Magistrado un autómatas, cuando en realidad el debería decidir según las circunstancias del caso concreto.

El artículo 44 de la Ley número 745 establece que en todos estos delitos en que la pena se clasifique como grave por su naturaleza, se tramitarán en prisión preventiva mientras dure el proceso hasta que se dicte sentencia.

Como se ve de entrada en esta ley número 745 se amplió el catalogo de tipos penales en los cuales se debe dictar la prisión preventiva automática.

El artículo 37.b de la Ley número 735 se establece que la prisión preventiva, no podrá ser sustituida por otra medida cautelar, cuando se trate de los siguientes delitos a que se refiere este ley.

Como se ve de entrada en esta ley número 735 se amplió el catalogo de tipos penales en los cuales se debe dictar la prisión preventiva automática.

Si se aplicara literalmente estas normas legales se viola la presunción de inocencia del artículo 34.1 de la Constitución Política, por cuanto el mandato de prisión preventiva automática, no constituiría una medida razonable provisoria sino sancionatoria anticipada del acusado.



Aquí los enemigos son los narcotraficantes, lavadores, criminalidad organizada, etc.

#### *4.3.9. Regulación de las intervenciones telefónicas, comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas cuya limitación no es permitida por la Constitución Política*

En el artículo 26.2 de la Constitución Política se establece:

Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia, y sus comunicaciones de todo tipo.

A pesar de que la carta magna, no establece expresamente el límite del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo, el legislador ordinario estableció en el capítulo IV denominado de otros medios probatorios en sus artículos 213 y 214 del Código Procesal Penal las intervenciones telefónicas y la interceptación de comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas.

Basta leer el artículo 213 del Código Procesal Penal las intervenciones telefónicas son dirigidas taxativamente a seis clases de tipos penales los delitos de terrorismo, secuestro extorsivo, tráfico de órganos y de personas con propósitos sexuales, delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, legitimación de capitales o lavado de dinero y activos, y tráfico internacional de armas, explosivos y vehículos robados.

En los artículos 62, 63, 64, 65 y 66 de la ley 735 se regula la interceptación de comunicaciones, concretamente en los artículos 62 párrafo cuarto y 63. C de la ley 735 se amplían los plazos hasta un plazo máximo de seis meses, salvo en los casos de extrema gravedad o de difícil investigación, en los que el juez, mediante resolución fundada, disponga una prórroga de hasta seis meses.

Aquí los enemigos son los terroristas, secuestradores extorsivos, traficantes de órganos y de personas con propósitos sexuales, delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, legitimación de capitales o lavado de dinero y activos, y tráfico internacional de armas, explosivos y vehículos robados, y la criminalidad organizada.

#### *4.3.10. Amplias facultades a la Policía Nacional*

A la Policía Nacional se le realizaron concesiones en cuanto a la realización por sí misma de reconocimientos de personas, y reconocimientos fotográficos (artículos 233, 234 y 235 del Código Procesal Penal), requisa (artículo 236 del Código Procesal Penal), registro de vehículos, naves y aeronaves (artículo 239 del Código Procesal Penal), clausura de locales (artículo 243 del Código Procesal Penal). En todos estos actos de investigación que obviamente se afectan principios, derechos y garantías se prescinde de la autorización judicial, esta es una manifestación concreta del derecho penal del enemigo, aquí los enemigos en general, son todas las personas que pueden sufrir alguna afectación a sus derechos fundamentales, expresiones estas del denominado derecho procesal penal moderno, cuyo postulado máximo es la eficiencia del sistema penal, aún en desmedro de las garantías de un derecho procesal penal liberal, todo para garantizar el derecho a la seguridad ciudadana.

#### *4.3.11. En caso de urgencia se pueden efectuar actos de investigación que pueden afectar derechos fundamentales sin autorización judicial*

En el artículo 246 párrafo segundo del Código Procesal Penal se establece a la letra:

En caso de urgencia se practicará el acto sin previa autorización, pero su validez quedará supeditada a la convalidación del juez, la que será solicitada dentro de un plazo de veinticuatro horas. Si el juez apreciara además que en la práctica del acto se ha incurrido en delito, pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Público.

Obviamente este párrafo segundo es contrario al mismo párrafo primero del artículo 246 del Código Procesal Penal que establece que para efectuar derechos consagrados en la Constitución Política cuya limitación sea permitida por ella misma, se requerirá autorización judicial debidamente motivada por cualquier juez de Distrito de lo Penal con competencia por razón del territorio. Una vez iniciado el proceso, es competente para otorgar la autorización, el juez de la causa.

El párrafo segundo del artículo 246 del Código Procesal Penal plantea dos problemas esenciales.

En primer lugar, qué se define como acto de urgencia, ya que sobre este concepto se puede dar dos definiciones, una primera restrictiva que definiría que actos urgentes solamente son aquellas hipótesis que establece la Constitución Política por ejemplo los casos de allanamiento sin orden que establece la Constitución Política, pero en otra interpretación se puede afirmar que acto urgente es todo aquel que no puede esperar.

En el artículo 31 de la ley 735 párrafo final se define que es urgencia.

Se considera que existe urgencia cuando, de no actuar en el acto la Policía Nacional, los resultados de la investigación se frustrarían por la fuga de los imputados o por la desaparición o alteración de la evidencia u otro medio probatorio. Igualmente se considerará urgente la intervención policial sorpresiva cuando, por la conformación o medios de que dispone el grupo criminal, exista peligro serio de obstaculización a la actividad investigativa.

Esta es una manifestación concreta del derecho penal del enemigo, aquí los enemigos en general, son todas las personas que pueden sufrir alguna afectación a sus derechos fundamentales.

#### *4.3.12. Posibilidad de realizar la audiencia preliminar sin defensor*

En el artículo 260 del Código Procesal en su penúltimo párrafo establece que la inasistencia del defensor a esta audiencia (la audiencia preliminar) no la invalida. En consecuencia, la designación del defensor no será motivo para suspenderla.

Esta norma procesal penal viola la garantía mínima de defensa que tiene fundamento constitucional expreso en el artículo 34. 4 que establece que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso.

Esta es una manifestación concreta del derecho penal del enemigo, aquí los enemigos en general, son todas las personas que pueden sufrir alguna afectación a sus derechos fundamentales.

#### *4.3.13. No obligación del Ministerio Público a notificar las diligencias de investigación*

El artículo 249 del Código Procesal Penal es expreso al establecer que el Ministerio Público no está obligado a notificar de las diligencias de investigación a las personas investigadas aún no sometidas a proceso, y entre varios fundamentos dice que es en aras de la eficiencia de la investigación, aunque nuestra ley suprema establece en su artículo 26.4 que toda persona tiene derecho a conocer toda información que sobre ella han registrado las autoridades estatales, así como el derecho a saber por qué y con qué finalidad tiene esa información.

Esta es una manifestación concreta del derecho penal del enemigo, aquí los enemigos en general, son todas las personas que pueden sufrir alguna afectación a sus derechos fundamentales.

#### *4.3.14. Además de la tipificación autónoma del delito de crimen organizado en el Código Penal en la ley número 735 se amplía este concepto a otros tipos penales e incluso se establece una cláusula genérica*

Como antes se expresó ya en el artículo 393 del Código Penal se ha tipificado el tipo penal de Crimen Organizado, en el artículo 3 de la Ley No. 735 se amplía aún más este concepto y se consideran delitos de crimen organizado, entre otros, todos los delitos de drogas, terrorismo, lavado de dinero, bienes o activos, delitos contra la administración pública, después de su lista amplia finaliza el artículo 3 de la Ley No. 735 expresando o cualquier otro delito realizado en concurso o conexidad con los delitos anteriormente indicados, lo cual viola el principio de taxatividad en cuanto a su indeterminación, derivado del principio de legalidad penal el cual se encuentra establecido en el artículo 34.11 de la carta magna, aquí los enemigos son los que encajan en el concepto de criminalidad organizada del artículo 3 de la ley 735.

#### *4.3.15. En la ley número 735 se legaliza la intervención del Ejército de Nicaragua en la prevención y persecución de estos delitos*

En el artículo 97 de la Constitución Política se establece cual es uno de los aspectos de la misión de la Policía Nacional como es la prevención y persecución del delito.

En la Constitución Política en sus artículos 92, 93, 94, 95 y 96 no se establece que es misión del Ejército de Nicaragua la prevención y persecución del delito.

En esta ley número 735 se legalizó una situación que de hecho venía operando en la práctica como es la intervención del ejército de Nicaragua en estos delitos.

Por ejemplo, en el artículo 32 de la Ley número 735 se autoriza al Ejército de Nicaragua a descubrir, interceptar o retener las sustancias a que se refiere la presente ley, en el artículo 38 de la Ley número 735 se autoriza al Ejército de Nicaragua a secuestrar aeropuertos, pistas de aterrizaje y aeronaves, en el artículo 73 de la Ley número 735 se autoriza al Ejército de Nicaragua a aplicar medidas de protección.

Se viola el principio de legalidad en sentido amplio ya que según la Constitución Política el Ejército de Nicaragua no es un autoridad expresamente facultado para perseguir el delito, aquí los enemigos son todos los de la criminalidad organizada, amén que se compatibiliza con el derecho penal del enemigo en cuanto se utiliza la mano militar en la guerra contra la criminalidad organizada.

#### *4.3.16. En la ley número 735 se regulan las nuevas Medidas Precautelares en la investigación*

En los artículos 35 y 36 de la Ley número 735 se regulan las medidas precautelares en la investigación, consistentes, entre otras, retención migratoria, embargo de bienes y su anotación preventiva, prohibición de comunicación, prohibición de concurrir a lugares, suspensión del cargo público en casos de delitos funcionariales.

Aunque en la letra de los artículos 35 y 36 de la Ley número 735 se exige la observación de la motivación y la proporcionalidad, racionalidad y necesidad, tanto en la solicitud como en la autorización judicial, estas medidas precautelares en la investigación violan el principio de inocencia del artículo 34.1 de la Constitución Política.

Aquí los enemigos son todos los que encajen en la criminalidad organizada.

#### *4.3.17. En la ley número 735 se presume la culpabilidad del tercero de buena fe*

Según el artículo 61 de la ley 735 es el tercero de buena fe quien debe acudir al Ministerio Público para acreditar su derecho e intervenir en el proceso penal.

Lo anterior obviamente viola el artículo 34.1 de la Constitución Política que garantiza que quien debe probar la culpabilidad de una persona investigada es el órgano acusador, y no es el imputado quien debe probar su inocencia porque esa ya la Constitución Política la presume.

Aquí los enemigos son los terceros de buena fe, ya que se presume su mala fe.

#### *4.3.18. En la ley número 735 se aumentan las hipótesis de anticipo jurisdiccional de prueba establecida en el Código Procesal Penal*

En el artículo 202 del Código Procesal Penal solamente se establecían dos casos de anticipo jurisdiccional de prueba, como son: en primer lugar, cuando se enfrente inminente peligro de muerte del testigo o perito, y en segundo lugar, si el testigo tiene la condición de no residente en el país e imposibilitado de prolongar su permanencia hasta el momento del juicio o de concurrir al mismo.

En el artículo 76 de la ley número 735 además de los casos anteriores se regulan tres nuevos supuestos a saber:

En primer lugar, víctima, testigo o perito, cuya seguridad, vida o integridad física corran riesgos con motivo de su participación en el proceso y se presuma razonablemente que su declaración en juicio no será posible pues no se reducirá el riesgo o éste podría aumentar.

En segundo lugar, cuando el testigo o perito se encuentre ante circunstancias de fuerza mayor, tenga que salir fuera del país.

Y en tercer lugar, cuando la víctima, testigo corran el peligro de ser expuesto a presiones mediante violencia, amenaza, oferta, o promesa de dinero u otros beneficios análogos.

Esta norma puede violar los principios de inmediación y oralidad, aquí los enemigos son los que cometen cualquier delito de criminalidad organizada.

*4.3.19. En la ley número 735 se regulan nuevos medios especiales de investigación como la entrega vigilada, la entrega controlada, el agente encubierto, los agentes reveladores y los informantes, figuras las cuales son de dudosa constitucionalidad*

En los artículos 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, y 90 de la ley número 735 se regulan nuevos actos investigativos especiales, como son: la entrega vigilada, la entrega controlada, los agentes encubiertos, los agentes reveladores y los informantes.

Hay tres aspectos esenciales que ponen en duda su constitucionalidad

En primer lugar, en todos estos actos investigativos especiales, a pesar de que se pueden afectar derechos fundamentales, se prescinde de la autorización judicial.

En segundo lugar, queda muy discrecional la frontera clara, sobre los deberes del agente encubierto y su responsabilidad penal, en el artículo 88.d de la ley número 735 se establece que uno de los deberes del agente encubierto es abstenerse de cometer delitos o faltas en exceso de su actuación, en el artículo 90 de la ley 735 se establece que el agente encubierto responderá personalmente de los actos que constituyan cualquier delito o falta cometido por exceso de su actuación.

Qué y quién debe definir como exceso de su actuación, es la gran interrogante en este supuesto.

En tercer lugar, se prescinde por razones de seguridad o protección de la vida, integridad física, etc. al agente encubierto para que no comparezca a juicio según el artículo 89 de la ley número 735, lo cual viola los principios de inmediación, oralidad, contradicción, y legalidad procesal penal ya que el artículo 247 del Código Procesal Penal establece la forma de llevar al juicio los resultados de los actos de investigación, y es a través de la declaración testimonial de quienes directamente la obtuvieron mediante percepción personal.

Aquí los enemigos son los que cometen cualquier delito de criminalidad organizada.

*4.3.20. En la ley número 745 se amplía de dos tercios a tres cuartas partes el cumplimiento de efectiva prisión en los delitos de : terrorismo, secuestro extorsivo, tráfico y extracción de órganos y tejidos humanos, tráfico de inmigrantes ilegales, delitos relacionados con estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controladas exceptuando el delito tipificado de tenencia en el Código Penal, lavado de dinero, bienes o activos, tráfico ilícito de armas, fabricación, tráfico, tenencia y uso de armas restringidas, sustancias o artefactos explosivos, tráfico ilícito de vehículos, crimen organizado, violencia doméstica o intrafamiliar, delitos contra la libertad e integridad sexual, delitos contra el orden internacional, robo con violencia o intimidación en las personas, robo agravado.*

En el artículo 96 del Código Penal del 2008 se establece que una de las circunstancias para otorgar la libertad condicional es que hayan cumplido las dos terceras partes de la condena impuesta, pero en la Ley No. 745 en su artículo 16 inciso b establece que este beneficio de Libertad Condicional sólo se podrá aplicar cuando la persona condenada haya cumplido no ya los dos tercios sino las tres cuartas partes de la pena de efectiva prisión.

Obviamente esta norma, viola el principio de igualdad, establecido en el artículo 27 de la Constitución Política, y aquí los enemigos siguen siendo los mismos, los de criminalidad organizada pero se agregan algunos otros que como avizora el futuro pronto serán parte de la gran familia del derecho penal del enemigo, la cual va creciendo cada día, como la violencia doméstica o intrafamiliar y los robos con violencia o intimidación en las personas, y el robo agravado.

## V. CONCLUSIONES

El Derecho penal para ser democrático, debe respetar los límites necesarios que impone el modelo constitucional de un Estado Social de Derecho, estos límites del derecho de castigar que tiene el Estado tienen su fundamento, tanto en la Constitución Política, como en los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos.

Esos límites necesarios se expresan en principios, derechos y garantías, que son el baluarte defensivo de una persona frente al aparato del poder del Estado, estos principios, derechos y garantías además de estar constitucionalizados están establecidos en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y tanto, el Código Procesal Penal como el Código Penal, se han encargado en sus títulos preliminares de recordar su vigencia y aplicación directa.

En el Derecho Penal de hoy, han aparecido nuevas tendencias del derecho penal, entre ellos, el derecho penal simbólico, el derecho penal de velocidades, y el que más impacto ha tenido en la realidad, es el derecho penal del enemigo.

El derecho penal del enemigo, se caracteriza por el adelantamiento de las barreras punitivas, es decir, el punto de referencia del ordenamiento penal se encuentra proyectado hacia el hecho futuro, en lugar de lo que es habitual, en el hecho cometido; el establecimiento de penas altas y desproporcionadas; y la relativización o eliminación de principios y garantías procesales.

En la legislación Nicaragüense a nivel constitucional no se encuentran rasgos del derecho penal del enemigo, a diferencia del Código Procesal Penal que aunque tiene varias normas de un derecho procesal penal liberal, entre otros, presunción de inocencia, legalidad procesal, defensa, dignidad humana, tiene varios rasgos del derecho penal del enemigo, entre otros, la prisión preventiva automática, prescindencia de autorización judicial cuando se afectan principios, derechos y garantías, y el otorgamiento de mayores facultades a los órganos persecutores que relativizan los derechos y garantías procesales.

En el ámbito del Código Penal que aunque tiene varias normas de un derecho penal democrático, entre otros, legalidad penal, culpabilidad, responsabilidad subjetiva, proporcionalidad, sí se encuentran rasgos del derecho penal del enemigo, entre otros, la reincidencia, el concepto de peligrosidad, penas altas, adelantamiento de barreras punitivas, y la limitación de principios y garantías constitucionales.

De igual manera, es en las leyes especiales números 735 y 745 que regulan la criminalidad organizada como la ejecución de la pena en donde se encuentran las mayores manifestaciones de un derecho penal del enemigo, cuando se establecen, entre otras, la prisión preventiva automática, la negación de derechos y beneficios penitenciarios, el aumento del tiempo para otorgar la libertad condicional, el aumento desmesurado del concepto de criminalidad organizada, la introducción de medios especiales de investigación sin control judicial como la entrega vigilada, la entrega controlada, el agente encubierto, y el informante, y la legalización de la intervención de las Fuerzas Armadas en la prevención y persecución del delito.

En general, en la legislación nicaragüense la mayoría de sus normas, son de un derecho penal y procesal democrático, pero al tener mayor repunte los delitos de criminalidad

organizada se ha positivizado en las normas ordinarias como el Código Penal, el Código Procesal Penal, y las leyes especiales números 735 y 745 el derecho penal del enemigo, haciendo que en la teoría y en la práctica cuando se trate de delitos de criminalidad organizada impere el derecho penal del enemigo sobre el derecho penal y procesal penal democrático.

## **VI. Referencias bibliográficas**

- Agamben, G. (2004). Estado de excepción, Homo Sacer II, 1, Trad. Cuspinera, Valencia: Pre-textos.
- Ambos, Kai, (2006). Derecho penal del enemigo, volumen I, Trad. Gómez Jara-Díez, Buenos Aires: B de F, pág. 119-161.
- Aponte, A, (2006). Derecho penal del enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra, Buenos Aires: B de F, pág. 205-237.
- Baratta, A, Silbernagl, M, (1986). La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal, Cuadernos de Política Criminal 28, pág. 157-192.
- Baratta, A., (1997). Política criminal: entre la política de seguridad y la política social, en Carranza, E., Delito y seguridad de los habitantes, México: Siglo XXI, pág. 80-95.
- Baratta, A, (1997). Principios del Derecho Penal Mínimo. Textos de lectura escuela de capacitación Judicial, Consejo de la Judicatura, San Salvador.
- Binder A, M, (1992). Revista de Ciencias Jurídicas Derecho Constitucional, Derecho Penal y Educación Jurídica.” Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial.
- Binder, A, M, (1994). Funciones y Disfunciones del Ministerio Público, El Ministerio Público para una nueva justicia criminal. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- Bergalli, R, (2003). Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio jurídicas, en Bergallini, Sistema penal y problemas sociales, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 25-82.
- Cancio Meliá, M, (2006). De nuevo: Derecho penal del enemigo, en JAKOBS, G., Derecho penal del enemigo, 2ª. Edición, Madrid: Civitas.
- Cancio Meliá, M, Feejjò Sanchez, B. (2006). Prevenir riesgos o confirmar normas, La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar”, en JAKOBS, G, La pena estatal: sentido y finalidad, Madrid: Civitas.
- Capella, J, R, (1993). Los ciudadanos ciervos, Madrid: Trotta.
- Capella, J.R. (1997). Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado, Madrid: Trotta.

- Cornacchia, L. (2006). La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción, Trad. Romero Flores, en Cancio Meliàm, M, GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 1, Buenos Aires: BdeF, pág. 415-456.
- Cuerda Arnau M.L. (2000). Principios Constitucionales que informan el proyecto de Código Penal de Nicaragua en el Contexto de un Estado de Derecho. Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia. CAJ-FIU. Managua, Nicaragua.
- Campos Bidart. G.J. (1969). Derecho Constitucional, editorial: Ediar, Buenos Aires, Argentina.
- Díaz, E, (1988). Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Sexta edición. Talleres gráficos de UNIGRAF S.A, Mostoles (Madrid) España. Pág. 18 y 19.
- De Giorgi, A. (2006). El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud, Introd. Brandariz García, J. A, Faraldo Cabana, P, Trad. Brandariz García, Bouvier, Madrid: Traficantes de sueños.
- Deleuze, G. (2002). Diferencia y repetición, Trad. Delpy, Beccacece, Buenos Aires: Amorrotu.
- Deleuze, G., (2002). Post-scriptum sobre las sociedades de control, en DELEUZE, G., Conversaciones, Trad. Pardo, Madrid: Editorial Nacional, pág. 195-201.
- Derrida, J., (1997). Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad, Trad. Barberá, Peñalver, Madrid: Tecnos.
- Diez Ripollés, J.L. (2006). De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, en CANCIO MELIÁ, M., GÓMEZ JARA DÍEZ, C., (coords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 1, Buenos Aires: BdeF, p. 553-602.
- Donini, M., (2008). Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar, Trad. Guérez Tricarico, en CANCIO MELIÁ, M., /POZUELO PÉREZ, L., (coords.), Política criminal en vanguardia: inmigración, terrorismo, criminalidad organizada, Navarra: Thompson-Civitas, p. 32-56.
- Feijoó Sanchez, B. (2006). El Derecho Penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 2, Buenos Aires: BdeF, p. 799-844.
- Flavio Gomes, L.,/Bianchini, A. (2006). Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal, Trad. Gómez Jara-Díez, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 1, Buenos Aires: BdeF, p. 949-976.
- Ferrajoli, L. (1994). El derecho como sistema de garantía”. Justicia Penal y Sociedad Año III. No.5 Guatemala.



- Ferrajoli, L. (1995). Razón y Derecho. Editorial Trota, Madrid.
- Foucault, M. (1990). Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión, Madrid: Siglo XXI.
- Garland, D., (2005). La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Trad. Sozzo, Barcelona: Gedisa.
- Gómez Jara-Díez, C. (2006). Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 1., Buenos Aires: BdeF, p. 975-1002.
- Gracia Martín, L., (2006). Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 1, Buenos Aires: BdeF, pag. 1067-1072.
- Greco, L. (2006). Acerca del llamado Derecho penal del enemigo, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 1., Buenos Aires: BdeF, pag. 1081-1111.
- Hardt, M., /NEGRI, A., (2002). Imperio, Trad. Bixio, Barcelona: Paidós.
- Hassemer, W. (1995). Crítica al Derecho Penal de hoy. Editorial: ad-hoc. Buenos Aires, Argentina.
- Hassemer, W. (1993). Crisis y características del Moderno Derecho Penal. Actualidad Penal, nº 43, Madrid.
- Jakobs, G. (1996). Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (1997). Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en JAKOBS, G., Estudios Penales, Trad. Peñaranda Ramos, Madrid: Civitas, pag. 237-256.
- Jakobs, G. (2006b). La pena estatal: Significado y finalidad, Trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (2006c). Derecho penal del enemigo, Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad, Trad. Cancio Meliá, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 2, Buenos Aires: BdeF, pag. 96-116.
- Jakobs, G. (2006d). Terroristas como personas en Derecho, Trad. Cancio Meliá, CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 2, Buenos Aires: BdeF, p. 77-92.
- Jakobs, G. (2008). El Derecho penal como disciplina científica, Trad. Van Weezel, Madrid: Civitas.

- Jakobs, G, Cancio Meliá, M. (2006a). Derecho penal del enemigo, 2ª edición , Civitas, Madrid.
- Luzón Peña, D.M. (1995). Curso de derecho penal. Parte general I. Editorial: Hispamer, Managua, Nicaragua.
- Larenz. K. (1974). Metodología de la Ciencia del Derecho. Editorial Ariel. Traducción de la 4ta. Edición alemana. Barcelona, España.
- Mir Puig, S. (1998). Derecho Penal Parte General. Editorial: Tecfoto. Barcelona, España.
- Muñoz Conde, (2009). De la tolerancia cero, al derecho penal del Enemigo. Editorial: Servicios gráficos. Managua, Nicaragua.
- Maresca, M., (2005). Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley, en PORTILLA CONTRERAS, G., Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales”, Madrid: Akal, pag. 87-118.
- Paye, J.C. (2008). El final del Estado de Derecho. La lucha antiterrorista: del Estado de excepción a la dictadura, Trad. Morales Bastos, Hondarribia: Editorial Hiru.
- Portilla, Contreras, G. (2004). La configuración del homo sacer como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial, en PEREZ ÁLVAREZ, F., (ed.), Serta in Memoriam Alessandri Baratta, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pag 1401-1423.
- Portilla Contreras, G. (2007). El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Polaino Orts, M. (2006). Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto, Buenos Aires: Editorial Mediterránea.
- Prittwitz, C. (2004). Derecho penal del enemigo, Análisis crítico o programa de Derecho penal, Trad. Gómez Martín, en MIR PUIG, S., (dir.), CORCOY BIDASOLO, M.,/GÓMEZ MARTÍN, V., (coords.), La política criminal en Europa, Barcelona: Atelier, pág. 107-120.
- Roxin Claus. (1997). Derecho Penal, parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Madrid, España, editorial, civitas.
- San Martín Segura, D. (2009). El riesgo como dispositivo de gobierno en la sociedad de control, en BRANDARIZ GARCÍA, J.A.,/FERNÁNDEZ DE ROTA, A., / GONZÁLEZ, R., La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política del movimiento, Málaga: Universidad Libre Experimental/Universidade Invisíbel, pág. 51-65.
- Silva Sánchez, J.M. (1992). Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona: José María Bosch.

Silva Sanchez, J.M. (2006). Del Derecho abstracto al Derecho real. Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: sentido y finalidad, (Trad. y estudio preliminar Cancio Meliá, M., / Feijóo Sánchez, B.,) Thompson, Civitas, Madrid, 2006”, Indret 4/2006, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com).

Zaffaroni, E.R., (2006a). El enemigo en el Derecho Penal, Madrid: Dykinson.

Zaffaroni, E.R., (2006b). La legitimación del control penal de los extraños, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 2, Buenos Aires: BdeF, pág. 1115-1147.