



**UNIVERSIDAD DE CHILE.**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES.  
ESCUELA DE DERECHO.  
Departamento de Derecho Penal.

# **COMPARACIÓN CRÍTICA ENTRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL DERECHO PENAL LIBERAL.**

Memoria para optar al Grado Académico de  
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

**SEBASTIÁN IGNACIO GARRIDO MOREIRA.**

Profesora Guía: Dra. Myrna Villegas Díaz.

Santiago, Chile.  
2008.

## ÍNDICE.

	Pág.
INTRODUCCIÓN	04
CAPÍTULO PRIMERO.	
<b>EXPANSIONISMO PENAL V/S GARANTISMO.</b>	07
Contexto Histórico y Principios Básicos.	
CAPÍTULO SEGUNDO.	
<b>EL DERECHO PENAL.</b>	24
Concepto, Características y Principios Básicos.	
II.1.- La necesidad del Derecho Penal.	24
II.2.- El concepto de Derecho Penal en la doctrina nacional.	27
II.3.- Características fundamentales del Derecho Penal.	29
II.4.- Principios Básicos del Derecho Penal.	32
CAPÍTULO TERCERO.	
<b>DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.</b>	49
Concepto, Antecedentes y Características.	
III.1.- El enemigo.	49
III.2.- Función simbólica y punitivismo.	55
III.3.- Características del Derecho Penal del Enemigo.	60

CAPÍTULO CUARTO.	
<b>DISYUNTIVA ACTUAL.</b>	66
¿Política Criminal o Derecho Penal del Enemigo?	
CONCLUSIONES.	76
BIBLIOGRAFÍA FUNDAMENTAL.	79

## **INTRODUCCIÓN.**

En la presente memoria de grado me propongo analizar los antecedentes, las características y el concepto de lo que se ha denominado, por Gunther Jakobs, como Derecho Penal del Enemigo, para poder hacer una comparación de éste con el clásico Derecho Penal Liberal.

Para poder confeccionar esta comparación, me avoqué al estudio de autores como Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, Luis Gracia Martín, Alessandro Baratta, entre otros, para encontrar las características y críticas al Derecho Penal del Enemigo, entendiendo al Derecho Penal Liberal como un sistema normativo que busca resguardar las garantías y restringir la punibilidad con la que dispone el Estado.

Esta memoria esta dividida en cuatro capítulos, en los cuales analizo, en el primero, el antecedente del Derecho Penal de Enemigo, o sea, el movimiento expansionista del Derecho penal, en una comparación con el movimiento contrario, o sea, el garantismo penal. En el segundo capítulo se entrega un concepto de derecho penal liberal y se describen cuales son sus principales características y principios. El tercer capítulo trata del tema central de la presente memoria, es decir, el derecho penal del enemigo, describiendo su concepto, algunos antecedentes y características. Finalmente, el cuarto capítulo abarca la comparación que realizo de ambos Derechos Penales, siendo la actual disyuntiva: la aplicación del derecho penal del enemigo versus la aplicación de una política criminal garantista.

El tema de esta memoria de grado fue escogido debido a que actualmente está en boga hablar de la lucha contra el terrorismo, los enemigos internos y externos, y dentro de una sociedad que comienza a estar dominada por el temor a la delincuencia, surge un arma que se utiliza indiscriminadamente.

Es el tema de esta memoria tratar de estudiar la diferencia entre el derecho penal clásico y del enemigo, para dejar en evidencia que este último, al no seguir los principios del primero, no debería ser llamado derecho penal, sino que sólo es parte de una legislación de emergencia o de seguridad interna del Estado.

**CAPÍTULO PRIMERO.**  
**EXPANSIONISMO PENAL V/S GARANTÍSMO.**  
**Contexto Histórico y Principios Básicos.**

I.-

## **CAPÍTULO PRIMERO.**

### **EXPANSIONISMO PENAL V/S GARANTISMO.**

#### **Contexto Histórico y Principios Básicos.**

Tanto en nuestro país como a nivel mundial, el tema de la mayor o menor utilización del derecho penal por las sociedades, da pábulo a una discusión con plena vigencia. A este respecto, las palabras de las autoridades políticas, muchas veces viendo la solución a los fenómenos delictuales en el aumento de la represión estatal, aumentando la rigurosidad de las penas, es una manifestación clara de lo anterior<sup>1</sup>.

El profesor Peter-Alexis Albrecht lo expone con claridad con las siguientes palabras: “En el ámbito de la discusión pública sobre los problemas sociales puede considerarse como una tendencia generalizada en todos los partidos políticos la reacción permanente e inmediata mediante la llamada al derecho penal. Las actuales demandas de criminalización han sido y son formuladas en relación con el debate sobre la protección de datos, la amenaza

---

<sup>1</sup> Poco tiempo atrás, el H. Diputado Sr. Maximiano Errázuriz propuso al país como medida punitiva para los delitos sexuales, en dónde se viesen envueltos atentados contra menores de edad, lejos los que la sociedad más repudia, la castración química para el infractor. Boletín 3326-07 ingresado a la H. Cámara de Diputados el día jueves 28 de agosto de 2003. Actualmente se encuentra en su primer trámite constitucional en la Comisión de Legislación, Constitución y Justicia de dicha Corporación.

a la naturaleza a través de la explotación destructora de la tierra, el aire y el agua, los peligros de la tecnología genética, la proliferación de mujeres extranjeras en la prostitución, etc. Asimismo, la difusión en los medios de comunicación de las imágenes sobre las víctimas de las peleas de perros condujo inmediatamente a un proyecto de ley para castigarlas; también los escándalos relacionados con el “*doping*” de deportistas de élite motivaron los esfuerzos para sancionarlos.

Aunque es más que cuestionable que el derecho penal pueda solucionar éstos y otros problemas sociales tan complejos, sí puede constatarse que sin lugar a dudas el derecho penal posee actualmente el carácter de *arma política*<sup>2</sup>.

La denominada situación de “inseguridad ciudadana” es otra prueba factible de que esto está ocurriendo en nuestra comunidad. El temor a ser víctima de un delito, sin siquiera haberlo sido antes, más aún, influenciados muchas veces por los medios de comunicación social, es una situación que debe y requiere ser analizada con detalle<sup>3</sup>. El Profesor Hassemer lo resume en una idea central: “Violencia, riesgo y amenaza constituyen hoy fenómenos

---

<sup>2</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho Penal en la intervención de la política populista, en La insostenible situación del derecho penal. Editorial Comares, Granada, España, 2000, Pp. 471-472.

<sup>3</sup> A este respecto son ilustrativas las palabras del profesor Hassemer: “La chance de percibir violencia y ejercicio de violencia seguramente nunca fue mejor que hoy. Una sociedad que dispone, por un lado, de medio de comunicación eficientes, y que, por otro –al menos en la estimación de estos medios-, en el consumo comunicativo, está vivamente interesada en los fenómenos de violencia, ya no necesita experimentar la violencia en su propio seno para percibirla como omnipresente: pocos serán los ejercicios espectaculares de violencia en el mundo que se nos escapen”. En HASSEMER, Winfried. Crítica al Derecho Penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento, límites a la aplicación de la prisión preventiva. Traducción de Patricia Séller. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2003. Pp. 49-50.



centrales de la percepción social. La seguridad ciudadana hace su carrera como bien jurídico y alimenta una creciente industria de la seguridad”<sup>4</sup>

El uso de la violencia que implica el derecho penal es lejos la forma más violenta de la que se vale el Estado para punir determinadas conductas, siendo las penas impuestas, en un acto de soberanía, una privación de derechos fundamentales de las personas, que deben siempre tener un sustrato doctrinario y jurídico para que ello se produzca.

Es en este contexto, en que muchos abogan por una suerte de “extensión” en la utilización del derecho penal, pidiendo la creación de cada día más tipos penales, restringiendo las garantías de los imputados en el proceso penal a fin de lograr una mayor efectividad represiva; y en que otros, viendo la necesidad de restringir la utilización del *ius puniendi*, plantean posibilidades alternativas de resolución al conflicto penal, dejando su utilización, por ejemplo, sólo para los delitos de mayor connotación social. De esta forma es que tiene vigencia la discusión que se reproducirá en las siguientes páginas. No es posible que la privación de derechos que el Estado realiza en contra de sus propios ciudadanos no tenga una fundamentación que legitime esta práctica.

Por ende, antes de desarrollar el tema del derecho penal del enemigo – discusión central de las páginas del presente trabajo de memoria de grado-, está la discusión subyacente entre las dos tendencias más claras del derecho penal actual; a saber, el derecho penal mínimo o garantismo, y el derecho penal máximo, o expansionismo.

---

<sup>4</sup> HASSEMER, Winfried. Op. Cit. Pp. 50-51.

Uno de los cimientos a partir del cual se erigió el Estado moderno que se consolida a partir del siglo XVIII, fue la idea de que el soberano, por una parte no es absoluto, ya que tiene ciertas limitaciones esenciales que descansan en los derechos inalienables que emanan de la naturaleza humana; y que por otra, este soberano, al momento de aplicar penas, no puede ir en contra de estos mismos derechos fundamentales y que su facultad de punir –el *ius puniendi*, debe tener ciertos radios y márgenes de acción. A este respecto, el profesor de la Universidad de Barcelona, don Roberto Bergali señala que la configuración del Estado-Nación se afirma en base de los principios de soberanía, los límites fronterizos y la elaboración y aplicación de un propio ordenamiento jurídico, el cual, poco a poco, fue remitiéndose a principios y categorías jurídico-constitucionales y a derechos y garantías fundamentales, todos los cuales fueron acogidos como los límites de cualquier intervención punitivo-estatal por las Cartas Magnas<sup>5</sup>

Estas ideas permitieron a la doctrina penal ir construyendo una teoría acorde a la defensa de los derechos de las personas que permitiera reprimir a los delitos y a quienes incurrieran en su comisión, y por otra parte, iniciar una fructífera discusión que fuese capaz de fundamentar a la pena como “el” castigo del que se vale el derecho penal para cumplir con su función de defensa de la comunidad y preservación de la paz social quebrantada por el delito.

Pero algo ha cambiado en las últimas décadas en relación a la visión que se tiene sobre esta área del derecho, particularmente acerca de la extensión que debe tener. No es menor para el operador jurídico, que conoce que el derecho no es mera norma y regla de conducta, sino que también tiene un

---

<sup>5</sup> BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas, en Sistema Penal y Problema Social, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2003, Pp. 25-26.

sustrato importante basado en los principios generales y en la costumbre, el que el derecho penal, antes indudablemente *última ratio*, hoy sea visto como una suerte de opción posible de aplicar a todas las soluciones. Cuesta entender el cómo, muchas veces para determinadas situaciones sociales se intente punir conductas con penas privativas de libertad que no cumplen en ningún caso con los requisitos de ser dañosas para el todo social.

A este respecto, el catedrático español don Jesús María Silva Sánchez, da algunas directrices, señalando que la tendencia expansionista actual nace debido al aumento de bienes jurídicos que es necesario proteger, o, porque algunos de los existentes comienzan a exigir una mayor protección. Así, existiría una sociedad que es objetivamente insegura, dónde no sólo radican los riesgos en las decisiones humanas que los generan, sino que también en las decisiones humanas que los distribuyen.

Esta sensación de inseguridad por parte de la población se ve reafirmada por la exigencia social de protección que cada día la población más le exige al Estado. Nace lo que el autor español en comento denomina como “sociedad de sujetos pasivos”. Pareciera ser que el Estado Social, de bienestar social que nace en la posguerra, también exigiría una mano más fuerte y dura en aplicación de las normas penales. Estaría naciendo una sociedad de sujetos pasivos, con miedo al riesgo.

Esta idea la expone con claridad la catedrática Blanca Mendoza<sup>6</sup>, quien señala que la comunidad moderna vive inmersa en un riesgo frecuente, caracterizado por tres rasgos fundamentales:

---

<sup>6</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Editorial Civitas, España, 2001, Pp.24-33.

- Cambio en el potencial de los peligros actuales en relación con los de otras épocas. La sociedad actual se caracteriza por la existencia de riesgos que, a diferencia de los peligros que amenazan con desastres naturales o plagas de otras épocas, son “artificiales”, en el sentido de que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de éste;
- Complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad. La responsabilidad se ramifica cada vez más a través de procesos en los que contribuyen muchas personas, a veces integrados en un sistema de división del trabajo, pero otras sin relación entre ellos. Traspasado esto al ámbito penal, se destaca que en lo que se podría denominar un “Derecho Penal de la seguridad”, que asume este carácter de la sociedad de riesgo, existiría una vaga o difusa culpabilidad por el hecho individual, de modo que sólo con dificultades pueden ponerse en relación la producción del daño o del peligro y la culpabilidad por ello; y,
- Sensación de inseguridad subjetiva que puede existir independiente de la existencia de peligros reales.

En este mismo contexto es que se desarrollan tendencias que marcan más la atención en lo que sucede con las víctimas del delito<sup>7</sup>. Hay una fuerte

---

<sup>7</sup> La nueva ciencia, denominada victimología intenta mostrar el como el delito implica una situación en el sujeto pasivo que debe ser atendida por el Estado, teniendo las víctimas ciertos derechos que deben ser recogidos por los ordenamientos jurídicos, entre otros, el derecho a la acción, ya recogido en nuestro país constitucionalmente. Sobre la literatura aparecida en el último tiempo sobre la victimología puede consultarse, RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología: Estudio de la víctima. Editorial Porrúa S.A. México, 1990; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Presente y Futuro de la Victimología. En Revista de Ciencias Penales, Quinta época, 1990-1993, Tomo XL, Nº 1; ALONSO PÉREZ, Francisco. Introducción al estudio de la Criminología. Editorial Reus S.A., Madrid, 1999.

identificación con ellas, con un miedo extremo a llegar a serlo por parte de la población.

Esta expansión de la aplicación del derecho penal se agrava con la no existencia de una política criminal por parte de los Estados. El caso chileno nos puede ilustrar bastante a este respecto.

Como sabemos, la política criminal se vale de tres elementos que deben ser coherentes entre sí –presupuestos, objetivos e instrumentos-, debiendo estos encontrarse mutuamente compenetrados y sirviendo constantemente al propósito de controlar la criminalidad con medidas de variado orden (legales, administrativas, socioeconómicas, culturales y judiciales) que respeten el conjunto de las garantías penales<sup>8</sup>.

Como señala el Profesor Mera Figueroa, en Chile puede verse un caso paradigmático de irracionalidad en el uso de la norma penal para enfrentar los momentos de “inseguridad ciudadana”. Por ejemplo, la reforma introducida a los delitos de hurto y robo por la ley 11.625 de 4 de octubre de 1954, en donde no sólo se aumentaron las penas del robo con violencia o intimidación –en cuyo sedicente incremento por esa época se fundó la reforma- sino que las del robo con fuerza en las cosas (una forma de hurto agravado en el derecho comparado) e incluso las del hurto, cuya sanción, dependiendo del valor de la cosa sustraída, puede llegar a ser aflictiva, superior a la de las lesiones menos graves, a la de las lesiones simplemente graves y a la de la mutilación de un miembro menos importante (como un dedo o una oreja). Como agrega el destacado penalista, símbolo de esta irracionalidad es la pena del robo simple (5 años y un día a 20 años de presidio), mayor que la del homicidio simple (5

---

<sup>8</sup> MERA FIGUEROA, Jorge. ¿Tuvo Chile una política criminal durante el siglo XX? En Revista de Derecho de la Universidad Mayor N°2, noviembre de 2003, Página 139.

años y un día a 15 años de presidio). Pero la reforma citada no sólo elevó las penas de estas infracciones sino que endureció en general el conjunto de su tratamiento penal, alterando las normas generales del Código en materia de participación criminal, de *iter criminis* (sancionando como consumados el robo con violencia o intimidación, el robo por sorpresa y el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias desde que se encuentren en grado de tentativa, y estableciendo agravantes adicionales a las generales que no se encuentran justificadas dogmática ni político-criminalmente<sup>9</sup>.

Cosa parecida ocurre con las reformas introducidas por la ley 19.449 de 1996. Frente a estos hechos las conclusiones doctrinales son claras. La confianza abstracta en la eficacia del rigor penal presenta el riesgo de crear la falsa ilusión de que la severidad penal excesiva, el abuso del derecho penal, es un instrumento político-criminal idóneo para controlar la criminalidad. Se trata de una confianza en extremo peligrosa y mala consejera a la hora de diseñar e implementar una política criminal verdaderamente eficiente: en efecto, en la misma medida en que se insista en una receta fracasada, ineficaz, se estará impidiendo u obstaculizando la adopción de otras políticas públicas en la materia que sí podrían contribuir a avanzar en la solución de los problemas<sup>10</sup>.

El rigor excesivo sólo es capaz de producir una falsa tranquilidad, que nos adormece a la manera de un narcótico que nos impide reconocer la realidad. Esto es grave, porque lo que corresponde exigir del Estado, en su calidad de garante de los derechos de las personas, gravemente afectados por la delincuencia, es el diseño e implementación –a través del vasto y variado espectro de posibilidades que proporcionan las políticas públicas en

---

<sup>9</sup> MERA FIGUEROA, Jorge. Op. Cit. Pág. 140.

<sup>10</sup>Ídem. Pág. 143.

prácticamente todas las áreas- de medidas verdaderamente eficaces que enfrenten seria y responsablemente el complejo problema de la criminalidad. Y por último, el exceso de rigor penal tiene carácter criminógeno, por cuanto contribuye a la generación y a la reproducción de la criminalidad, a través del abuso de las detenciones policiales, la prisión preventiva y la pena de cárcel, cuyas consecuencias nocivas –en el caso de la criminalidad leve y menos grave, al producir los efectos de la desocialización y prisionalización (en especial el riesgo de la adopción de los contravalores de la subcultura carcelaria) son de sobra conocidas<sup>11</sup>.

Estas conclusiones del autor chileno son corroboradas por las del penalista Silva Sánchez. A su juicio, este aumento en la utilización del derecho penal, “todavía no se explicaría de modo necesario la demanda de punición y la consiguiente expansión precisamente del derecho penal. En efecto, tales datos podrían conducir ciertamente a una expansión de los mecanismos de protección no jurídicos, o incluso de los jurídicos, pero no necesariamente de los jurídico-penales. Ocurre, sin embargo, que tales opciones o son inexistentes, o parecen insuficientes, o se hallan desprestigiadas. Nos referimos a la ética social, al derecho civil y al derecho administrativo”<sup>12</sup>. Las palabras del profesor europeo son claras en visualizar a la nueva sociedad como demandante de seguridad por un mayor uso de las instituciones penales debido a la falta de seriedad que presentan las posibilidades civiles y administrativas de responder a los problemas sociales. La corrupción, la burocracia y la lentitud con que las instituciones propias de estas áreas del derecho dan solución a las demandas sociales son fundamento claro del planteamiento de Silva Sánchez.

---

<sup>11</sup>MERA FIGUEROA, Jorge. Op. Cit. Pág. 143.

<sup>12</sup>SILVA SÁNCHEZ, Jesús. La Expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Editorial Civitas, España, 2ª. Ed., 2001. Pág. 54.

A efectos de entender mejor de que se trata este Derecho Penal Máximo, que proclama un aumento en el rigor penal y en su utilización hacia diferenciadas áreas de la vida social, revisaremos sus planteamientos básicos.

Para el Profesor Aury Lima Lopes Jr<sup>13</sup>, el derecho penal máximo se caracteriza por la excesiva severidad, por la incertidumbre, la imprevisibilidad de las condenas y de las penas y por configurar un sistema no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales. En el plano procesal se identifica en líneas generales con el modelo inquisitivo. Siempre que el juez tiene funciones acusatorias o la acusación tiene funciones jurisdiccionales, y se entremezclan acusación y juicio, se compromete sin duda la imparcialidad del segundo y a la vez, a menudo, la publicidad y la oralidad del proceso. La carencia de estas garantías, por contaminación, debilita todas las demás, y en particular las garantías procesales de la presunción de inocencia y del imputado antes de la condena, de la carga acusatoria de la prueba y del contradictorio con la defensa. Además, la búsqueda de la verdad sustancial, por medio de una investigación inquisitiva, más allá de los limitados recursos ofrecidos por el respeto a las reglas procesales, conduce al predominio de las opiniones subjetivas y hasta de los prejuicios irracionales e incontrolables de los jueces. El arbitrio surge en el momento en que la condena y la pena dependen únicamente de la supuesta sabiduría y equidad de los jueces.

Bajo el esquema del derecho penal máximo, el proceso es utilizado en el plano penal como punición anticipada, a través de la estigmatización social e incluso con un degenerado fin de prevención.

---

<sup>13</sup> LIMA LOPES, Aury. Fundamento de la Existencia del Proceso Penal, Revista de Derecho Procesal, Madrid, España. 2000, N° 1. Pág. 37.



Esta corriente conservadora de visión del derecho penal contrasta con una que propugna una visión garantista, de respecto irrestricto a los derechos humanos y a una cada vez más restringida utilización de los instrumentos jurídico-penales.

El modelo garantista tiene como base fundante el respeto a los derechos humanos que emanan de la naturaleza intrínseca del hombre. El gran exponente de esta tendencia, Luigi Ferrajoli demarca en su obra “Derecho y Razón”<sup>14</sup> los pilares sobre los que descansa su visión del derecho penal.

Norberto Bobbio, prologando la obra de Ferrajoli, define las grandes líneas de un modelo general del garantismo: “primeramente, elevándolo a modelo ideal del Estado Social de Derecho, entendido no sólo como estado liberal protector de los derechos sociales; en segundo lugar, presentándolo como una teoría del derecho que propone un iuspositivismo crítico contrapuesto al iuspositivismo dogmático; y por último, interpretándolo como una filosofía política que funda el Estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección (¡no basta el reconocimiento!) de estos derechos extrae su legitimidad y también la capacidad de renovarse sin recurrir a la violencia subversiva”<sup>15</sup>.

Aury Lima Lopes Jr., reafirmando las ideas de Bobbio expuestas en la obra de Ferrajoli, agrega que el derecho es una construcción humana y puede elaborar él mismo condiciones y criterios de justificación de las decisiones por él admitidas como válidas<sup>16</sup>. En este sentido, Ferrajoli expone que “como

---

<sup>14</sup>FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta, Madrid, España, 1995. Traducción al español de Perfecto Andrés Ibáñez. Título Original: Diritto e Ragione.

<sup>15</sup> Ídem. Pág. 35.

<sup>16</sup> LIMA LOPES JR., Aury. Op. Cit. Pág. 38.

universo lingüístico artificial el derecho permite la estipulación de criterios y técnicas apropiadas de formulación y aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad convalidable y sometida a controles lógicos y empíricos, y, por tanto, sustraídas lo más posible al error y al arbitrio”<sup>17</sup>.

El garantismo de Ferrajoli busca elaborar técnicas en el plano teórico, hacerlas vinculantes en el plano normativo y asegurar su efectividad.

En nuestra opinión, siguiendo este último planteamiento, el Estado debe tener una mínima intervención penal, buscando que los conflictos humanos sean solucionados de maneras diversas, dejando la utilización del *ius puniendi* a los delitos de peor connotación social

La teoría garantista busca su accionar a través de determinados principios que deben estar en las bases mismas del sistema. No habría posibilidad de ver crecer un Estado de Derecho en el que estos principios no estuviesen respetados y consolidados. A diferencia del derecho penal máximo, en que los principios ven ceder sus marcos de acción en función de los problemas coyunturales de la sociedad; el derecho penal mínimo entiende que la sociedad que basa su legitimidad y el respeto a los derechos de las personas en estos principios, que son intransables y ojalá estuviesen plasmados en la Carta Fundamental, tiene pleno derecho a ser considerada como parte de un real Estado de Derecho protector y promotor de los derechos fundamentales.

---

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta, Madrid, España, 1995. Traducción al español de Perfecto Andrés Ibáñez. Título Original: Diritto e Ragione. Pág. 732.

Alessandro Baratta ve en los derechos humanos uno de los requisitos mínimos para responder a la cuestión relativa a la ley penal. Señala que “El concepto de derechos humanos cumple en este caso una doble función. En primer, lugar, una función negativa concerniente a los límites de la intervención penal. En segundo lugar, una función positiva concerniente a la definición del objeto posible pero necesario de la tutela por medio del derecho penal. Entre ambas funciones un concepto histórico-social de los derechos humanos vinculado al concepto de necesidades reales fundamentales ofrece el instrumento más adecuado para una política de máxima contención de la violencia punitiva, que constituye actualmente el objeto principal y prioritario de una política alternativa de control social”<sup>18</sup>.

El mismo Dr. Baratta<sup>19</sup> divide estos principios en dos grupos fundamentales; los principios intrasistémicos, “que resultan de la adopción de un punto de vista interno del sistema, indican los requisitos para la introducción y mantenimiento de figuras delictivas en la ley”<sup>20</sup>; y los principios extrasistémicos, referidos a “criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para una construcción alternativa al sistema penal de los conflictos y de los problemas sociales”<sup>2122</sup>.

En cuanto a los principios, Ferrajoli también ve en ellos la base para estructurar el sistema penal garantista. Los divide en diez axiomas, que vienen de la utilización de once términos: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba u defensa. Los axiomas son:

---

<sup>18</sup> BARATTA, Alessandro. Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. En Revista Nuevo Foro Penal, N° 34, 1986, Bogotá, Colombia. Pág. 421.

<sup>19</sup> BARATTA, Alessandro. Criminología y Sistema Penal, Compilación In memoriam. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004. Pp.299-333.

<sup>20</sup> Id.

<sup>21</sup> Id.

<sup>22</sup> Ver Infra Capítulo Segundo.

- *Nullum poena sine crimen;*
- *Nullum crimen sine lege;*
- *Nullum lex (poenales) sine necessitate;*
- *Nulla necessitas sine iniuria;*
- *Nulla iniuria sine actione;*
- *Nulla actio sine culpa;*
- *Nulla culpa sine indicio;*
- *Nullum iudicium sine accusatione;*
- *Nulla accusatio sine probatione;* y,
- *Nulla probatio sine defensione.*

La pena impuesta por el Estado a una persona que ha cometido un delito es lejos la manifestación más clara de que hay una conducta que es reprimida por el sociedad toda, y luego, de que para esa conducta prohibida, es permitido el uso de la violencia para reprimirla.

En palabras de Marco Antonio Terragini, “La acción de castigar, genéricamente considerada y sin asignarle connotaciones jurídicas estrictas, consiste en causar un dolor como respuesta a una acción anterior, a un comportamiento que provoca esa reacción.

Quien aplica el castigo tiene poder; es decir, dispone de la posibilidad de hacer efectiva su voluntad sobre el otro.

En esa relación uno de los sujetos es poderoso y el otro es débil.

Hay dos comportamientos contrapuestos: uno ha actuado previamente, se ha comportado o simplemente es, de una manera que no satisface al dominador. Este a su vez adopta una actitud respecto de aquel, en la que está insita la nota del dolor. Quiere causarle un mal que le duela. Puede consistir en hacerle o privarle de algo, de manera que en ambos casos sufra.

El castigo es sinónimo de sufrimiento. La pena es sinónimo de castigo. La pena es dolor. Sí fue, es y será siempre. Si una reacción del poderoso ante la actitud del débil no tiende a producirle dolor, el padecimiento de un mal, no es pena. Salvo que deliberadamente sea cambiado el significado de la palabra y se la emplee para identificar otra cosa. Pero pena ha sido siempre sufrimiento.

Se castiga produciendo un mal: privando de la vida, afectando la integridad corporal, el patrimonio...

El poderoso actuará así por instinto, por deseo de venganza, o por simple placer de dañar, afirmando al mismo tiempo la propia superioridad. En caso de que se pregunte por qué lo hace tratando de justificar el acto ante su conciencia, ante el penado y ante terceros, nacerá la reflexión que procura dar razón al castigo<sup>23</sup>.

No es la intención en el presente trabajo de memoria de grado el realizar una tesis en que se estudie la teoría de la pena; pero sí se hace necesario siempre tener presente una idea que estará subyacente en todas las líneas, cual es que el derecho penal no debe confundirse con otra cosa que con sufrimiento, y por ende, debatiendo en torno a mayor o menor aplicación, se

---

<sup>23</sup> TERRAGINI, Marco Antonio. Castigo, Pena; Rivacoba y la Libertad. En El Derecho Penal del Siglo XXI, VV.AA., Raúl Zaffaroni, Director. Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2005, Pp. 99-100.

estará discutiendo en torno a mayor o menor padecimiento para un sector de la población, que se quiera o no, siempre ha estado identificado.

**CAPÍTULO SEGUNDO.**  
**EL DERECHO PENAL.**  
**Concepto, Características y Principios Básicos.**

## **II.**

### **CAPÍTULO SEGUNDO.**

#### **EL DERECHO PENAL.**

##### **Concepto, Características y Principios Básicos.**

###### **I.1.- La Necesidad del Derecho Penal.**

El ser humano en esencia es un ser social. Desde esa particular perspectiva es que no es del todo dable concebir el como podría alguien aspirar a desarrollarse del todo aislado del resto de sus congéneres. Así, la base para la cual el hombre ha podido ir creciendo, evolucionar y desarrollarse en base a la coexistencia y la convivencia. Sin estos conceptos, el género humano no habría alcanzado su desarrollo.

Debido a esta necesidad de intercambio, de unos con otros, es que muchas veces se hace difícil el llegar a acuerdos, naciendo así diversos conflictos, y una necesidad, para la supervivencia de la sociedad toda, de darles solución adecuada y ecuánime.



De esta forma las sociedades buscan una regulación que permita, en la medida de sus posibilidades y conocimientos, la búsqueda de un determinado equilibrio, de una cierta paz social que defina lo que moralmente aspiran a ser.

Esta búsqueda de la paz social es la esencia misma del Derecho Penal, cuyas normas buscan prevenir los conflictos surgidos en el seno de las relaciones humanas, y una vez que estos ya han sucedido, aplicar una sanción punitiva, previamente establecida por quien tiene el Poder Soberano para, a través de un debido proceso de derecho, volver y reafirmar la vigencia de esta paz social que la sociedad estima ha sido quebrantada.

Esta necesidad de punir las conductas que quebranten la paz social también entronca con otra idea básica, cual es que la sociedad necesita creer en el Derecho y sus normas, y sólo en la medida de que éstas sean aplicadas al caso concreto, ya sea mediante una pena privativa de libertad, una sanción, una multa o una medida de seguridad, el concepto de orden y paz social previamente conceptualizado seguirá teniendo plenitud y vigencia.

Por tanto, una sociedad que busque resguardar su orden interno, necesita del Derecho Penal para mantener un *statu quo* determinado. Y, es a través de normas procesales penales como se logra hacer realidad las normas sustantivas penales, que exigen el debido proceso como manifestación democrática y garantista del Estado de Derecho antes de punir a una persona imputada de la comisión de una acción disvaliosa.

Pero estas ideas antes no eran tan claras como aquí se las presenta. Las nociones de Estado de Derecho, Garantías Constitucionales, Derechos Humanos, Debido Proceso de Derecho y otras, que son innegables en un

Estado democrático, con normas procesales y penales guardianas de los derechos de las personas, antes eran meras abstracciones de algunos filósofos y juristas sin antecedentes concretos que pudieran dar pábulo a su consagración normativa. La tortura como método procesal o las penas corporales como sanción punitiva eran la marca del Derecho Penal y Procesal Penal del *ancien régime*, pareciendo naturales estas realidades frente a los ojos de la judicatura de aquel tiempo.

Los Siglos XIX y XX trajeron consigo una evolución considerable a la hora de estudiar y concebir un sistema penal. Aparecen principios básicos que deben informar las normas y estructuras básicas del ordenamiento jurídico, siendo los derechos humanos el eje central para mantener y preparar una determinada concepción de paz social. Es la mayor o menor consideración de estas garantías, tanto para la víctima, como para el imputado y el reto del cuerpo social, lo que marca el debate en cuánto a que entendemos hoy por Derecho Penal, cuales deben ser sus principios rectores para la sociedad de hoy (sociedad de la información, o del riesgo como la prefieren llamar otros) y en que mayor o menor medida debe extenderse o disminuirse su ámbito de aplicación.

Ideas como Derecho Penal Máximo, Derecho Penal Mínimo o Abolicionismo, marcan las tendencias actuales en torno a este acápite.

## **I.2.- El Concepto de Derecho Penal en la doctrina nacional.**

No está conteste la doctrina chilena en cuanto a dar un concepto único de Derecho Penal.

Para el Profesor Enrique Cury,

*“El Derecho Penal está constituido por el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a ciertos hechos, legalmente determinados, una pena o una medida de seguridad o corrección, con el objeto de asegurar el respeto por los valores fundamentales sobre los que descansa la convivencia humana”<sup>24</sup>.*

A su vez, el Profesor Alfredo Etcheberry marca como concepto, para el Derecho Penal que,

*“Es aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas de acuerdo con las cuales el Estado prohíbe o impone determinadas acciones, y establece penas para la contravención de dichas órdenes”<sup>25</sup>.*

El Profesor Labatut, entrando al debate, abarca un concepto más amplio:

---

<sup>24</sup> CURY, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Tomo I, 2ª. Edición, 1988. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 15.

<sup>25</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, 2ª. Edición, 1976, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 13.

*“La rama de las ciencias jurídicas, plenamente autónoma, que consagra normas encargadas de regular las conductas que se estiman capaces de producir un daño social o de originar un peligro para la comunidad, bajo la amenaza de una sanción”<sup>26</sup>*

Y por último, el Profesor Mario Garrido Montt, señala que el Derecho Penal es,

*“Es una parte del sistema jurídico constituido por un conjunto de normas y principios que limitan el poder punitivo del Estado, describiendo qué comportamientos son delitos, la pena que les corresponde y cuándo se debe aplicar una medida de seguridad”<sup>27</sup>.*

Vemos, por tanto, que hay ciertas constantes en las definiciones anteriores:

- Estamos frente a una rama del ordenamiento jurídico, que, al emanar sus normas del Poder Soberano -Congreso Nacional en nuestro caso-, pertenecen al orden público.
- Sus normas regulan la conducta social de las personas, prohibiendo determinadas situaciones previamente delimitadas (El Derecho Penal no podría, en cuanto tal, entrar a punir los meros pensamientos no exteriorizados de las personas).

---

<sup>26</sup> LABATUT, Gustavo. Derecho Penal, Parte General. 6ª. Edición. 1972, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 17.

<sup>27</sup> GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1997. Pág. 13.

- En caso de contravenir estas prohibiciones, el legislador prevé una sanción punitiva.
- Su fin último es la preservación de la paz social que, mediante la realización de la conducta prohibida, ha sido dañada.

### **I.3.- Características Fundamentales del Derecho Penal.**

#### *a) Carácter Público.*

El Derecho penal es público ya que sus normas emanan directamente de quien tiene el Poder Soberano para dictar normas de conducta, y más específicamente, para dictar leyes. Así, el principio de legalidad, celosamente guardado por los tratadistas, es una manifestación patente de esta característica, ya que sólo la ley y nada más que ésta puede crear, modificar o derogar normas penales. No se contempla, en caso alguno, que los particulares pudieran, a través de un contrato particular, establecer cláusulas de tipo penal (como penas privativas de libertad) en caso de incumplimiento contractual.

También es público ya que su ejecución y cumplimiento le corresponde a los órganos del Estado, no a los particulares. Es precisamente esta idea un eje central para comprender el Derecho Penal de los últimos siglos, ya que en una primera época son los particulares, mediante instituciones como la autocomposición o la venganza privada los llamados a resolver sus conflictos penales. Es la Inquisición, tomada del Derecho Canónico de la Iglesia, la que a

partir de los Siglos XII y XIII le expropiará el conflicto a los particulares, creando la persecución penal pública, entendiendo que el delito, más que una ofensa entre particulares, es una ofensa al Soberano que ha dictado la norma de conducta que no ha sido respetada.

Hoy, el carácter público está fuertemente manifestado en las legislaciones contemporáneas, siendo un cuestionamiento serio el hecho, por ejemplo, de la situación penitenciaria, que, a cargo del Estado, no ofrece condiciones resocializadoras a los sujetos infractores.

*b) Carácter Accesorio y Fragmentario.*

El Derecho Penal es accesorio ya que, *“Su función no consiste propiamente en crear ilícitos, sino en seleccionar, de entre los que consagran otras ramas del ordenamiento jurídico, aquellos que, por ser portadores de un disvalor de acción muy acentuado, deben ser reprimidos mediante la amenaza e imposición de una pena penal”*<sup>28</sup>. Esto no implica en caso alguno el que las normas del Derecho Penal tengan una categoría diferenciada, de segunda clase, dentro del ordenamiento jurídico; muy por el contrario, es en virtud de que la sociedad estima ciertos valores y principios como fundamentales para su mantención, que las normas penales punen comportamientos que atentan contra esta paz social establecida socialmente. Como acertadamente señala también el Profesor Cury, *“El Derecho penal enfatiza su importancia, elevándolos a la categoría de bienes jurídicos elementales”*<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> CURY. Op. Cit. Pág. 38.

<sup>29</sup> Id. Pág. 39.

Por su parte, el carácter fragmentario guarda relación con que el Derecho Penal, a la hora de elegir que conductas desea incriminar, debe tener en consideración que sólo afectará, mediando la contradicción entre afectación a las libertades individuales y la necesidad de protección, sólo aquellas agresiones que son lo suficientemente graves para que la intervención penal se estime ineludible, necesaria y proporcionada.

*c) Carácter Subsidiario.*

El Derecho Penal, al ser eminentemente violento, de un uso de la fuerza, es el último recurso del que se vale el Estado para hacer cumplir sus normas cuando éstas han sido contravenidas por los ciudadanos. Es aquí en dónde tiene manifestación más nítida la contradicción vital de que por un lado, el Estado norma y protege los derechos de las personas, y que por otra parte, sea capaz de privar de determinados derechos en virtud de la dictación de las normas penales. Esto lo que se denomina como *última ratio*, ya que es sólo el recurso extremo para mantener la paz social.

*d) Carácter Personalísimo.*

Por una parte el Derecho Penal sólo puede afectar al individuo que directamente ha tenido participación en el hecho punible, ya que las responsabilidades sólo tocan a terceros en la medida de haber tenido algún grado de conocimiento o participación en la comisión del ilícito. No podría concebirse un régimen jurídico penal en dónde se aplicara penas no sólo al

autor, sino que también a sus familias, vecinos, etcétera. Ello, en ningún caso sería una visión garantista.

Por otra parte, la responsabilidad penal no admite representación o transmisión. No habida la persona a sancionar, no puede ser sancionada otra en su representación por lo que la primera cometió. La responsabilidad penal se extingue con la muerte del sujeto infractor.

#### **I.4.- Principios Básicos del Derecho Penal.**

El Profesor Cury entrega las pautas esenciales para comprender los principios esenciales del Derecho Penal:

*“Nullum crimen, nulla poena sine lege previa, scripta et stricta”.*

*1.- En el primero de los sentidos señalados (no hay delito ni pena sin una ley previa), el principio de reserva implica una prohibición de retroactividad que limita, en consecuencia, las facultades del legislador.*

*2.- En el segundo (no hay delito ni pena sin una ley estricta), significa que sólo puede ser fuente del derecho penal una ley propiamente tal, esto es, aquella que se ha formado en conformidad a las normas constitucionales sobre la materia.*



*Es, por lo tanto, una limitación dirigida al Juez, que no puede buscar más allá de ese margen estrecho la solución del problema sometido a su decisión.*

*3.- Por último, en el tercer sentido (no hay delito ni pena sin una ley estricta), el principio expresa una prohibición de analogía, estrechamente vinculada con el aspecto anterior, pues si se prohíbe al Juez el recurso a cualquier clase de normas que no estén expresadas en una ley formal, con mayor razón ha de vedársele la creación de ellas mediante un razonamiento analógico<sup>30</sup>.*

Detalladamente, podemos señalar también como una complementación de lo anterior:

*a) Legalidad.*

Al delito, a la contravención normativa, a la pena, la medida de seguridad y al proceso, le deben preceder la descripción estricta. Puede desmembrarse de la siguiente manera:

- Legalidad del hecho punible: A nadie se puede imputar un hecho si antes de su realización no estaba descrito como punible en la ley penal.

---

<sup>30</sup> CURY, Op. Cit. Pp. 125-126.

- Legalidad de la pena: A nadie se puede imponer sanción si antes de la perpetración del acto no se hallaba plenamente determinada en la ley, cuantitativa y cualitativamente.
- Legalidad de la medida de seguridad: A los inimputables sólo se les puede someter a las medidas de seguridad predeterminadas en la ley.
- Legalidad del proceso: Comprende diferentes aspectos; Procesamiento por parte de Juez natural, es decir, ordinario, preestablecido, independiente y autónomo y, prohibición de Tribunales Juzgadores y procedimientos de excepción.

Dentro de este principio también cabe enunciar la *reserva*, mediante la cual las normas penales son atribución exclusiva del Poder Legislativo y que en caso alguno el Poder Ejecutivo podrá punir conductas. En esencia se basa esto en que la ley penal debe obedecer a una planificación orientada a una política criminal previamente trazada y que por tratarse de un área, que es lejos la de mayor violencia que ejerce el Estado, debe emanar del cuerpo que tradicionalmente ha representado al cuerpo popular, en dónde convergen las diferentes sensibilidad, tendencias, ideologías y culturas del Estado. La norma penal debe ser una emanación popular.

#### *b) Tipicidad Objetiva.*

La norma penal no sólo debe contener la mera descripción del hecho punible, sino que en el tipo deben plasmarse todos y cada uno de los ingredientes que acompañarán al comportamiento.

El tipo debe indicar con claridad los sujetos activo y pasivo, la acción u omisión, los objetos jurídicos y material más los ingredientes subjetivos y normativos, cuando el legislador los haga necesarios por coexistir con la conducta sancionada.

Tipicidad y Legalidad exigen que la descripción sea expresa e inequívoca, de donde nacen algunas prohibiciones:

- No se admiten leyes penales en blanco, es decir, aquellas que no señalan una conducta prohibida o pena determinada.

- El derecho consuetudinario no es creador de Derecho penal.

- La analogía es prohibida cuando perjudica al proceso, la llamada analogía in malam partem. Sólo se permite bajo algunos casos la analogía cuando ésta es capaz de beneficiar al reo, denominada *analogía in bonam partem*.

### *c) Materialidad.*

El Derecho Penal, como se señalaba anteriormente, no puede punir los meros pensamientos o ideas de las personas. Debe haber al menos una exterioridad, una acción perceptible materialmente, una materialidad, una acción conocida a través de los sentidos. Sin hecho material no hay disvalor penal.

*d) Ofensividad o lesividad.*

Debe existir un daño real para el bien jurídico tutelado, o al menos un riesgo serio. No se admite el mero desconocimiento de las normas estatales, como ocurre en los regímenes totalitarios, que tienen a punir cuestiones de fidelidad a la patria o a una determinada ideología.

*e) Culpabilidad.*

Comprende varios aspectos, a saber:

- La responsabilidad penal no se determina exclusivamente por la materialización y la lesividad. Requiere también que el tipo objetivo sea ejecutado voluntariamente, ya sea con intención, voluntad y conciencia de ilicitud, lo que se conoce como dolo (Conocer y querer la realización típica), o con omisión del deber exigible de cuidado en el caso concreto (culpa).
  
- La responsabilidad penal nace del hecho mismo, que es concebido como disvalioso por el ordenamiento jurídico, y de ahí, por la sociedad toda. No hay responsabilidad en tanto el autor sea considerado sin relación con el hecho. Se rechaza lo que se denomina por algunos como "Derecho Penal de Autor", en donde lo importante serían las características propias del autor, más que el hecho mismo. Esta verdadera etiología criminal es un claro atentado a los derechos humanos, ya que significa segmentarizar a determinados sectores de la población.

- La intensidad de la pena, al menos en el ámbito de la justificación retributiva, básicamente debe ser proporcional al grado o intensidad del dolo, la culpa o la preterintención (no querer el resultado, pero una vez éste acaecido, asumirlo).

*f) Dignidad.*

A juicio del Profesor Juan Bustos Ramírez, es un principio esencial del Derecho Penal, ya que implica respeto a la edad, color, extracción, opinión política, cultura, etc., e impele a tener en cuenta, durante toda la averiguación penal, los condicionamientos sociales, económicos, políticos, etc., que gestan y desencadenan un comportamiento determinado<sup>31</sup>.

*g) Proporcionalidad.*

No equivale solamente a decir que la pena debe ser fijada según la entidad del daño causado a la víctima o de acuerdo con el grado de culpabilidad. El principio va más allá pues exige acomodación del derecho penal –en lo sustancial y en lo procesal- a las finalidades del Estado en que se desenvuelve, es decir, que aquél debe seguir los lineamientos establecidos en la Constitución especialmente en cuanto a los objetivos que se buscan según el tipo de poder plasmado en el ordenamiento jurídico. En sustancia conduce a que el proceso penal se adelante sobre la base del respeto al libre ejercicio de los derechos esenciales. Trátase, en pocas palabras, de hacer coincidir las decisiones tomadas en el proceso penal con las finalidades previstas en la

---

<sup>31</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Editorial Ariel, 1984. Pág. 64.

Constitución Política pues no se puede concebir una medida que no esté en armonía con los fines generales del ordenamiento jurídico.

*h) Protección exclusiva de bienes jurídicos.*

El Derecho Penal debe defender intereses jurídicos importantes y no aquellos pocos trascendentes. Debe referirse, igualmente, a la protección de bienes materializables y no a aquellos puramente morales, éticos, religiosos, económicos, etcétera.

*i) Principios aportados por el Derecho Penal Mínimo<sup>32</sup>:*

Como se señaló con anterioridad, la idea de un Derecho Penal Mínimo entronca con la defensa de los derechos humanos en las sociedades modernas en momentos en que se pide, muchas veces, una acción más decidida de parte del Estado para enfrentar el fenómeno delictual, pensando, erróneamente que ello se lograría restringiendo los derechos de los ciudadanos.

Muy por el contrario, el Profesor Baratta desarrolla una teoría que busca entender a las ciencias penales en su mínima expresión, cual es, que su aplicación excesiva no lograría configurar un Estado de Derecho celoso de los derechos fundamentales.

---

<sup>32</sup> Acerca de las características que presenta el Derecho Penal mínimo, o garantismo, ver Capítulo Primero.

Sus principios básicos son<sup>33</sup>:

- *Principios intrasistémicos:*

- Principio de reserva de ley o principio de legalidad: Es una de las bases sobre las que se estructura el derecho penal moderno. Sólo la ley puede establecer la penas a los delitos, también creados única y exclusivamente por esta regla de conducta de aplicación general, ya que emana del soberano, de quien tiene en sus manos la potestad legislativa.  
Así, para Baratta, el primer requisito de un programa de limitación formal de la violencia punitiva es reducirla al ámbito y bajo el control de la ley. Esto excluye, en particular, la posibilidad de introducir penas en el ámbito de ejercicio de otros poderes del Estado, diversos del legislativo.
- Principio de taxatividad: La pena es aplicable solo en el caso de que ocurra un tipo de conducta expresamente prevista por la ley con la indicación de sus elementos descriptivos y normativos. Se prohíbe la analogía.
- Principio de irretroactividad: Se excluye la aplicación de penas, de agravantes de penas, y de cualquier condición más desfavorable al imputad, que no haya sido prevista por la ley con anterioridad al

---

<sup>33</sup> Alessandro Baratta en su obra "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", Revista Nuevo Foro Penal, N° 34, 1986, Bogotá, Colombia, señala una división de los principios, atendiendo a si estos se refieren a particularidades mismas del sistema penal, en su estructura interna, o si éstos responden a su sector externo. Los primeros están referidos a la introducción y mantenimiento de figuras delictivas en la ley; los segundos, a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para una construcción alternativa al sistema penal de los conflictos y los problemas sociales. Pág. 421, Op. Cit.

hecho; aun respecto al régimen procesal y de ejecución de la pena.

- Principio de supremacía de la ley penal sustantiva: Se asegura la extensión de las garantías contenidas en el principio de legalidad, a la posición del individuo en cualquiera de los subsistemas en que puede ser dividido el sistema penal (acción de la policía, proceso penal y ejecución del mismo).
- Principio de representación popular: Se garantiza el proceso de formación de la ley penal frente a las violaciones, de hecho y de derecho, del régimen mínimo de representatividad en la asamblea legislativa, e impone la participación popular en la formación de la voluntad del legislador, a través de elecciones libres y secretas. Es la esencia misma de la democracia, que tiene una manifestación concreta en la posibilidad que tiene el pueblo de darse sus propias leyes de conducta, y crear los tipos penales que respondan a lo que se estima que en ese momento determina, resulta dañoso para la paz social.
- Principio de la respuesta no contingente: Se debe excluir siempre la posibilidad de legislar en base las últimas ocurrencias sociales. Siempre el legislador debe pensar en el largo plazo. Así, la ley penal es una respuesta solemne a conflictos y problemas sociales graves, individualizados como constantes y generales en el tiempo.



- Principio de proporcionalidad abstracta: Sólo las violaciones a los derechos humanos fundamentales pueden ser objeto de sanción penal. La pena debe ser proporcional al daño social causado por dicha violación.
- Principio de humanidad: Se prohíben penas que atenten contra la dignidad humana, violando el derecho a la vida.
- Principio de idoneidad: Se obliga al legislador, al momento de crear normas penales, con la consiguiente pena, a estimar cuidadosamente los efectos sociales que ésta tendrá –su aplicación- en el seno de la comunidad.
- Principio de subsidiariedad: La pena debe ser aplicado sólo en el evento de que no sea posible, por otros medios disponibles para el Estado de controlar la vulneración de los derechos fundamentales de las personas.
- Principio de proporcionalidad concreta: Se debe buscar siempre el evitar la estigmatización social que las penas producen en las personas, sobre todo, aquellas privativas de libertad.
- Principio del respeto a las autonomías culturales: Debe haber una posibilidad ciertas en el seno de la sociedad de que los grupos sociales se desenvuelvan con libertad, dentro de márgenes aceptados por todos, como válidos para este desarrollo. El criterio en cuestión prohíbe la criminalización de conductas aceptadas socialmente en culturas minoritarias.

- Principio de la primacía de la víctima: Deben establecerse ciertos parámetros mínimos que le hagan posible a la víctima el intervenir en el conflicto penal. También, acorde a los tipos de delitos existentes, debe crearse una institucionalidad de reparación, sustituyendo instancias represoras.
- Principio de imputación personal o de personalidad: Debe siempre punirse atendiendo a la responsabilidad penal de las personas, estableciendo criterios claros de culpabilidad y causalidad en la acción.
- Principio de responsabilidad por el acto: No puede punirse una determinada conducta atendiendo a las características personales del infractor. La pena debe ser instituida porque es el hecho el previsto en la norma de conducta, y no porque haya sido cometido por un ciudadano que posee determinadas particularidades personales.
- Principio de la exigibilidad social del comportamiento alternativo: Debe tenerse en cuenta antes de penar a un individuo la posibilidad más o menos cierta de que esa persona tuvo la posibilidad de obrar de una forma diferente a la que actuó en definitiva. Debe evaluarse el espacio de alternativas disponibles.

- *Principios extrasistémicos:*

- Principio de no intervención útil: La idea de una sociedad igualitaria y libre descansa en la idea de permitir el desarrollo de los individuos de acuerdo a las características, gustos e intereses de todos. Cuando se piensa que la criminalidad se puede combatir sólo trasladando el esquema a otro modelo formal, se actúa erróneamente, toda vez que es factible el asegurar el más amplio espacio de libertad para lo diverso compatible con las exigencias mínimas de un orden justo.
- Principio de la privatización de los conflictos: Se puede buscar el sustituir la intervención penal por formas de derecho restitutivo y otros ajustes entre partes, en el marco de instituciones públicas o comunales de reconciliación.
- Principio de politización de los conflictos: Para determinados conflictos, como la corrupción administrativa, o las relaciones entre la mafia y el poder político, deben ser las propias instituciones estatales las llamadas a entregar soluciones a través de los órganos de representación política y de control y participación popular.
- Principio de la conservación de las garantías formales: Cuando la resolución del conflicto se traslade a otras instancias de solución, como centros comunitarios o administrativos, las garantías plasmadas en el proceso penal para las personas deben también ser respetadas en estas instancias.

- Principio de la prevención: Se debe trasladar la respuesta de la institucionalidad desde una forma de control reactiva a una forma de control preactiva. La política de justicia social, el respeto a los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales de los sujetos en una sociedad, son algo más que una política criminal alternativa: son, como señala Baratta, la verdadera alternativa democrática a la política criminal.
- Principio de la articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales: A juicio de Baratta, el sistema penal tradicionalmente es un aspecto de la expropiación ideológica de los portadores de necesidades y de los derechos humanos, con respecto a su percepción de los conflictos en los que se encuentran insertos. Ningún cambio sustancial en la política del control social será posible, si las mayorías de los portadores de necesidades y derechos no logran convertirse, de sujetos pasivos que son de un manejo institucional y burocrático del control social, en sujetos activos en la construcción de dicho control.

La articulación autónoma de la propia conciencia de los conflictos y de sus necesidades de derechos en una comunicación libre del poder, la idea de la democracia y de la soberanía popular es la idea guía para la transformación del Estado, no solo hacia el modelo formal del Estado de Derecho sino hacia el modelo sustancial del Estado de los derechos humanos. Es esta, también, insiste Baratta, la idea guía para la transformación y la superación

del sistema penal tradicional, hacia un sistema de defensa y garantía de los derechos humanos.

Por su parte, el garantismo de Ferrajoli, puede explicarse en base a los siguientes principios<sup>34</sup>:

- Principio de Igualdad ante la ley: En primer lugar resulta principio básico y elemental garantista de un Derecho Penal democrático la igualdad ante la Ley. Esto es así en la medida en que, desde la Revolución Francesa y en todas las constituciones actuales, el principio de legalidad de los delitos y las penas es la Carta Magna del ciudadano moderno en materia penal.
- El Principio de Proporcionalidad Consecuencia del Principio de Igualdad es también el de proporcionalidad, en cuanto la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto del bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo.
- El Principio de Lesividad. Este ha marcado históricamente el paso de una antijuricidad meramente formal a otra material y que se suele plasmar en la idea de la dañosidad social. Plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta: debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades

---

<sup>34</sup> Basado en el artículo de Víctor Julio Oviedo F., Abogado UIS. Especialista en Derecho Penal y Criminología, U. Libre, Colombia. Consulta en línea, [http://www.uis.edu.co/portal/catedra\\_libre/febrero2006/actualidad.html](http://www.uis.edu.co/portal/catedra_libre/febrero2006/actualidad.html), fecha: 20 de noviembre de 2006.

del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima; y sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales.

- El Principio de Intervención Mínima. Se fundamenta este principio en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho Penal, que llegaría de la mano de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida; en virtud de ello surgen dos subprincipios: el del carácter fragmentario del Derecho Penal, que constriñe éste a la salvaguarda de los ataques más intolerables a los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y el de subsidiariedad, que entiende el Derecho Penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social, el control social no jurídico, u otros subsistemas de control social jurídicos.
- El Principio de Responsabilidad o Culpabilidad: Otro principio básico es el de responsabilidad o culpabilidad, que proviene del principio democrático elemental de la dignidad de la persona humana.

La persona en un sistema democrático es un ente autónomo respecto del Estado, con capacidad propia y por tanto no

sometido a la tutela de éste. Necesariamente la intervención del Estado ha de considerar como límite y legitimación de su intervención la responsabilidad de la persona.

- El Principio de la Indemnidad Personal. Por último y naturalmente sin agotar todos los principios garantistas, el de Indemnidad Personal es un principio elemental del derecho penal democrático, que proviene igualmente del principio de dignidad de la persona y su autonomía ética; es decir, la sanción a aplicar no puede afectar al ciudadano en la esencia de su persona ni sus derechos, la persona no puede ser instrumentalizada por la sanción, no puede ser medio para fines más allá de ella misma, ni tampoco se le pueden cercenar de tal modo sus derechos que ello implique una limitación extrema de sus capacidades de desarrollo personal.

**CAPÍTULO TERCERO.**  
**DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**  
**Concepto, Antecedentes y Características.**



### **III.**

## **CAPÍTULO TERCERO.**

### **DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

#### **Concepto, Antecedentes y Características.**

#### **III.1.- El Enemigo.**

Para definir lo que Günther Jakobs denomino como “Derecho Penal del Enemigo”, habría que partir definiendo lo que este autor entendió como enemigo, porque es a partir de este concepto que se logra entender la diferencia hecha por Jakobs para crear un Derecho Penal especial.

La construcción que hace Jakobs parte desde los autores contractualistas, como Rousseau, Hobbes, Fichte, los cuales, en palabras del profesor Alemán, “Son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste.”<sup>35</sup> Es de estos autores que logra fundamentar la separación entre el ciudadano y el enemigo. El ciudadano es

---

<sup>35</sup> JAKOBS, Gunther; “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, Gunther – CANCIO MELIÁ, Manuel; Derecho Penal del Enemigo, Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 26

aquella persona que acepta el contrato social, de tal manera que decide ceder parte de sus derechos a un ente supremo, el Estado. Este ciudadano puede infringir una norma, pero “el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad”<sup>36</sup>, y es a través de la pena que el Derecho Penal del Ciudadano le impone que este delincuente ciudadano sigue dentro del contrato, sigue siendo ciudadano, sigue siendo persona.

El enemigo, por su parte, es aquel que “mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta.”<sup>37</sup>

Entonces, Jakobs formula este nuevo Derecho Penal como un Derecho Penal de autor, ya que todos los enemigos lo serán, ya no por su actuar solamente, sino que también por el hecho de ser considerados enemigos.

A estos enemigos, que por el hecho de serlo se encuentran fuera del contrato social y por ende, fuera de la sociedad misma, no se les pueden aplicar los mismos derechos que a los ciudadanos; “Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo”<sup>38</sup>. Por lo mismo se les deben aplicar normas especiales. Una de las características, que más adelante trataré de forma más extensa, es el que estos enemigos no tienen derecho como personas, es más, casi no se les reconoce

---

<sup>36</sup> JAKOBS, Gunter. Op. Cit. Pág. 28

<sup>37</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, Ed. Civitas, 2º Edición, 2001, p. 164

<sup>38</sup> JAKOBS, Gunther; Op. Cit. Pp. 55-56.

Derecho alguno, por lo cual se le permite al Estado “flexibilizar” o relativizar las garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales.

Pero el ciudadano también puede convertirse en enemigo, y se transforma “mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesión delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas.”<sup>39</sup>

Lo que importa de este enemigo, y de lo que se tiene que defender a la sociedad mediante el Derecho Penal del Enemigo, es su peligrosidad. “La esencia de este concepto de Derecho Penal del Enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos...”<sup>40</sup>

Volviendo un poco a los contractualistas, Jakobs divide a estos autores, para desarrollar su teoría y debido a que encuentra algunas de sus posiciones más extremas y a otros más prudentes “... considera que Rousseau y Fichte sostenían posiciones extremas, por considerar que todo delincuente era un enemigo. A estos autores contraponen la posición, que considera más prudente, de Hobbes, quien distinguía el delincuente ordinario y el enemigo, seguido por Kant en este aspecto. De este modo, habría una polarización filosófica entre Rousseau/Fichte, por un lado, como extremistas, y Hobbes/Kant por otro, como moderados.”<sup>41</sup> Pero para el profesor Zaffaroni, antes citado, los autores que realmente se deben contraponer tanto a Hobbes como a Kant, son Locke (ya

---

<sup>39</sup>SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Ed. Civitas, 2º Edición, 2001, p. 164.

<sup>40</sup>CANCIÓ MELIÀ, Manuel; “¿“Derecho penal” del Enemigo?”, en [www.pucdp.edu.pe/penal/derecho\\_penal\\_enemigo.pdf](http://www.pucdp.edu.pe/penal/derecho_penal_enemigo.pdf). Pág. 89

<sup>41</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ¿Es Posible un Derecho Penal del Enemigo no Autoritario?, En: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, Pág. 1078 a 1079.

que su concepción de Estado es más liberal y la Hobbes es más absolutista<sup>42)</sup> y Feuerbach.

Hobbes entiende que, debido a la competición, la desconfianza y el deseo de guerra del hombre, determina que en estado natural haya una guerra permanente. Para ponerle fin a este estado, los hombres celebran un contrato social y le entregan todo el poder al soberano. El hecho de oponerse a este soberano significa salirse del contrato y reintroducir este estado de guerra permanente, por lo cual se convierten en enemigos.

Locke, en cambio, encuentra que hay una ley natural, o sea, en estado de naturaleza existen derechos antes de que exista el Estado. Lo que cede el hombre al celebrar el contrato social es parte de sus derechos, ya que no puede cederlos todos, porque vienen dados por la naturaleza, y esta cesión la realiza para la conservación de sus derechos.

La contraposición entre ambos radica que, “para Locke, como crítico de la monarquía absoluta, quien realiza un acto de resistencia legítimo reclamando el respeto de derechos anteriores al contrato estatal, es un ciudadano que ejerce su derecho; para Hobbes, como defensor del Estado absoluto, es un enemigo al que es menester reprimir y contener con fuerza ilimitada, sin respetar si quiera los márgenes de la pena, porque ha dejado de ser súbdito. Quien para Locke ejerce el derecho de resistencia a la opresión es para Hobbes un enemigo peor que un criminal. Para Locke el soberano que abusa del poder pierde su condición de tal y pasa a ser una persona más; para

---

<sup>42</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 1079.

Hobbes es el súbdito que resiste el abuso de poder del soberano quien pierde su condición y pasa a ser un enemigo.”<sup>43</sup>

Respecto de Kant, este postula que puede haber pueblos o seres humanos en estado de naturaleza que representan un peligro, por lo que pueden ser obligados a entrar al contrato. Cualquiera puede obligar a quien este fuera del contrato a que se incorpore a este. En esto, Kant sigue a Hobbes respecto a que niega el derecho a resistencia a la opresión.

Feuerbach, al igual que Locke, postula la existencia de derechos previos al contrato. Al soberano se le ceden, por medio de este contrato, el derecho a escoger los medios para realizar sus fines, pero “La disidencia respecto de estas elecciones –políticas- no puede fundar ningún derecho de resistencia, que sólo aparece cuando el soberano actúa en contra de la sociedad civil y pretende volverla al estado de naturaleza. Por apartarse de los fines asignados por el contrato a la soberanía, entiende que el soberano pierde su carácter de tal y, por ende, la resistencia no es contra el soberano sino contra un particular con poder. No hay derecho de resistencia al soberano, sino a quien ha dejado de serlo por apartarse de los fines que en el contrato se le asigna al ejercicio de la soberanía. De no admitirse esta resistencia, se caería en la contradicción de sostener que el contrato impone el deber de obedecer a quien quiere destruir la sociedad.”<sup>44</sup>

Así demuestra el profesor Zaffaroni, que la oposición entre Rousseau/Fichte y Hobbes/Kant, no es tal, y debería orientarse a la divergencia entre estos últimos y Locke/Feuerbach, ya que ahí se encuentra la clave de que

---

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ¿Es Posible un Derecho Penal del Enemigo no Autoritario?, En: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, Pág. 1081

<sup>44</sup>Id. Pág. 1082.

lo que se considera como enemigo es a aquel que pretende ejercer el derecho de resistencia a la opresión, que los que defienden al Estado absoluto, tal como Hobbes, niegan.

Ahora, ya habiendo definido lo que se entiende como enemigo, se puede llegar a lo que el profesor de Bonn entiende por Derecho Penal del Enemigo.

Tal como ya dijimos, para defenderse de la peligrosidad del enemigo, el cual puede destruir el sistema social, Jakobs desarrolla al Derecho Penal del Enemigo, el cual, debido a ser un Derecho Penal de defensa y dirigido contra los enemigos, los cuales ya caracterice anteriormente, es que permite al Estado ejercer su poder punitivo sin necesidad de límites. Es por eso que se permite adelantar la punibilidad, relativizar ciertas garantías e imponer penas desproporcionadamente altas. El Derecho Penal del Enemigo reacciona ante peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, debido a que afectan a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión<sup>45</sup>.

El profesor Silva Sánchez, en relación a todo el sistema penal, desarrolla una teoría respecto de éste en la cual reconoce dos velocidades del Derecho Penal. La primera es respecto de los actos típicos que poseen una pena privativa de libertad, que debe mantener una rigidez respecto de los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales. La segunda velocidad tiene referencia en los actos típicos cuya sanción sea pecuniaria o de privación de derechos; en estos casos es posible cierta flexibilización respecto de aquellos principios y reglas, debido a la menor

---

<sup>45</sup> Respecto de esto CANCIO MELIÁ, Manuel; "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo", en Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, editorial Legis, N° 3, Abril-Junio 2003, Pág. 42

intensidad de las reglas. Pero puede existir, según el autor, una tercera velocidad, en la cual se mezclan las dos velocidades anteriores en el sentido de que, hay una flexibilización de los principios y reglas clásicos del Derecho Penal, pero respecto de ciertos casos cuya sanción es la privación de libertad.

Así vemos que una de las características más importantes, y que todos autores que han escrito del tema reconocen, es la flexibilización de las garantías. Pero previo a desarrollar estas características paso, primero, a revisar los orígenes de este Derecho Penal del Enemigo.

### **III.2.- Función Simbólica y Punitivismo.**

Es en el movimiento expansionista donde el Derecho Penal del Enemigo encuentra sus inicios. Toda esta tendencia actual de aparición de una multitud de nuevas figuras penales, endurecimiento de penas, y de reforma de muchas figuras penales ya existentes, pero que se tienden a endurecer, da inicio a lo que Jakobs llamó Derecho Penal del Enemigo.

Pero, en palabras de Manuel Cancio Meliá, esta tendencia expansionista, el cual ya fue revisado en el primer capítulo, incluye dos procesos que juntos dan nacimiento al Derecho Penal del Enemigo y estos son, el llamado Derecho Penal Simbólico o función simbólica del derecho penal, y el resurgir del punitivismo. “Ambas líneas de evolución, la “simbólica” y la “punitivista”.... constituyen el linaje de Derecho penal del enemigo. Sólo teniendo en cuenta

esta filiación en la política criminal moderna podrá aprehenderse el fenómeno que aquí interesa...”<sup>46</sup>

Ahora me propongo desarrollar a la función simbólica del derecho penal y al punitivismo, siguiendo la estructura desarrollada por Cancio Meliá.

*a) Función Simbólica.*

La función simbólica del Derecho Penal, en general, es la política criminal destinada a producir efectos sólo simbólicos.

Díez Ripolles define estos efectos simbólicos como aquellos que “estarían conectados al fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales”<sup>47</sup>. Por su parte, Cancio Meliá lo describe como “aquellos fenómenos de neo-criminalización respecto de los cuales se afirma críticamente que tan sólo cumplen efectos meramente “simbólicos””<sup>48</sup>.

Esta función busca dar la impresión de que hay un legislador atento y decidido a hacer cumplir la pena, hay una función latente y no manifiesta. Pero, tal como Cancio Meliá menciona, se produce la crítica, respecto de esta función simbólica, porque “puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la

---

<sup>46</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; ¿“Derecho penal” del Enemigo? Pág. 80.

<sup>47</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; “El derecho penal Simbólico y los efectos de la pena”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, Año XXXV, N° 103, Enero-Abril 2002, Pág. 68.

<sup>48</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; ¿“Derecho penal” del Enemigo? Pág. 80-81.



dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado, es decir, que se inflige un daño concreto con al pena para obtener efectos algo más que simbólicos”<sup>49</sup>.

Por otra parte, Díez Ripollés critica esta función desde el punto de vista de la función de la pena, es decir, la prevención general, ya que al tener sólo efectos meramente simbólicos, no tendría una función de protección de bienes jurídicos, modificar comportamientos, no tendría incidencia sobre delincuentes reales, sino sobre potenciales delincuentes o no prevenir comportamientos futuros, por lo que carecería de legitimidad, además de sobrepasar la necesidad de control social material.

Pero, vuelve Cancio Meliá diciendo “los fenómenos de carácter simbólico forman parte de modo necesario del entramado del Derecho Penal, de manera que en realidad es incorrecto el discurso del “Derecho penal simbólico” como fenómeno extraño al Derecho Penal. En efecto: desde perspectivas muy distintas, desde la “criminología crítica” –y, en particular, desde el así llamado enfoque del labeling approach-, que pone el acento sobre las condiciones de la atribución social de la categoría “delito”, hasta la teoría de la prevención general positiva, que entiende delito y pena como secuencias de tomas de posición comunicativa respecto de la norma: los elementos de interacción simbólica son la misma esencia del Derecho Penal.”<sup>50</sup> Es decir, a pesar de que puede ser que el derecho penal simbólico carezca de legitimidad por no estar conforme con la función de la pena y de, posiblemente, no tomar en cuenta la dura realidad de los que sí son sometidos al proceso penal, o sea, del efecto manifiesto del derecho penal, la función simbólica es parte esencial del derecho penal, en

---

<sup>49</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; ¿“Derecho penal” del Enemigo? Pág. 81

<sup>50</sup> Id.

cuanto busca producir en la sociedad, la sensación de tranquilidad en cuanto a que se van a aplicar las penas, efectivamente, lo cual sabemos no siempre sucede.

*b) Punitivismo.*

Este concepto tiene que ver con el hecho de que, en la actualidad, y es una característica del expansionismo, se tiende a producir nuevas normas penales, o sea, nuevos tipos penales, además de un endurecimiento de penas ya existentes.

Pero esto nada tiene que ver con la función simbólica, ya que lo que se busca con estos nuevos tipos, es su real aplicación.

Esta tendencia punitivista vuelve a surgir actualmente, después de haber un período donde se busco despenalizar algunas acciones, siguiendo el principio del Derecho Penal Mínimo. “En este sentido, se advierte la existencia en el debate político de un verdadero “clima punitivista”: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal; un ambiente político-criminal que, desde luego, no carece de antecedentes.”<sup>51</sup>

Pero esta tendencia ya no es apoyada solamente por el lado conservador de la política. La izquierda política, usualmente identificada con la descriminalización, ahora ve, dentro de un populismo, la necesidad de solicitar la criminalización de ciertas actividades como la discriminación, el maltrato a

---

<sup>51</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; ¿“Derecho penal” del Enemigo?. Pág. 82-83

mujeres, todas dentro de una línea de neo-criminalización. Por su parte, la derecha, buscando ser tan progresista como la izquierda, ve en el punitivismo una oportunidad “nueva” de serlo.

Así se vuelve a nociones, tal como lo menciona Cancio Meliá, como la inocuización, que había sido abandonado hace años del discurso teórico.

La tendencia actual esta enmarcada en el punitivismo, habiendo una lucha en contra de la criminalidad, creando nuevos tipos penales o aumentando penas a las tipos ya existentes.

### *c) Punitivismo y Derecho Penal Simbólico.*

Aún cuando el movimiento punitivista va hacia la aplicación real de la pena, estos dos movimientos no se pueden separar nítidamente, ya que la creación de muchos nuevos tipos penales va a llevar que la persecución de todos estos nuevos delitos no sea posible, por lo que se busca al aprobar tantas leyes es un efecto simbólico y dar la imagen a la gente, de un legislador preocupado y eficiente a la hora de velar por la seguridad de la ciudadanía. Pero una norma que en un principio fue creada sólo por este efecto simbólico, puede llegar a un proceso penal real, y así lograr una aplicación clara y real de esta norma simbólica.

“... el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado “hecho”, sino también (o: sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal – dejando de lado las estrategias de corto plazo de mercadotecnia de los agentes

políticos- persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como “otros” no integrados en esa identidad. Y parece claro, por otro lado, que para ellos también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escalada, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal.”<sup>52</sup>

Ahora corresponde volver al Derecho Penal del Enemigo, y revisar sus características.

### **III.3.- Características del Derecho Penal del Enemigo.**

Respecto de este punto, los autores distinguen las mismas características respecto de esta creación de Jakobs:

#### *a) Amplio adelantamiento de la punibilidad.*

Toda la idea del Derecho Penal del Enemigo se basa en la idea de la prevención de riesgos para la sociedad, la protección de los bienes jurídicos más esenciales y vulnerables de ésta, por lo que este nuevo derecho penal debe mirar hacia hechos futuros (es prospectiva, en vez de ser retrospectiva).

---

<sup>52</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; ¿“Derecho penal” del Enemigo?. Pág. 86

Esta característica tiene que ver con la punibilidad de hechos preparatorios, y no sólo la comisión del acto.

*b) Las penas previstas son desproporcionadamente altas.*

La pena fijada para un hecho, aún cuando se haya adelantado la punibilidad, o sea, aún cuando no sea un hecho consumado, es demasiado alta. Es decir, no hubo una rebaja en la pena proporcionalmente al tratarse de un hecho no consumado.

Otro punto, respecto de esta característica, es que al mismo hecho pueden haber dos penas distintas: una para la persona normal, el “ciudadano”, y otro más severa para la persona que, por pertenecer a un determinado grupo, es considerada peligrosa, el “enemigo”.

*c) Los cómplices y encubridores tienen la misma pena que el autor.*

En muchos tipos penales, tener la calidad de cómplice o encubridor en un delito cometido por alguien considerado como “enemigo” no conlleva una pena reducida, sino que la severidad de su pena será, en muchas ocasiones, la misma que se le impone al autor del hecho, lo que sí significa una rebaja respecto del autor “enemigo”, ya que su pena será aún mayor.

*d) Determinadas garantías son relativizadas o incluso suprimidas.*

Ya que a quien se le somete a proceso o se le imponen las penas no forma parte de la ciudadanía, le es posible al Estado, y esta teoría lo legitima para eso, pasar por alto algunas garantías, como por ejemplo, se mantiene incomunicado al imputado por mucho tiempo, se puede detener y mantener a alguien detenido, privado de libertad, por mucho tiempo antes de ponerlo a disposición de la justicia.

Existen casos como de reos en Guantánamo, en los cuales hay detenidos por meras sospechas y no han sido llevados ante un tribunal para que sean juzgados. Lo que conlleva que no se respeta el principio de inocencia.

*e) Es una legislación de Lucha.*

Esta creación fue concebida, desde sus inicios como una legislación para enfrentarse al enemigo, sea este un terrorista, una organización criminal o los extranjeros. Este derecho es “una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos.”<sup>53</sup>

*f) Es un Derecho Penal del Autor.*

Es claro, desde un comienzo de este capítulo se dejó constancia de que lo que se busca con este derecho penal no es castigar un hecho, sino que busca castigar y más bien, alejar de la sociedad a individuos con ciertas

---

<sup>53</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; ¿“Derecho penal” del Enemigo?. Pág. 89

características sin importar si cometió un hecho ilícito, forma parte de un grupo considerado como enemigo o si esta planeando cometer un hecho.

Lo que se castiga con este “Derecho” es el status de enemigo. Se crea una demonización de ciertos grupos, a los cuales se les va a aplicar este Derecho penal.

*g) Es un Derecho penal de Emergencia.*

El mismo Jakobs determino que este Derecho penal sea algo aparte del Derecho penal que se utiliza sobre los ciudadanos; “... la introducción de un cúmulo –prácticamente inabarcable ya- de líneas y fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho”<sup>54</sup>. No es un Derecho que se deba utilizar para todos los delitos cometidos, ni contra todas las personas que los cometan. Es un Derecho penal que se deberá utilizar casi sólo durante los Estados de Excepción.

*h) El Derecho Penal del Enemigo es un Derecho propio de un Estado Autoritario.*

Dado las características anteriores, principalmente la supresión de garantías, es que la mayoría de los autores críticos de éste Derecho penal postulan la existencia del mismo sólo dentro de un Estado Autoritario. El profesor Muñoz Conde incluso lo asemeja a sistemas penales existentes

---

<sup>54</sup> JAKOBS, Gunther; “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, Gunther – CANCIO MELIÁ, Manuel; Derecho Penal del Enemigo, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pág. 48

durante dictaduras como la de Hitler o Stalin, incluso a las existentes en América del Sur en la década del 70'.

Pero el profesor Gracia Martín hace esta referencia: “Un debate y una indagación acerca de este denominado Derecho penal del enemigo, por consiguiente, no podría plantearse, ni tendría sentido, en relación con la legislación de un régimen totalitario. En los regímenes de este tipo, se puede decir que en realidad toda la legislación está prendida por una antorcha de guerra contra enemigos. Estas legislaciones, a mi juicio, no pueden ser partícipes de la idea del Derecho y desde el punto de vista material no se les debe poder reconocer otro rango que el de meros dispositivos de coacción.... El debate sobre un Derecho penal del enemigo, pues, sólo puede plantearse y tiene sentido en relación con el Derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales y depositan el poder en auténticos Estados de Derecho.”<sup>55</sup> Esto da a entender que sólo en un Estado de Derecho se puede hacer el debate respecto del Derecho penal del enemigo, ya que de no ser así, el hecho de no respetar garantías sería un hecho normal y no estaría sujeto a debate.

Todas las características enumeradas anteriormente, primero, tienen relación con lo que se vio en la parte del Expansionismo. Pero lo más importante para esta memoria, es como se contraponen a los principios y características del Derecho Penal Liberal, enumerados en el capítulo anterior.

---

<sup>55</sup> GRACIA MARTÍN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, año 2005 N° 07-02, en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Pág.02:4



**CAPÍTULO CUARTO.**  
**DISYUNTIVA ACTUAL:**  
**¿Política Criminal o Derecho Penal del Enemigo?**

## **IV.**

### **CAPÍTULO CUARTO.**

#### **DISYUNTIVA ACTUAL:**

#### **¿Política Criminal o Derecho Penal del Enemigo?**

A través de la presente memoria, se han analizado los movimientos expansionistas y garantistas del Derecho penal, se caracterizó al Derecho penal liberal clásico y al Derecho penal del enemigo. Pero la presente memoria no pretende sólo mostrar las descripciones por separado, y corresponde en éste, el último capítulo, hacer la comparación que da nombre a esta memoria.

El Derecho penal se construye con el objetivo de buscar la paz social, previniendo conflictos surgidos de las relaciones humanas, y una vez que se ha transgredido esa paz, sanciona para restituirla. Esta sanción la aplica un Poder Soberano; pero ha sido la evolución de la dogmática en que se apoya el Derecho penal la que ha establecido que ese poder sancionatorio sea restringido y no darle un carácter abusivo a su práctica. Es por esto último que la construcción de leyes penales debe guardar respeto de los derechos y garantías de las personas. Por el contrario, el Derecho penal del enemigo es una construcción de lucha. Hay una similitud en el hecho de buscar la paz

social, pero es en los medios de los que se vale este Derecho donde radican las diferencias.

Para comenzar la comparación, habría que decir que la diferencia más clara entre ambas construcciones es que el Derecho penal del enemigo es claramente un Derecho penal del autor. Tal como ya se analizó en el capítulo tercero<sup>56</sup>, busca sancionar a personas, no por sus acciones, sino por su pensamiento político, sus creencias religiosas, su condición social. Se busca estigmatizar a cierto grupo de personas como enemigos, y es en contra de éste grupo que se dirige el Derecho penal del enemigo.

También, en relación con lo anterior, es que hay un adelantamiento de la punibilidad, ya que no se necesita de la exteriorización de un hecho, se puede sancionar el acto preparatorio de aquellos considerados enemigos.

El Derecho penal liberal clásico, tal como se reviso en el capítulo segundo<sup>57</sup>, se basa en el principio de la materialidad, por el cual solo se sanciona una acción perceptible materialmente, en clara oposición a lo planteado respecto a un Derecho penal de autor, además de existir el principio de culpabilidad, el cual en uno de sus aspectos hace mención a la necesaria relación entre el autor y el hecho realizado.

El profesor Baratta también explica el principio de la responsabilidad por el acto, dentro del Derecho penal mínimo, el cual hace referencia a que lo sancionado por una norma es el hecho típico, y no el que haya sido cometido por un ciudadano que posee ciertas características. Pero también hace

---

<sup>56</sup> Ver supra Capítulo Tercero, III.3.- Características del Derecho Penal del Enemigo.

<sup>57</sup> Ver supra Capítulo Segundo, II.4.- Principios Básicos del Derecho Penal

mención al principio de imputación personal, el cual dice q se deben establecer criterios claros de culpabilidad y causalidad en la acción.

Esta misma diferenciación la hacen autores, de entre los cuales, cito aquí al profesor Eduardo Demetrio Crespo, el cual dice: "... cabe afirmar que el llamado "Derecho Penal del enemigo", toda vez que fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho Penal del hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como "derecho penal del autor"."<sup>58</sup> También cito al profesor Cancio Meliá, el que dice: "Como es sabido, el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo vulnera, así se afirma habitualmente en la discusión, en diversos puntos el principio del hecho."<sup>59</sup>

Además, no puedo dejar de mencionar ciertos principios que explica el profesor Ferrajoli, como el de responsabilidad o culpabilidad, el que toma a las personas como entes autónomos y cualquier intervención estatal debe tomar límite y legitimación a la responsabilidad de la persona; también el principio de lesividad que, junto con exigir que el comportamiento típico debe afectar necesidades del sistema social en su conjunto, también debe poder ser constatada por las ciencias empírico-sociales, es decir, debe haber una exteriorización de los hechos.

Luego, también mencionado en el capítulo tercero, las penas en el Derecho penal del enemigo no son proporcionales o no se condicen con que no hay un hecho consumado, así como también no hay proporcionalidad respecto

---

<sup>58</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo: *"El 'Derecho penal del enemigo' Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado 'derecho penal del enemigo' y la idea de seguridad"*, en [iustel.com](http://iustel.com), RGDP, N° 4, Noviembre de 2005. Pág. 21

<sup>59</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿"Derecho Penal" del Enemigo?. Op. Cit. Pág 95

a la sanción de los cómplices y encubridores, clara contravención al principio de proporcionalidad, además de no respetar el principio de idoneidad planteado por el profesor Baratta, o sea, que la pena impuesta tenga correspondencia con la gravedad del tipo, además de sopesar los efectos sociales que tendrá la aplicación de ésta. Relacionado con esto último, se encuentra el principio de proporcionalidad concreta, que habla del efecto estigmatizador de la pena y de cómo se debe tomar en consideración esto a la hora de fijar las penas, especialmente las privativas de libertad, como en el caso de la mayoría de las penas que fija el Derecho penal del enemigo.

Pero siguiendo con el análisis comparativo entre ambas construcciones de Derecho penal del enemigo y liberal clásico, el primero es una legislación de lucha, de emergencia. En el texto de los profesores Fabián Riquert y Leonardo Palacios dicen: “Esta concepción del derecho penal se encuentra direccionada para los casos de criminalidad organizada consistente en la defensa del Estado frente a un tipo de “ataques” diferentes al que puede surgir desde la criminalidad “común”, asimilándolos a un estado de excepción (guerra – terrorismo - narcotráfico) y que intenta justificar y legitimar la estructura de un Derecho Penal y Procesal sin garantías.”<sup>60</sup>

El mismo Jakobs da a entender que su construcción es de emergencia, al decir: “Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo.”<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> RIQUERT, Fabián/PALACIOS Leonardo: “*El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes*”, publicado en La Ley, revista universitaria, año V, N1 3, Junio de 2003. Pág. 4

<sup>61</sup> JAKOBS, Gunther; “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, Gunther – CANCIO MELIÁ, Manuel; Derecho Penal del Enemigo, Ed. Civitas, Madrid, 2003. Pág 56

El Derecho penal liberal, en cambio, es una construcción que permanentemente es utilizada por los Estados, no fue creado como respuesta a un tipo especial de criminalidad, sino para regular conductas que puedan afectar derechos de personas.

También, dentro de lo mismo, el Derecho penal del enemigo crea las normas como una reacción inmediata sin racionalidad de futuro, como una defensa del Estado, frente a ataques que son considerados graves. Además que sus construcciones, tal como ha sido comentado anteriormente, se dirigen contra ciertos grupos de personas más que a hechos. En resumen, construye normas de lucha. Es una creación sin mirar a la persona, sino más bien a la preservación del Estado.

El Derecho penal liberal crea sus normas en concordancia con las garantías de las personas, no pone la preservación del Estado como principal finalidad. Tal como se aclara en el capítulo segundo y al comienzo de éste, una de las principales finalidades del Derecho penal es mantener la paz social, lo que realiza teniendo en cuenta una política criminal con miras a futuro y no solo reaccionando a ciertos hechos o contra ciertos grupos.

Haciendo el análisis ahora de otra característica del Derecho penal del enemigo, muchas de las garantías consagradas para todas las personas son relativizadas o, incluso, suprimidas. Cuando se vio esta característica en el capítulo tercero ya se dijo que esta teoría lo permite debido que a la persona que se somete a proceso no es ciudadano, es más Jakobs no lo considera persona, por lo que no es necesario respetarle sus garantías, ya que habría que tener la calidad de ciudadano para que le sean respetadas. “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no

puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.”<sup>62</sup> También Jakobs hace referencia a que “... un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona.”<sup>63</sup>

Esto ya es una de las características que se opone, no sólo al Derecho penal liberal, sino que a todo sistema democrático, a todo Estado de Derecho.

En ningún Estado de Derecho se puede permitir un trato diferencial a nadie. Desde la revolución francesa se admitió que todos los hombres son iguales en dignidad y derechos. A ningún hombre se le puede privar de sus derechos, ya que estos le son inherentes por el hecho de ser persona, y a nadie se le puede suprimir su calidad de persona.

Esto, como dije, no sólo va contra el Derecho penal liberal positivo, también va en contra de las constituciones de los países considerados civilizados. A través de la historia se ha logrado evolucionar la forma de pensar de la humanidad, que antes aceptaba hechos como la esclavitud o que fueran dominados por una persona cuya soberanía emanaba sólo de Dios. El hecho de que se permita a una teoría que suprima, primero, la calidad de persona de alguien, y luego, a consecuencia de lo anterior, se permita suprimirle derechos, como lo son la libertad e igualdad, entre varios otros que son suprimidos, es una involución, es volver a la época donde gobernaban reyes y emperadores, donde se podía ser dueño de alguien, considerado como animal y vendido como una cosa, y donde los gobernantes podían hacer cualquier cosa con sus

---

<sup>62</sup> JAKOBS, Gunther; “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”. Pág. 47

<sup>63</sup> Idem. Pág. 40

súbditos. Ferrajoli menciona el principio de igualdad ante la ley como un principio básico y elemental de un Derecho penal democrático.

También, el suprimir derechos y garantías, va en contra del principio de legalidad. Muchas de las garantías suprimidas tienen que ver con el debido proceso, con el principio de inocencia, con ser juzgados por tribunales militares, todo lo cual es asegurado con el principio de legalidad, el cual asegura que se respetará la extensión de las garantías contenidas en las normas.

Baratta habla de la supremacía de la ley penal sustantiva, la que asegura el contenido del principio de legalidad, además de construir el principio de la conservación de las garantías formales, lo que tiene que ver con que las garantías serán respetadas, sin importar que la resolución de conflictos no sea llevado en un proceso penal. Esto último de especial importancia, ya que con este principio se asegura el respeto de las garantías sin importar el proceso judicial que se lleve a cabo.

Pasando a otra característica, en algo que la mayoría de los críticos del Derecho penal del enemigo concuerdan, y como se vio al finalizar el capítulo tercero, menos el profesor Gracia Martín, éste es un Derecho penal característico de Estados autoritarios. El profesor Muñoz Conde lo pone de manifiesto al decir: “Ejemplos similares –de Derecho penal excepcional- los ha habido también durante todo el siglo XX en muchos países europeos, y, por supuesto, en otras partes del mundo, especialmente en períodos de graves crisis económica, política y social, en situaciones de guerra o posguerra, y de un modo generalizado en los regímenes totalitarios de Hitler, Mussolini, Stalin o Franco; y en las dictaduras del Cono Sur americano (Argentina, Chile, Uruguay,



Paraguay, Brasil) durante los años 70 y parte de los ochenta del pasado siglo.”<sup>64</sup>

Tal como se ha ido viendo en el desarrollo del presente capítulo, los principios del Derecho penal liberal clásico tienden a un respeto de las garantías que, a través de los movimientos codificadores, fueron poniendo límites al Poder soberano, lo que estableció las bases de un Estado de Derecho, el que, claramente va en contra de un poder autoritario como el que impondría el Derecho penal del enemigo.

Así, los principios de legalidad, igualdad, proporcionalidad, etcétera, mencionados a través de esta memoria, son principios básicos en un Estado de Derecho.

Muñoz Conde también reflexiona sobre esta comparación y dice “Es este carácter de Derecho penal excepcional, derogador de los principios básicos del Derecho penal liberal clásico, pero sobre todo de los principios básicos del Derecho penal del Estado de Derecho.”<sup>65</sup>

Finalmente, el principio formador, tanto del expansionismo como del Derecho penal del enemigo, el punitivismo, hace que se busquen soluciones a todo posible conflicto dentro del Derecho penal.

El Derecho penal liberal es de carácter accesorio, fragmentario, subsidiario, y se basa en principios como la protección exclusiva de bienes jurídicos. Todo lo anterior apunta a que el Derecho penal, es un Derecho de

---

<sup>64</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: *"De nuevo sobre el 'derecho penal del enemigo'"*, en Revista Penal, Nº 16, Editorial Praxis, año 2005. Pág 123

<sup>65</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: *"De nuevo sobre el 'derecho penal del enemigo'"*. Pág. 123-124.

ultima ratio, es decir, sólo en el caso de no existir otra alternativa menos invasiva se podría optar por recurrir a normas penales.

El profesor Baratta menciona, como principios del Derecho penal mínimo a, entre otros, la respuesta no contingente, el cual señala que la ley penal es una respuesta a conflictos graves y permanentes en la sociedad, no utilizados como una lucha contra criminales de ciertas características. También están los principios de proporcionalidad abstracta (solo las violaciones a los derechos humanos pueden ser objeto de sanción penal), de subsidiariedad (se aplica la pena en caso de no existir otros medios disponibles), no intervención útil, privatización de los conflictos y politización de los conflictos<sup>66</sup>.

El profesor Ferrajoli puede resumir lo anterior en un solo principio, el de intervención mínima, que contiene como subprincipios a la fragmentariedad y a la subsidiariedad.

Utilizo también este último capítulo para poner de relieve que ha ido evolucionando el concepto de derecho penal mediante movimientos expansionistas, apoyados por el constante miedo social, hasta convertirlo en un verdadero derecho penal de lucha. Jakobs, y así también se expone como una característica del Derecho Penal del Enemigo, se ilustra en el atentado en contra del World Trade Center del once de septiembre del 2001 para demostrar que estamos en guerra: “Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde los hechos del 11 de septiembre de 2001: en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un

---

<sup>66</sup> Para lo anterior ver supra capítulo segundo.

procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento –y sólo hasta el momento- no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros - ¿delincuentes? ¿prisioneros de guerra?- muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra.”<sup>67</sup>

Pero, aún cuando la presente memoria es, principalmente una crítica al llamado Derecho penal del enemigo, no puedo dejar de mencionar que el profesor Silva Sánchez es de la opinión que toda expansión no es del todo mala “Lo que interesa poner de relieve en este momento es tan sólo que seguramente existe un espacio de “expansión razonable” del Derecho penal. Aunque con la misma convicción próxima a la seguridad deba afirmarse que también se dan importantes manifestaciones de la “expansión irrazonable”<sup>68</sup>.

Actualmente, es lamentable encontrar que esta expansión del Derecho penal, y el mismo Derecho penal del enemigo está teniendo actual aplicación en países desarrollados como Estados Unidos, Inglaterra, España, Francia, Alemania, entre otros<sup>69</sup>, lo que a mi modo de ver es una lamentable regresión a épocas menos favorables para la humanidad.

---

<sup>67</sup> JAKOBS, Gunther; “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, Gunther – CANCIO MELIÁ, Manuel; Derecho Penal del Enemigo, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pág. 46

<sup>68</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, Ed. Civitas, 2º Edición, 2001, pág. 26

<sup>69</sup> En este sentido analizan ciertos rasgos de estas legislaciones: CANCIO MELIÁ, Manuel; “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo”, en Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, editorial Legis, N° 3, Abril-Junio 2003 y PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; El Retorno del Derecho Penal al Estado de Naturaleza, en revista Viento Sur, N° 83, Noviembre de 2005.

## CONCLUSIONES.

La intención de la presente memoria fue comprobar la hipótesis de que el Derecho penal del enemigo, por no cumplir con los principios y características del Derecho penal liberal clásico, no debía ser llamado Derecho penal. Fue así como analice dos movimientos en el Derecho penal, el expansionismo y el garantismo, los cuales fueron mi apoyo durante el desarrollo de esta memoria de grado, analicé características tanto del Derecho penal liberal y del enemigo, para, por último, confrontarlas y poder comprobar mi hipótesis.

Pero durante el estudio y posterior desarrollo de esta memoria me di cuenta de que, tal como lo dice el profesor Muñoz Conde el principal problema no es el nombre, sino que el contenido y la legitimidad del Derecho penal del enemigo<sup>70</sup>, porque es claro que el derecho penal del enemigo se contrapone al derecho penal liberal, ya que, como vimos en el capítulo tercero, el punitivismo es parte del derecho penal del enemigo, y esto va contrapuesto a la idea de un derecho penal mínimo, y el carácter subsidiario del mismo, lo que quedó de manifiesto al hacer la comparación en el capítulo cuarto.

Un Derecho penal en un Estado de Derecho debe siempre tener respeto de las garantías consagradas en las constituciones y en las mismas leyes penales. El profesor Demetrio Crespo lo dice "... es imprescindible no pasar por alto que la modernización del Derecho Penal, si de verdad quiere representar una "evolución" del mismo, debe llevarse a cabo con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho, y no a golpe de las exigencias de "seguridad" de una sociedad que no conoce criterios de "razonabilidad" acerca de la

---

<sup>70</sup> En esta idea MUÑOZ CONDE, Francisco: *"De nuevo sobre el 'derecho penal del enemigo'"*, en Revista Penal, Nº 16, Editorial Praxis, año 2005. Pág 134-135

intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada.”<sup>71</sup>

Es también claro que la aplicación del Derecho penal del enemigo conlleva la necesaria tarea de identificar a este enemigo.

En la actualidad, este enemigo ha sido caracterizado como un terrorista (principal problemática de hoy en día: el terrorismo), pero “las legislaciones nacionales e internacionales ampliaron el concepto “terrorismo” a extremos inverificables en franca violación a principios de Derecho Penal en su formulación típica y a principios de derecho procesal penal en su instrumentación procesal.”<sup>72</sup>

“Los Derechos Humanos han de ser también... el vínculo irrenunciable entre el ser y el deber ser del Derecho penal. Los Derechos Humanos han de ser, en último término, la barrera infranqueable a toda pretensión político-criminal, filosófico-político, filosófico-jurídica, sociológica o dogmática.”<sup>73</sup>

Al fin me gustaría concluir citando a Carl Ludwig von Bar: “Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que la cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad – pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo

---

<sup>71</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo: *"El 'Derecho penal del enemigo' Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado 'derecho penal del enemigo' y la idea de seguridad"*, en [iustel.com](http://iustel.com), RGDP, N° 4, Noviembre de 2005. Pág 24

<sup>72</sup> RIQUERT, Fabián/PALACIOS Leonardo: *"El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes"*, publicado en La Ley, revista universitaria, año V, N1 3, Junio de 2003. Pág. 7

<sup>73</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo: *"El 'Derecho penal del enemigo' Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado 'derecho penal del enemigo' y la idea de seguridad"*. Pág 35

más ruidoso-, allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pessima respublica, plurimae leges”<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> Von Bar, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, Berlin, 1882, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, Ed. Civitas, 2º Edición, 2001, pág. 17

## BIBLIOGRAFÍA FUNDAMENTAL.

- 1.- **ALBRECHT, Peter-Alexis.** El Derecho Penal en la intervención de la política populista, en La insostenible situación del derecho penal. Editorial Comares, Granada, España, 2000.
- 2.- **ALONSO PÉREZ, Francisco.** Introducción al estudio de la Criminología. Editorial Reus S.A., Madrid, 1999.
- 3.- **BARATTA, Alessandro.** Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. En Revista Nuevo Foro Penal, N° 34, 1986, Bogotá, Colombia.
- 4.- **BARATTA, Alessandro.** Criminología y Sistema Penal, Compilación In memoriam. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- 5.- **BERGALI, Roberto.** Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas, en Sistema Penal y Problema Social, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2003
- 6.- **BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** Manual de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Editorial Ariel, 1984
- 7.- **CANCIÓ MELIÁ, Manuel;** “¿“Derecho penal” del Enemigo?”, Consulta en línea: [www.pucdp.edu.pe/penal/derecho\\_penal\\_enemigo.pdf](http://www.pucdp.edu.pe/penal/derecho_penal_enemigo.pdf).

8.- **CANCIO MELIÁ, Manuel**; Derecho Penal del Enemigo, Ed. Civitas, Madrid, 2003

9.- **CURY, Enrique**. Derecho Penal, Parte General. Tomo I, 2ª. Edición, 1988. Editorial Jurídica de Chile.

10.- **DEMETRIO CRESPO, Eduardo**: *"El 'Derecho penal del enemigo' Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado 'derecho penal del enemigo' y la idea de seguridad"*, en [iustel.com](http://iustel.com), RGDP, N° 4, Noviembre de 2005

11.- **DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis**; "El derecho penal Simbólico y los efectos de la pena", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, Año XXXV, N° 103, Enero-Abril 2002.

12.- **ETCHEBERRY, Alfredo**. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, 2ª. Edición, 1976, Editorial Jurídica de Chile.

13.- **FERRAJOLI, Luigi**. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta, Madrid, España, 1995. Traducción al español de Perfecto Andrés Ibáñez. Título Original: Diritto e Ragione.

14.- **GARRIDO MONTT, Mario**. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1997.

15.- **GRACIA MARTÍN, Luis**; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del Enemigo". En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, año 2005 N° 07-02, en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.



- 16.- **HASSEMER, Winfred.** Crítica al Derecho Penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento, límites a la aplicación de la prisión preventiva. Traducción de Patricia Séller. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- 17.- **JAKOBS, Gunther;** "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo", Ed. Civitas, Madrid, 2003.
- 18.- **LABATUT, Gustavo.** Derecho Penal, Parte General. 6ª. Edición. 1972, Editorial Jurídica de Chile.
- 19.- **LIMA LOPES, Aury.** Fundamento de la Existencia del Proceso Penal, Revista de Derecho Procesal, Madrid, España. 2000, Nº 1.
- 20.- **MENDOZA BUERGO, Blanca.** El derecho penal en la sociedad del riesgo. Editorial Civitas, España, 2001.
- 21.- **MERA FUGUEROA, Jorge.** ¿Tuvo Chile una política criminal durante el siglo XX? En Revista de Derecho de la Universidad Mayor Nº2, noviembre de 2003.
- 22.- **MUÑOZ CONDE, Francisco:** *"De nuevo sobre el 'derecho penal del enemigo'"*, en Revista Penal, Nº 16, Editorial Praxis, año 2005
- 23.- **OVIEDO, Víctor Julio.** Garantismo Penal. Consulta en línea: [http://www.uis.edu.co/portal/catedra\\_libre/febrero2006/actualidad.html](http://www.uis.edu.co/portal/catedra_libre/febrero2006/actualidad.html).
- 24.- **PORTILLA CONTRERAS, Guillermo;** El Retorno del Derecho Penal al Estado de Naturaleza, en revista Viento Sur, Nº 83, Noviembre de 2005

25.- **RIQUERT, Fabián/PALACIOS Leonardo**: "*El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes*" , publicado en La Ley, revista universitaria, año V, N1 3, Junio de 2003

26.- **SILVA SÁNCHEZ, Jesús**. La Expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Editorial Civitas, España, 2ª. Ed., 2001.

27.- **TERRAGNI, Marco Antonio**. Castigo, Pena; Rivacoba y la Libertad. En El Derecho Penal del Siglo XXI, VV.AA., Raúl Zaffaroni, Director. Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2005.

28.- **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**; ¿Es Posible un Derecho Penal del Enemigo no Autoritario?. En: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005.