
**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**



**DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: ¿EVOLUCIÓN O
PRIMITIVISMO DEL DERECHO PENAL?**

Concepto doctrinal y jurídico, individualización y características del sujeto al que se le denomina Enemigo.

Memoria para postular al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas

NATALIA ANDREA BRAVO PEÑA

Profesor guía: Dra. Myrna Villegas Díaz

2007

*A Dios, mis padres y mi familia, por su gran amor,
A Palima, por su ayuda y paciencia,
A mis hermanos, por su oración,
A todos mis amigos, pero muy especialmente a
Anilei, Antonia, Yvito y Marisol por su ayuda e incondicionalidad.*

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I: Introducción a la teoría del Derecho Penal del Enemigo.....	9
1 - ¿Qué es el derecho Penal del Enemigo? Concepto y características; (9)	
1.1) - Conceptualización del Derecho Penal del Enemigo; (10)	
1.2) - Características del derecho Penal del Enemigo; (25)	
CAPÍTULO II: Globalización y Derecho Penal del Enemigo.....	29
1 - Globalización del Derecho Penal del Enemigo; (29)	
1.1) - Contexto General; (29)	
1.2) - ¿Qué es la Globalización?; (33)	
1.3) - Características de la globalización y sus consecuencias como supuesto necesario para el Derecho Penal del Enemigo; (42)	
2 - USA PATRIOT ACT y consagración jurídica del derecho penal del enemigo; (53)	
CAPÍTULO III: Conceptualización jurídica y social del enemigo en el Derecho Penal del Enemigo.....	65
1 - ¿Quién es el enemigo? Marco teórico; (65)	
1.1) - Contexto General; (65)	
1.2) - ¿A quiénes se dirige el Derecho Penal del ciudadano? La Persona y el Ciudadano según Günther Jakobs; (70)	

1.3) - ¿Quién es el enemigo para Jakobs? La No-Persona y su fundamento filosófico; (80)	
2 - El enemigo en la sociedad del riesgo; (85)	
2.1) – Terroristas; (89)	
2.2) – Inmigrantes; (99)	
2.3) – Narcotraficantes; (102)	
CAPÍTULO IV: Determinación jurídica y social del enemigo en Chile.....	104
1 - ¿Quién es el enemigo en Chile hoy?; (104)	
1.1) - Aspectos socio-jurídicos del enemigo; (105)	
1.2) - Terrorismo en Chile. Extensión jurídica del concepto en relación a la determinación del enemigo; (109)	
1.3) - Mapuches ¿enemigos de quién?; (121)	
1.4) - El futuro de Chile es el enemigo. Adolescentes y la aplicación del derecho penal del enemigo; (141)	
2 - ¿Quiénes serán los enemigos en Chile?; (146)	
2.1) – Inmigrantes; (146)	
2.2) - Delincuentes reincidentes habituales; (148)	
CAPÍTULO V: Hacia la abolición del Derecho Penal del Enemigo.....	151
1 - ¿Evolución o primitivismo del Derecho Penal? Orígenes y proliferación de la aplicación del Derecho Penal del Enemigo en relación con los factores sociales, políticos y económicos que lo determinan; (151)	
CONCLUSIONES.....	165
BIBLIOGRAFÍA.....	167

INTRODUCCIÓN:

A medida que transitamos en la búsqueda de una sociedad más humanitaria, civilizada y democrática, inevitablemente existen obstáculos que estancan o hacen retroceder, a veces, de forma despiadada y brutal, esta búsqueda, para otorgarnos esa característica que como sociedad pretendemos superar, la incivilidad.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el mundo quiso revertir tanto primitivismo y fue creando sistemas de garantías para las personas; reconociendo a su vez, derechos que les son inherentes y que habían sido históricamente vulnerados por los Estados y, en muchas ocasiones, por las mismas personas. Fue así cómo nacieron los Derechos Humanos y el sistema garantista penal.

A partir de ahí, la sociedad internacional se empeñó en un fortalecimiento de las garantías personales, creando tratados internacionales que aunaban el consenso existente entre los distintos Estados respecto de la protección de las personas. Se crearon además, instancias internacionales a las cuales acudir en caso que los Estados desconocieran las garantías que se consagraron, un ejemplo de esto es la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, a medida que el sistema neoliberal fue ganando espacios y el fenómeno de la globalización avanzó, los intereses económicos –que históricamente han sido los promotores de las reducciones de garantías- fueron potenciando un retroceso en el sistema que, hasta hace un tiempo atrás, era pro personas. Nacieron así, legislaciones internas de los países que iban en desmedro de las garantías que se habían consagrado a nivel internacional y constitucional en casi todos los Estados (occidentales preferentemente). La característica de estas legislaciones, es que apuntan a personas que eran y son tratadas como enemigos y a las cuales no se les otorga ningún tipo de garantías procesales ni humanitarias.

Es aquí donde debemos detenernos y analizar el retroceso en nuestro avance hacia la civilidad como sociedad, analizar las técnicas jurídicas que se utilizan y la justificación a la creación de una Teoría del Derecho Penal del Enemigo, que como derecho, no otorga ningún tipo de garantía a las personas a las que se destina.

La siguiente investigación describirá la realidad que representa el denominado Derecho Penal del Enemigo, en relación con el concepto doctrinal y jurídico, individualización y características del sujeto al que se le denomina **“enemigo”**.

En el primer capítulo hay una consideración directa respecto de cuáles son las características del Derecho Penal del Enemigo y qué elementos son preponderantes al momento de conceptualizarlo. Esto con la intención de contextualizar en términos doctrinarios el expansionismo del Derecho Penal y el consecuente desmedro de los Derechos Humanos y la dignidad de las personas.

Siguiendo con la línea de contextualización del momento histórico, social y económico que se vive en el mundo, el capítulo segundo intenta dar cuenta de

cómo el fenómeno de la globalización es un factor determinante en la expansión del Derecho Penal del Enemigo, puesto que este tipo de legislación penal, es una consecuencia –en términos jurídicos- de la hegemonía que pretende el sistema neoliberal que hoy rige al mundo.

Posterior a la contextualización del Derecho Penal del Enemigo, esta investigación se abocará a determinar quién es el sujeto al que se le denomina **enemigo**, cuáles son sus características, qué fundamentos filosóficos hace suyos Jakobs para conceptualizarlo, por qué es considerado una no-persona y qué consecuencias tiene este trato, quiénes en términos prácticos son considerados enemigos (terroristas, inmigrantes, narcotraficantes, marginales, etc) y cuál es la realidad de los enemigos en Chile. Esto se expresa en el tercer y cuarto capítulo de esta investigación.

Por último, el quinto capítulo está dedicado a describir cuáles son las consideraciones sociales, políticas, económicas y culturales que determinan la proliferación del Derecho Penal del Enemigo.

El Derecho Penal del Enemigo es una técnica legislativa que atenta contra el Derecho Penal liberal, los Derechos Humanos y la dignidad de las personas. Constituye una involución del Derecho Penal y un retroceso en el desarrollo de las relaciones sociales personales.

CAPÍTULO I:

INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

1.- CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Para hablar de Derecho Penal del Enemigo, creo es preciso, antes de profundizar en él, entender de qué hablamos cuando nos referimos al Derecho Penal.

El contenido del Derecho Penal, se divide en dos ámbitos, cuestión que doctrinariamente concita un mayoritario acuerdo y que no reviste mayor discusión. Estos ámbitos son: Derecho Penal Objetivo y Derecho Penal Subjetivo.

Desde un punto de vista objetivo, el Derecho Penal, es definido por Bustos como *“aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo (lo que comprende la teoría del delito) e individualiza al sujeto que lo realizó (a lo que se dedica la teoría del sujeto responsable), imponiéndole por su hecho una pena y/o una medida de seguridad (lo que abarca la teoría de la determinación de la pena)”*¹. De esta definición entendemos que normativamente² el Derecho penal objetivo se materializa en normas jurídicas referidas al delito, al

¹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Obras completas. Tomo I.** ARA Editores E.I.R.L, Lima, Perú, 2004, pp. 513 y ss.

² MIR PUIG, Santiago. **“Límites del normativismo en Derecho Penal”**, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 07-18. 2005, pp. 1 - 24

sujeto responsable de su realización y a las consecuencias del delito, esto es, a las penas y medidas de seguridad.

Por su parte, desde una perspectiva subjetiva, el Derecho Penal se centra en la potestad punitiva del Estado, comúnmente denominada “*ius puniendi*”, y que se entiende como la expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima.

Bustos, define al Derecho Penal subjetivo como “*la criminalización, que hace el Estado, de algún proceso social conflictivo, y que se plasma en una norma que declara punible un hecho y perseguible a su autor*”³.

Ya teniendo claro el ámbito de acción del Derecho Penal, se procederá a instalar la discusión a la que se aboca este capítulo, esto es, la conceptualización y caracterización del Derecho Penal del Enemigo.

1.1) CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Con sólo tener contacto con alguno de los diversos medios de comunicación masiva existentes (televisión, radio, periódicos e Internet) es inevitable ver, escuchar o leer alguna noticia, comentario, opinión o discusión que diga relación con la sensación de inseguridad que experimenta la ciudadanía respecto de temas de tanta trascendencia como son la delincuencia, el terrorismo y las drogas, entre otros. Al parecer, conseguir la seguridad ciudadana es un objetivo inmediato y muy relevante para la autoridad.

³ BUSTOS RAMIREZ, J., ob. cit., 2004, pp. 545 y ss.

Combatir el temor a los robos, al homicidio, a los atentados terroristas, al narcotráfico, a la inmigración y, en definitiva, a todo aquello que atente contra bienes como la propiedad, la seguridad y la vida, se ha convertido en la mayor de las demandas ciudadana.

Las diversas encuestas revelan que los niveles de delincuencia han aumentado; que la droga es una lacra cada vez más masiva y nociva; que los países se están llenando de inmigrantes que le quitan el trabajo a sus nacionales y, que incluso, son ignorantes a quienes lo único que les queda por hacer es delinquir; que los terroristas pueden atacar en cualquier momento y, en consecuencia, hay que estar protegido de ellos y de cualquier otro que ponga en riesgo la tan resguardada y valorada seguridad.

En definitiva, día tras día, a través de los diferentes medios de comunicación se muestra una realidad social que está llena de inseguridades, en la que, por ejemplo, salir a la calle es abrir la posibilidad cierta de sufrir un asalto o un homicidio. De esto se desprende que el mensaje que se intenta transmitir es que la ciudadanía debe cuidarse de aquellos que atenten o puedan atentar contra su seguridad personal, o bien, la de su entorno.

La ciudadanía se hace más partícipe de la idea de que no sólo hay que sancionar a aquel que comete un delito, sino que hay que evitar, mediante instrumentos efectivos, que se cometa⁴. Ante esta “necesidad social” de seguridad, la autoridad debe responder. Para la ciudadanía la cárcel es la solución más efectiva, ya que desde su perspectiva, en los centros de reclusión se hace tangible la erradicación de focos delictivos o, en su defecto, potenciales focos de delincuencia. De esta forma se logra excluir de la vida social a quienes atentan

⁴ JAKOBS, Günther. ***Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional***. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 43 – 49.

contra los diferentes bienes que el ordenamiento jurídico nacional protege, en donde la seguridad es esencial.

Ante tal demanda de seguridad que la ciudadanía le hace al Estado, la autoridad, utilizando los poderes que el Estado detenta, da respuesta y efectivamente dicta leyes penales que sancionan a quienes cometen delitos, aumenta las penas que estos delincuentes deben recibir, los apresa ante la más mínima sospecha de la posibilidad de la comisión de un delito y, como la idea es que la seguridad prime por sobre cualquier otro bien jurídico protegido, no importa el procedimiento que se les aplica al ser capturados, ni tampoco si recibieron un trato digno acorde a un Estado de Derecho, social y democrático, menos aún si realmente son culpables, lo importante es prevenir que se cometa un delito, por lo que la sola sospecha de ese riesgo amerita un fuerte castigo.

La realidad antes descrita es lo que se ha logrado internalizar, a través de los distintos medios de comunicación, en la ciudadanía, logrando con esto la criminalización de quienes han sido excluidos y de quienes se oponen al pensamiento neoliberal que hoy rige a la sociedad. Esta criminalización, que se realiza a diario a través de los diversos medios de comunicación masiva, logra traspasar a la ciudadanía la sensación de que quienes se oponen al sistema socio-económico actual y quienes no están contemplados por este, atentan contra la seguridad de la sociedad toda, y en definitiva, se convierten en enemigos de esta. Así, como consecuencia inmediata, la ciudadanía legitima las acciones que la autoridad toma en contra de aquellos que lesionan a la sociedad, justificándose incluso, el desconocimiento del carácter de persona y concadenadamente el desconocimiento y violación de los derechos humanos que a dichos sujetos les son inherentes.

Como se ilustró, para resguardar la seguridad social, la autoridad, entre otras medidas, dicta normas penales tipificando nuevas conductas delictivas,

aumentando las penas de los delitos y restringiendo garantías procesales penales, teniendo conciencia, de que muchas de estas leyes penales que violan y transgreden la esencia del principio de legalidad y de última ratio del derecho penal y muy especial y preocupantemente a los derechos humanos propios de un Estado democrático y de Derecho, no son más que un anestésico a la sensación de inseguridad de la ciudadanía y que además, no tendrán ningún efecto real por no existir la implementación necesaria para llevarlas a cabo o porque el objetivo de dictarlas jamás fue implementarlas sino que dar una respuesta política a la demanda de seguridad ciudadana. Todo este sistema normativo, que apunta escasamente a la punibilidad del hecho y mayoritariamente a la del actor del hecho, es lo que la doctrina penal ha llamado **“Derecho Penal del Enemigo”**⁵.

⁵ Véase BIRRIEL, Bibiana y SUEIRO, Carlos Christian. **“El Terrorismo y sus dos discursos: Del Derecho Penal del Enemigo al Autor por Convicción”**, en <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/terrorismo.htm>; CANCIÓ MELIÁ, Manuel. **“¿Derecho Penal del enemigo?”**, en www.pucdp.edu.pe/escgrad/penal/derecho_penal_del_enemigo.pdf, publicado en JAKOBS/CANCIÓ MELIÁ; *Derecho Penal del enemigo*. Edit. Civitas, Madrid, 2003, pp. 57-102; GRACIA MARTÍN, Luis. **“Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”**”, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*. 2005, Nº 07-02, pp. 1-43; GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. **“Los Discursos de Emergencia y la Tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo”**, en http://www.carlosparma.com.ar/cp_d_pg_24.pdf; JAKOBS, Günther. **“Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”**, en JAKOBS-CANCIÓ MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*. Editorial. Civitas. Madrid. 2003. pp. 19-56; PÉREZ DEL VALLE, Carlos. **“SOBRE LOS ORÍGENES DEL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau”**, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 75, 2001, pp. 597 – 613; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **“El derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”**, apunte del Master de Derecho Penal. Universidad de Salamanca. Mar del Plata. 2000-2002; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **“El retorno del derecho penal al estado de naturaleza”**, en *Revista Viento Sur*. Nº 83. Noviembre de 2005, pp. 31-44. www.vientosur.info/sumarios/actual/index.php?x=83; PORTILLAS CONTRERAS, Guillermo. **“La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”**, en www.ijjaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf; RIQUERT, Fabián L. – PALACIOS, Leonardo P. **“El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes”**. www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf, publicado en *La Ley*. Revista Universitaria. Año V. Nº 3. Junio de 2003. pp. 1-8; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **“¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario? En Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo**, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, pp. 1077-1091; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En Torno de la Cuestión Penal**. Editorial B de f. Montevideo - Buenos Aires. 2005. pp.153-177; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **“Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo”**, en PÉREZ ÁLVAREZ (coord.). *Serta in memoriam Alexandra Baratta*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp.1027-1053; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **“El “Derecho Penal del Enemigo” Darf Nicht Sein!. Sobre la legitimidad del llamado “derecho penal enemigo” y la**

Es innegable, por la realidad antes esbozada, que el Derecho Penal del Enemigo cuenta con un fundamento práctico real. Lo increíble e inadmisibles es que actualmente se encuentre un sustento doctrinario, ideológico y filosófico que le dé fuerza.

Günther Jakobs, en mayo del año 1985, a través de una ponencia presentada al Congreso de los panelistas alemanes en Frankfurt, titulada “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”⁶ expuso, esbozó y dio contenido doctrinario a lo que él mismo denominó Derecho Penal del Enemigo, convirtiéndose en su principal representante.

Doctrinariamente, el Derecho Penal del Enemigo tuvo dos etapas. La primera es la que se expuso en el congreso en Frankfurt en el año 1985, donde se ilustra una concepción amplia de este tipo de Derecho Penal al vincularse hacia los delitos de puesta en riesgo y los delitos cometidos dentro de la actividad económica⁷. La segunda etapa es más restringida y tiene cabida desde el año 1999. Está orientada hacia delitos graves que atentan contra bienes jurídicos individuales, considerándose especialmente los delitos de terrorismo⁸. Esta segunda etapa es la que concuerda con el objeto de investigación de este trabajo.

idea de seguridad”, en Revista General de Derecho Penal, Nº 4, noviembre 2005, pp. 1-35; HENAO CARDONA, Luis Felipe. “**¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?**”, en Estudio Socio-Jurídico, Bogotá, Colombia, julio-diciembre de 2004, pp. 501- 533; ZAMORA CORDERO, Mario. “**La construcción del enemigo en el derecho penal del enemigo a nivel latinoamericano**”, en <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=13,225,0,0,1,0>

⁶ JAKOBS, Günther. “**Criminalización en el Estadio Previo a la lesión de un bien jurídico**” en JAKOBS, G. *Estudios de Derecho Penal*. UAM ediciones. Editorial. Civitas. Madrid. 1997. pp. 293-324.

⁷ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel. Ob.cit., Madrid, 2003, pp. 21

⁸ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel. Ob.cit., Madrid, 2003, pp. 22

Conceptualizar el Derecho Penal del Enemigo implica entender y considerar cómo se crea, trabaja y actúa dicho derecho. Y para caracterizarlo es necesario contemplar sobre qué supuestos se origina.

El Derecho Penal del Enemigo trabaja sobre la base de las normas penales, tiene un fuerte sentido normativista y pretende actuar siempre amparado por un marco jurídico que lo sustente, así lo explicita también Jakobs exponiendo que *“un Derecho Penal del enemigo implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva”*⁹.

Es una tendencia que los sistemas que pretenden una hegemonía política, económica o social –absoluta- sin contemplar a quienes deben ser los sustentadores de todo sistema, es decir, a los ciudadanos, a las personas que componen el Estado, pretendan legitimar su actuar en un marco legal. Lo propio hace el sistema neoliberal¹⁰, que por antonomasia pretende la hegemonía económica, política y social absoluta, excluyendo, porque constituyen –supuestamente- una amenaza o aparente peligro para la sociedad y sus cimientos democráticos, a quienes no estén de acuerdo con dicho sistema por considerarlo injusto y atentatorio hacia la dignidad e igualdad de las personas. Por lo anteriormente expuesto, es pertinente decir que el Derecho Penal del Enemigo es **la legitimación jurídica de la exclusión social, política, económica y cultural que desencadena el sistema neoliberal.**

El Derecho Penal del Enemigo es un conjunto normativo expansionista que actúa disfrazando los conflictos políticos y sociales que subyacen de la ideología

⁹ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel. Ob.cit., 2003, pp. 22

¹⁰ Se hace referencia al sistema neoliberal con su consecuente sistema productivo de libre mercado, porque es el sistema que en la actualidad nos rige, pero se debe tener en consideración que cualquiera que fuera el sistema que revistiera la característica de absolutista y que estuviera siendo legitimado por una supuesta democracia representativa, sería digno de crítica, no importando la ideología que estuviera atrás, puesto que lo relevante es el respeto a la dignidad de las personas y la protección de sus derechos humanos y no la afinidad que se tenga con alguna idea político-social.

neoliberal¹¹ con la intención de cubrir con un velo de legitimidad el actuar de quienes lo crean y obtienen provecho de la ideología que lo sustenta. Los creadores de este conjunto normativo criminalizan¹² los conflictos políticos y sociales que el mismo sistema produce, dictando con una facilidad inusitada normas penales que se dirigen en contra de quienes, siendo víctimas del sistema socio-económico actual, son transformados en victimarios y, con ello, atentan en forma real en contra de la Democracia, el Estado de Derecho, los principios del Derecho Penal Liberal, la igualdad, la dignidad de las personas y los derechos humanos que les son inherentes.

Doctrinariamente y en palabras de Luis Gracia Martín, el Derecho Penal del Enemigo es *“una manifestación clara de los rasgos característicos del llamado “Derecho penal moderno”, es decir, de la actual tendencia expansiva del derecho penal que, en general, da lugar formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho”*¹³. La afirmación de Gracia Martín, tiene directa concordancia con la idea antes expuesta, en que en la medida que se fue implementando el sistema neoliberal en la sociedad a través del fenómeno de la globalización - supuesto necesario para la expansión y pretensión de hegemonía de él- normativamente, el derecho penal fue relativizando sus principios hasta llegar a la supresión de estos, dando paso al Derecho Penal del Enemigo y otorgando así la necesaria legitimidad al sistema que se venía imponiendo y que hoy impera. Esto trae como consecuencia el olvido de los derechos humanos y de los principios

¹¹ Entiéndase que estos conflictos subyacentes son el producto de la marginación, exclusión y criminalización que se hace de los sujetos a que el Derecho Penal del enemigo se dirige.

¹² BUSTOS RAMIREZ, J. ob. cit., 2004, pp. 545

¹³ GRACIA MARTÍN, Luis. **“Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del enemigo”**, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*. 2005. Nº 07-02, pp. 2

garantistas que supone el Derecho Penal de un Estado Social y de Derecho y, en definitiva, el menosprecio por la dignidad de las personas.

¿Quién es el sujeto contra el que se dirige el Derecho Penal del Enemigo? El **enemigo**. A este punto se abocará con mayor profundidad el tercer capítulo de esta investigación, pero para el objeto de caracterizar y conceptualizar al Derecho Penal del Enemigo, daremos el concepto doctrinario que nos entrega Jakobs, quien define a los enemigos como **“individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho¹⁴”**.

La definición que hace Jakobs del enemigo deja entrever una notable desobediencia al ordenamiento jurídico impuesto y según él, atenta contra la esencia de dicho orden; no sólo porque lo desobedece, sino también porque no pretende obedecerlo de nuevo. Esta disposición a estar en una conducta de permanente rebelión contra el sistema, lo hace un ser peligroso, que no respeta el orden que gobierna en la sociedad y, por lo tanto, como expone Kant, se encuentra en un estado de naturaleza en donde no existen normas por las que se rija y, en consecuencia, pierde su estatus de persona y los beneficios que esto trae¹⁵. El enemigo es un foco de peligro, es una amenaza a la seguridad de la sociedad.

Si el enemigo, es decir, el sujeto contra el que se disponen todas las normas del Derecho Penal del Enemigo, es una amenaza constante a la seguridad social, entonces el fin de este derecho no es otro que asegurar a los ciudadanos y a la sociedad toda que no hay riesgo -más bien peligro- que pueda atentar contra ellos. Si en el Derecho Penal del ciudadano el fin de la pena es mantener la

¹⁴ JAKOBS, G. y CANCIÓ MELIA, M. ob. cit. 2003. pp 39 – 40.

¹⁵ JAKOBS, G. y CANCIÓ MELIA, M. ob. cit. 2003. pp 30 – 42.

vigencia de la norma ante un hecho que la transgredió, en el Derecho Penal del Enemigo el fin es sancionar el peligro de daños futuros¹⁶.

El objetivo del Derecho Penal del Enemigo es la eliminación de un foco de peligro, es por esto que se produce la criminalización del sujeto en el estadio previo (adelantamiento de la punibilidad), ya que lo que se busca mediante la pena es sancionar la posible comisión de un delito, no el hecho de que se haya cometido¹⁷. Si el enemigo está en un estado de naturaleza¹⁸ - esto es en palabras de Kant, un estado de **guerra** en el cual existe una constante amenaza aun cuando no se hayan declarado hostilidades- no tiene normas que lo dirijan y no está sujeto a ningún sistema normativo. Entonces el sólo hecho de la ausencia de normas que lo rijan es un motivo suficiente para temer por la seguridad de la sociedad y de los ciudadanos, puesto que, en cualquier momento puede actuar en contra del ordenamiento jurídico que despreció y al que no quiso someterse. Se entiende que lo que lesiona al Estado es la inseguridad del posible ataque por parte del enemigo a los ciudadanos o a la sociedad toda. Hay una amenaza constante¹⁹.

Para Kant, la mera circunstancia de encontrarse el hombre en un estado de naturaleza lo convierte en enemigo, ya que priva al ciudadano y al Estado de la necesaria seguridad social, y con tal privación los lesiona, no de hecho ciertamente, pero si por la carencia de leyes de su estado. Esta carencia es motivo suficiente para legitimar la hostilidad contra él aún cuando no haya lesionado algún bien jurídico en la práctica, pues la mera omisión de hostilidades por él, no es todavía garantía de paz²⁰. Sin embargo, no debemos excluir de nuestro análisis que, tal como lo expresa Cancio Melia, *“la percepción de los riesgos –como es*

¹⁶ JAKOBS, G. y CANCIÓ MELIA, M. ob. cit. 2003 pp.39.

¹⁷ JAKOBS, G. y CANCIÓ MELIA, M. ob. cit. 2003. pp. 40.

¹⁸ KANT, I. ***Sobre la paz perpetua***. 5ª edición. Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 14

¹⁹ JAKOBS, G. y CANCIÓ MELIA, M. ob. cit. 2003. pp. 40.

²⁰ GRACIA MARTIN, L. ob.cit., 2005 pp. 14

sabido en sociología- es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas”²¹.

Respecto de lo que sanciona el Derecho Penal del Enemigo, se ha distinguido que dicho mal llamado derecho, actúa en contra del autor de un hecho delictivo (considerando que se puede entender por tal a la sola circunstancia de pertenecer a un grupo social que ha sido anteriormente criminalizado y que por ese simple hecho constituye una amenaza para la sociedad) y no en contra de la consumación de un hecho delictivo (el afectar en términos fácticos y prácticos a la seguridad de la sociedad). La consecuencia de castigar al autor de un hecho delictivo (no importando si el delito se cometió efectivamente) provoca el que se criminalice en el estadio previo²² (por el solo hecho de constituir una amenaza) a quién es determinado como enemigo y con ello excluirlo de la sociedad.

Contra el enemigo se puede actuar sin cometer injusticia²³, como lo expone Canció Meliá, puesto que al perder su carácter de persona, no es merecedor de recibir los beneficios que una persona titulariza. Esto no es compartido por la doctrina mayoritaria, pero para los términos prácticos de la aplicación del Derecho Penal del Enemigo, entendemos que el enemigo, en la práctica, es tratado como una cosa y, un ejemplo claro de esto es lo que sucede con los detenidos en Guantánamo, que en su mayoría son terroristas o sospechosos de terrorismo. El trato que reciben estas personas va en contra de todo lo que el Derecho Penal clásico y los principios liberales exponen, va en contra de los derechos humanos y contra la dignidad de las personas.

²¹ CANCIÓ MELIÁ, Manuel. “¿Derecho Penal del enemigo?”, en www.pucdp.edu.pe/escgrad/penal/derecho_penal_del_enemigo.pdf, publicado en JAKOBS/CANCIÓ MELIÁ; Derecho Penal del enemigo. Edit. Civitas, Madrid, 2003, pp. 57-102.

²² Véase JAKOBS, Günther. *Criminalización en el Estadio Previo a la lesión de un bien jurídico*. en JAKOBS, G. Estudios de Derecho Penal. UAM ediciones. Editorial. Civitas. Madrid. 1997. pp. 293-324.

²³ CANCIÓ MELIÁ, Manuel. Ob. cit., 2003, pp. 57 - 102.

La criminalización de los conflictos políticos y sociales es una de las características del Derecho Penal del Enemigo. Se crean normas que plasman dicha criminalización se entiende entonces que el legislador de dicho derecho tiene como objetivo luchar en contra de la criminalidad de la que es titular el enemigo. Esto significa que se hace punible al autor del acto delictivo y no al hecho delictivo, no por cometer un delito -el hecho no es el criminal- sino por la sola circunstancia de ser parte de aquellos que presumiblemente atentan contra la seguridad. En consecuencia, los enemigos, son **focos de peligro** que ejercen una amenaza constante a la seguridad -bien jurídico que el legislador en el sistema neoliberal cuida de un modo desmesurado- puesto que solo mediante el sometimiento de los ciudadanos al sistema, es posible la expansión de este, de ahí que cualquier amenaza a su hegemonía debe ser eliminada, al costo que sea. El propio Canció Melia expone que “el derecho penal del enemigo no estabiliza normas, sino que **demoniza** a determinado grupo de infractores, en consecuencia, el derecho penal del enemigo no es un derecho penal del hecho, sino del **autor**”²⁴. Consecuencia de lo anterior es que el Derecho penal del enemigo es un **conjunto normativo de lucha**, se entiende en pie de guerra al enemigo y, por tanto, al estar el enemigo declarando constantemente la guerra a la sociedad y a sus ciudadanos, el Estado reacciona del mismo modo, actuando en pie de guerra contra él.

La ciudadanía le exige al Estado combatir con decisión al enemigo y actuar con decisión es luchar “contra su criminalidad”. Esta lucha se hace entendiendo que cuando se combate contra el enemigo no se comete nunca ningún tipo de injusticia contra él porque no es persona²⁵. Esto da una legitimación doctrinaria al legislador para dar al enemigo el trato de cosa y deja entrever que la tesis que sostienen doctrinariamente sus promulgadores y seguidores no responde a una teoría “**ideológicamente inocente**”, sino que muy por el contrario, a una

²⁴ CANCIÓ MELIA, M. ob. cit. 2003. pp. 28 – 33.

²⁵ CANCIÓ MELIA, M. ob. cit. 2003. pp. 29 – 30.

concepción teórica pervertida usada con nítidos fines ilegítimos²⁶, propios y característicos de una legislación de emergencia²⁷ que tiene pretensiones serias de instaurarse como permanente al servicio del sistema neoliberal en el que estamos insertos. El Derecho Penal del Enemigo es una concepción teórica que dilucida abiertamente la involución real –doctrinaria y práctica- que ha experimentado el Derecho Penal.

La determinación del Estado en el combate contra el enemigo se traduce en la producción de normas penales que, por un parte, tengan un efecto a lo menos simbólico en la sensación de seguridad de la ciudadanía y, por otra, que promuevan un trato inclemente hacia el enemigo. De esto podemos deducir dos fenómenos que necesariamente convergen en la formación del Derecho Penal del Enemigo, y que determinan sus características, estos son: **el derecho penal simbólico y el punitivismo.**

²⁶ CANCIÓ MELIA, M. ob. cit. 2003. pp. 27.

²⁷ Características estructurales del Discurso de Emergencia: “a) *Armamentismo del discurso*, esto implica la invención de un enemigo guerrero, organizado, masivo y jerárquico. Se reitera siempre la organización conspirativa y armada del enemigo. El armamentismo del enemigo obliga al propio armamentismo. b) *Disparidad de los enemigos*, el enemigo manifiesto nunca es el real. Los peores enemigos de toda emergencia son los que ponen en duda la magnitud de la necesidad invocada, porque son los que cuestionan el poder represivo de quienes los ejercen. c) *Disparidad de fines*, no interesan los objetivos manifiestos, sino la forma misma del ejercicio del poder (FOUCAULT). d) *Ante la magnitud del mal se debe proceder a la legitimación del bien*, el mal es necesario para permitir el reconocimiento del bien. e) *Inferioridad del enemigo*, es dato necesario de toda emergencia, para lo cual se construyen estereotipos que responden a los peores prejuicios de cada sociedad. f) *Inmunidad al mal de los propios especialistas*, quien combate al mal debe ser inmune a éste. El propio conocimiento del mal proporciona la inmunidad en otras emergencias. g) *Uso encubridor del discurso*. h) *Refuerzo de prejuicios sociales*, el discurso nunca contradice los prejuicios funcionales, por lo cual aparece como un elemento sedativo de la sociedad, al reafirmar las convicciones más aberrantes pero fuertemente arraigadas. Sin los prejuicios la convicción pública de la necesidad no puede instalarse. i) *Asegurar la reproducción de la clientela*, si se agotan los enemigos la necesidad cesa. j) *Alquimia o inversión valorativa de los signos*, el enemigo que se declara arrepentido simula, el que estudia se prepara para hacer mejor sus fechorías, etc. k) *Neutralización de fuentes deslegitimantes de autoridad*, hay que anular a quienes pretendan minimizar los males que el discurso a absolutizado. l) *Degradación ética del represor*, es referido a las características procesales donde por ejemplo, todo embuste o engaño es útil para obtener los nombres de cómplices, incluyendo las falsas promesas aún bajo juramento. No otra cosa son los sobornos a testigos y a codeincentes en forma de impunidad o benignidad, la introducción de espías, la compra de información y todas las inmoralidades que acompañan a los procedimientos inquisitorios de todos los tiempos. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal.** Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 163 – 166. Ver además FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.** Editorial Trotta. Madrid. 1995. 807-957.

El primer fenómeno del que hizo mención es el derecho penal simbólico. Se entiende que este busca un efectivismo inmediato en la ciudadanía, es decir, así como manda una señal a los enemigos en el sentido de que se les está persiguiendo; así también le manda una señal a los ciudadanos que claman por que el Estado les otorgue y garantice su tan preciado derecho a la seguridad, produciendo con la sola promulgación de la norma penal, la sensación en los ciudadanos, de que el Estado está en un **férreo pie de guerra contra los enemigos** y que su ánimo es no permitir al enemigo irrumpir, violar o amenazar siquiera el derecho a la seguridad de los ciudadanos y de la sociedad toda²⁸. Estos dos efectos son las principales consecuencias del llamado derecho penal simbólico²⁹.

El segundo fenómeno referido es el punitivismo. A juicio, entre otros, de Canció Melia, el punitivismo es un fenómeno que toma especial relevancia en el derecho penal del enemigo³⁰. Él llega a alcanzar tal importancia como fenómeno en el derecho penal del enemigo, que se transforma en una de las principales medidas de seguridad que adopta este “derecho”. El punitivismo exacerbado, se presenta en escalada en las normas que rigen el Derecho Penal del Enemigo, especialmente cuando la conducta en cuestión ya estaba penalizada³¹. Está directamente relacionado con la criminalización en el estadio previo³².

²⁸ HASSEMER, Winfred. *“Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”*, en Nuevo Foro Penal Nº 51. Año X. 1991.

²⁹ VV.AA.. **Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología**. Congreso Internacional sobre Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. UNED, Madrid, 2001. pp. 107-130.

³⁰ CANCIO MELIA, M. ob. cit. 2003. pp. 9-16.

³¹ JAKOBS, Günther. *Criminalización en el Estadio Previo a la lesión de un bien jurídico*. en JAKOBS, G. *Estudios de Derecho Penal*. UAM ediciones. Edit. Civitas. Madrid. 1997. pp. 293-324.

³² JAKOBS, Günther. Ob. cit. Madrid. 1997. pp. 293-324.

Es pertinente precisar el concepto que en esta investigación se otorga de este derecho a partir de los elementos que hasta aquí se han mencionado. Señalándose que:

El Derecho Penal del Enemigo se define como la creación normativa de exclusión y de exacerbado punitivismo que realiza el Estado, que reúne al conjunto de normas penales que apuntan a criminalizar no a un hecho sino al autor de un hecho -considerado como no-persona- sea que este efectivamente se haya realizado o se presuma como sospechoso de cometer y que constituye un amenaza constante a la seguridad de los ciudadano y de la sociedad en que viven. Es el derecho que sanciona la peligrosidad de los sujetos a los que apunta y que por tanto tiene como fin proteger la seguridad de sus ciudadanos y por sobre todo, proteger la seguridad de la conservación y expansión del sistema que le da sentido, esto es, el sistema neoliberal, a costa de las garantías y derechos fundamentales que son inherentes al hombre por su sola condición de tal.

Para delinear las características precisas del Derecho Penal del Enemigo es necesario establecer cuales son los supuestos sobre los que se cimienta el Derecho Penal del Enemigo. Estos son:

- a) Las pretensiones absolutistas del sistema neoliberal. Esto se entiende desde la perspectiva de que no es posible un Derecho Penal no autoritario como lo expone Zaffaroni³³. El sistema neoliberal necesita hegemonizar su ideología y castigar a quienes no están insertos en él. La disidencia ideológica es categóricamente repudiada por el neoliberalismo, por lo que

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *“¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?”* en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, pp. 1077-1091. Véase GÓMEZ BENITE, J. M. *“Crítica de la política criminal del orden público”*, en *Cuadernos de Política Criminal*. 1982. N° 16. pp. 49-92.

se crea una legislación de lucha acorde a esas necesidades como lo es el Derecho Penal del enemigo.

- b) Eficacia preventiva del Derecho Penal del Enemigo³⁴. La autoridad le transmite a la opinión pública que la dureza con la que trata a los enemigos tiene efectos preventivos efectivos. Las sanciones tienen un carácter preventivo –objetivo que en la práctica no cumplen- y por eso las penas son ejemplificadoras (legitimación pretendida por la autoridad).
- c) La sociedad en la que se aplica el Derecho Penal del Enemigo propicia la existencia de un Estado de emergencia permanente, es por esto que la legislación que se aplica posee esa característica de emergencia y excepcionalidad.
- d) Necesidad de un Estado democrático legitimante. El Derecho Penal del Enemigo obtiene su legitimación de la opinión pública. Es ésta la que le exige a la autoridad que tome medidas para obtener seguridad o para protegerla. La legitimidad se obtiene porque la propia autoridad crea un ambiente de inseguridad ficta en la población con el objeto de que esta apoye las medidas que se tomarán en contra de quienes dicha autoridad califique como enemigos.
- e) Criminalización exacerbada de la violencia social. Es parte de crear un ambiente de inseguridad, riesgo y peligro social, político, económico o cultural. Cualquiera que genere un conflicto social o que tenga algún tipo de reivindicación social será considerado enemigo porque la ideología y principios que imperan son los que impone el neoliberalismo y son excluyentes.

³⁴ Véase ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Editorial COLEX, Madrid, 2001. pp. 131-149; LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Siglo Veintiuno de España Editores S.A., Madrid, 1990. pp. 94-96.

- f) Violación de los Derechos Humanos fundamentales cuando existe conflicto entre bienes jurídicos como la seguridad y la libertad. Existe una abierta vulnerabilidad de los derechos humanos respecto de las necesidades de expansión del neoliberalismo.

Si los supuestos recién expresados se configuran en un momento histórico determinado, entonces estaremos en presencia de un caldo para cultivo del tipo de legislación penal que constituye el Derecho Penal del Enemigo.

1.2) CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO³⁵

El derecho penal del enemigo es un tipo de derecho penal, que para la mayoría de la doctrina³⁶ es un derecho que no tiene el carácter de tal, entre otras consideraciones, por estar dirigido a una supuesta no-persona -cosa que no es posible en el derecho penal- y, por no consignar y, con ellos, violar en términos categóricos y absolutos la posición del hombre como un ser digno de garantías que le son inherentes e inalienables por el esencial hecho de pertenecer a la naturaleza de la especie humana³⁷. Esto implica que representa el primitivismo e involución del Derecho Penal Liberal constituyéndose en un potente atentado contra los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho.

³⁵ Véase CANCIÓ MELIA, M. ob. cit. 2003. pp. 18 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, Carlos. **“SOBRE LOS ORÍGENES DEL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau”**, en Cuadernos de Política Criminal, Nº 75, 2001, pp. 607 – 610; JAKOBS, Günther. **“Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”**, en JAKOBS-CANCIÓ MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*. Editorial. Civitas. Madrid. 2003. pp. 21-25; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **“El retorno del derecho penal al estado de naturaleza”**, en *Revista Viento Sur*. Nº 83. Noviembre de 2005, pp. 31 - 44. y en sitio web www.vientosur.info/sumarios/actual/index.php?x=83. pp. 1.

³⁶ GRACIA MARTIN, L. ob.cit., 2005 pp. 11 y ss.

³⁷ Convención Internacional de Derechos Humanos.

En términos generales, y desde la perspectiva de los principios del Derecho Penal liberal, el Derecho Penal del Enemigo es una técnica legislativa ilegítima tanto en su praxis como en su fundamento doctrinal; hecho que se manifiesta al analizar sus principales características. Estas son:

- i) **Anticipación de la punibilidad de aquellos actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros.** Se criminalizan conductas en el estadio previo en razón de la falta de seguridad cognitiva que presenta quien actúa delictivamente (enemigo). Esto también se relaciona con la búsqueda y protección de la seguridad por sobre cualquier otro bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico.
- ii) **Desproporcionalidad de las penas.** No se reduce la pena estipulada respecto de la fijada para los hechos que se sancionaron en el estadio previo (actos preparatorios).
- iii) **Restricción e incluso anulación de garantías y derechos procesales del imputado.** Se transgreden principios como la presunción de inocencia y el principio de legalidad. Además se viola el derecho al debido proceso lo que lleva a la trasgresión de los diversos procedimientos establecidos para juzgar a un imputado. Se reivindica incluso la tortura.
- iv) **Las leyes que componen al Derecho Penal del Enemigo, no son normas penales, sino que son normas de “lucha o combate”.** El enemigo es una no persona contra la que procede todo tipo de coacción física si el fin es la obtención de seguridad. El Estado está en guerra contra los enemigos.

- v) **Restricción de derechos penitenciarios y endurecimiento de las condiciones de presidio de los enemigos.** Forma en cómo se clasifican a los internos, requisitos para otorgar la libertad condicional, entre otras.

- vi) **Disminución de la edad de responsabilidad penal criminal³⁸.** El adelantamiento de la punibilidad tiene implicancias respecto de expandir el universo de potenciales enemigos y por tanto el Estado crea normas para prevenir que los posibles focos de delincuencia se desarrollen, criminalizando no los hechos cometidos, sino a las personas que potencialmente puedan cometer un acto en contra la sociedad y su seguridad.

En conclusión se puede sostener que el Derecho Penal del Enemigo es un tipo de legislación con fuertes características autoritarias, que representa un estado de emergencia permanente y que además constituye un atentado a la democracia, al Derecho Penal Liberal, el Estado de Derecho, los derechos humanos y la dignidad de las personas³⁹.

El Derecho Penal del Enemigo constituye un **“luto social”** puesto que produce en la sociedad la muerte de la dignidad de las personas y la abolición de los derechos humanos.

³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **“Imputabilidad y Edad Penal”**, en http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf, pp. 1-5.

³⁹ Véase DÍAZ, Elías. **Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático**. Editorial Civitas. Madrid. 1978. pp. 47-59; DÍAZ, Elías. **“Socialismo Democrático y Derechos Humanos”**, en VV.AA. Política y derechos humanos. Fernando Torres editor, Valencia, 1976. pp.125-130; ESER, Albin. **Nuevos Horizontes en la Ciencia Penal**. Editorial del Belgrano. Buenos Aires. 1999. pp. 15-38. BERGALLI, Roberto. **“¿De cuál Derecho y de qué Control Social se habla?”**, en <http://www.ub.es/penal/control.htm>; BERGALLI, Roberto. **“Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”**, en BERGALLI, R.; *Sistema Penal y problema Social*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 25-82.

El Derecho Penal del Enemigo es una consecuencia de la imposición hegemónica del sistema neoliberal y su expansión es producto del fenómeno de la globalización.

CAPÍTULO II:

GLOBALIZACIÓN Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

1.- GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

1.1) CONTEXTO GENERAL

El mundo cambió tras la Segunda Guerra Mundial. La polarización entre capitalismo y el comunismo acabó, lo que trajo esperanzas de que no volvería a existir una división de esas dimensiones, sin embargo, la polarización se vuelve a hacer presente y se produce entre los **incluidos y excluidos** del sistema neoliberal.

Antes, las fuerzas que se median tenían un peso amenazante y la lucha no era desigual, entendiéndose que poseían igual tecnología, las mismas armas de destrucción masiva y el respeto por el enemigo, que si bien había que eliminar, era un enemigo público en los términos de Carl Schmitt⁴⁰, esto es, agrupaciones contendoras del mismo género, y así filosófica y jurídicamente considerados.

Después de una lucha sangrienta, hubo miles de muertos y se creyó que aberraciones contra la humanidad como las que ahí acontecieron no volverían a

⁴⁰ SCHIMITT, Carl. “*El concepto de lo político*” en www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre1/2004/poder/modulo3/clase2/doc/concepto.doc, pág. 1.

repetirse. Fue así como los distintos sujetos internacionales, sean estos Estados, organismos internacionales y los propios nacionales de los países, fueron exigiendo que se respetara a la persona y su dignidad. Estas exigencias fueron masificándose y se produjo la consagración internacional de los Derechos Humanos⁴¹, se crearon distintas declaraciones, distintos tratados que ilustraron la importancia del respeto a la humanidad y a la dignidad de las personas.

Existía la sensación de que toda la comunidad internacional luchaba por el respeto de los derechos humanos lo que no quiere decir que atentados, violaciones y aberraciones a estos derechos dejaran de acontecer durante el período posterior a la Segunda Guerra Mundial. Un ejemplo son las diferentes dictaduras que hubo en América Latina en el siglo XX, donde las vejaciones a los derechos humanos fueron mayúsculas. Sin embargo, y pese a lo que pasaba, algo hacía pensar que respaldaba a la consagración de estos derechos el sentir de toda la comunidad internacional que hace bastantes años atrás venía reforzando la idea del respeto de los derechos humanos y su consagración jurídica. Asimismo, había fundamentos filosóficos sólidos que permitían exigir el respeto a la dignidad humana.

⁴¹ Entre otros tratados internacionales que consagraron el respeto a los Derechos Humanos: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000 y con su última modificación en el año 2003; *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado en el mes de noviembre de 2003; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y cuya entrada en vigor se verificó el 3 de enero de 1976; *Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes*, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984 y vigente desde el 26 de junio de 1987; *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979 y vigente desde el 3 de septiembre de 1981; *Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra*; *Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra*; etc.

Paralelamente al refuerzo de los derechos humanos y a su consagración jurídica, la palabra que se ponía de moda era **Globalización**. Todo cuanto sucedía comenzaba a repercutir ferozmente en lugares geográficos distintos de donde realmente se había provocado. Un ejemplo nítido, pero anterior a la Segunda Guerra Mundial, fue la crisis económica de 1929, que repercutió con fuerza en un amplio espacio geográfico del planeta, todo producto de la liberación de los mercados.

Aparentemente, la globalización, contribuyó a difundir, potenciar y masificar la demanda de la real consagración y respeto de los derechos humanos y el derecho penal así también lo comprendía; sin embargo, esto es parte de lo que se llamó “universalización”, concepto al que se hará referencia más adelante para diferenciarlo del concepto de globalización.

La Globalización, como proceso social, político, económico, tecnológico, cultural y jurídico, sostuvo una disposición aparente de promoción de los derechos humanos. Este proceso, tan parte de la ideología neoliberal, defendió -en apariencia- los derechos humanos, hasta que se produjo el conflicto real entre proteger la expansión del sistema neoliberal y su ideología de libre mercado; o proteger la dignidad de las personas y evitar su mercantilización.

La respuesta a este conflicto, en la práctica, siempre fue optar por la protección de la ideología neoliberal y, en consecuencia, por la indefensión de aquellos que no están incluidos o que atentan contra dicha ideología. Lo dramático y alarmante, es que esta desprotección en que el sistema neoliberal deja a las “personas” que son contrarias a él o no son parte de él –**enemigos**- siempre pudo ser rebatida filosóficamente, sin que existiera ninguna posición en contra. Esto se quebró en el año 1985, cuando Günther Jakobs crea una tesis filosófica que sustenta, da base y fundamenta el trato que el sistema neoliberal otorgaba a sus enemigos. El trato de no-personas.

Nada de lo que aparentemente defendía la globalización -esto es la potenciación de los Estados, el orden mundial, la paz mundial, la inclusión internacional, la protección de las personas, la diversificación de las culturas, el acceso a la tecnología y, en definitiva, la integración en todos sus ámbitos- se ve reflejado en la tesis de Jakobs.

La tesis de Jakobs busca la exclusión de quienes “amenazan la seguridad de la sociedad y de su sistema de organización” por medio del denominado Derecho Penal del Enemigo⁴². Y ¿quiénes son los excluidos? Todos aquellos que no quieren (organizaciones contra la ideología neoliberal), no pueden (marginales sociales sin “capacidad” de interiorizarse en el sistema productivo por no aportar en él ya que no tienen la potencialidad de ser explotados ni de consumir, como por ejemplo: los ancianos, las culturas étnicas, etc.) o no deben (como por ejemplo los narcotraficantes) ser parte del sistema productivo neoliberal. De esto haré un análisis en profundidad más adelante.

El Derecho Penal del Enemigo –como ya se ha expresado- nace como una necesidad de dar sustento jurídico al actuar del neoliberalismo. Es una respuesta a los efectos sociales que produce la ideología neoliberal. Consecuentemente, no debe sorprender que siga el mismo camino y modus operandi de la ideología que lo sustenta, por lo que el fenómeno de la globalización lo hace aplicable en todos los espacios geográficos a los que ha llegado. Hoy, en definitiva, podemos encontrar en gran parte del globo legislación que reviste las características de Derecho Penal del Enemigo.

Para entender cómo se relaciona el Derecho Penal del Enemigo con el fenómeno de la globalización, es relevante razonar respecto de qué es a lo que ella se refiere (concepto) y cuáles son sus características.

⁴² Supra. capítulo I.

1.2) ¿QUÉ ES LA GLOBALIZACIÓN?

La Real Academia Española de la Lengua, define a la Globalización como “una tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”⁴³.

La globalización es un proceso mediante el cual se extiende el supuesto “orden natural del mercado”, lo que a juicio de Zaffaroni⁴⁴, no es más que un mito que utiliza la ideología neoliberal para que no haya entorpecimiento en su expansión y además, refleja lo poco creativa e irracional que es esta ideología pues no crea algo nuevo, sino que se limita a rescatar mitos históricos, decadencia que no nos debe extrañar, entendiendo que cuanto más irracional es el ejercicio del poder, menor es el nivel de racionalidad discursiva con que se pretende legitimarlo⁴⁵. Zaffaroni, en relación al mito del equilibrio natural de los mercados reflexiona lo siguiente: “*De nada vale observar que los mercados no tienden al equilibrio sino a una **competencia inmediateista sin límite alguno** o a un **comportamiento de manada** poco explicables, que hay corridas, pánicos y otros fenómenos que nada tienen de racional, o que los humanos se matan en*

⁴³ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 22ª Edición. 2001, en <http://www.rae.es/>

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En Torno de la Cuestión Penal*. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 191.

⁴⁵ Los mitos a los que se refiere Zaffaroni son: a) *el equilibrio natural de los mercados a nivel planetario*; y b) *la eficacia preventiva del poder punitivo en lo nacional* (o lo que es peor: **la necesidad absoluta de la reafirmación de la norma, como extremo de irracionalismo romántico idealista**); esto último lo expone en relación a que según Jakobs y los funcionalistas, lo que el Derecho Penal del Enemigo hace es proteger a la sociedad toda, de la amenaza que producen los “enemigos”, pero es importante que se es enemigo para Jakobs, cuando se ha abandonado en forma permanente y continua el derecho, es decir, se ha violado la norma a una nivel tal, que ya el castigo no es suficiente, puesto que el castigo es para quienes aceptan la validez de la norma, y en este caso, el enemigo, no acepta la validez de la norma, no acepta que la norma le obliga y es por esto que se hace enemigo. Además, Zaffaroni, dice -como ya dije- “que es sabido que cuanto más irracional es el ejercicio del poder, menor es el nivel de racionalidad discursiva con que se pretende legitimarlo, pero no debe confundirse en este sentido la racionalidad con la elaboración del discurso: un discurso puede ser altamente sofisticado en su elaboración, pero si se asienta sobre una base falsa, no pasará de un delirio mejor sistematizado, y es notorio que no por ello un delirio se vuelve racional”. ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 191.

incontables guerras en todo el planeta, es inútil recordar la historia económica o el psicoanálisis, frente a dogmáticos deductivistas cuyo autismo pasa por alto la genial advertencia de Martín Buber: los seres humanos no son racionales, pero pueden llegar a serlo. Cuando se confunde el deber ser con el ser, el idealismo racionalista se desvirtúa al grado de irracionalismo radical, pues no hay peor irracionalismo que dar por hecha la racionalidad humana, con su consiguiente desbaratamiento de cualquier estímulo para luchar por ella, ya que no se lucha para alcanzar un hecho natural”⁴⁶.

El proceso de la globalización es necesario para que el sistema neoliberal alcance los ribetes hegemónicos a los que aspira. Es la extensión del libre mercado, de la explotación de los agentes productivos⁴⁷ y del combate que se ejerce contra los excluidos de dicho sistema (enemigos).

Actualmente, lo necesario para tener algún tipo de participación en las decisiones que se tomen en los distintos ámbitos del quehacer ciudadano, es el capital. Es por ello que no debe extrañar que quién tiene dinero, decide; y los demás, obedecen. Con esta misma lógica funciona la Globalización. Lo que se extiende y sobrepasa las fronteras nacionales es la acumulación de las riquezas, puesto que quien más acumula, más participación adquiere en las decisiones de los distintos ámbitos de la sociedad –fenómeno propio de la ideología neoliberal-. Esto sucede amparado por nominales democracias cuyo único propósito es dar una falsa legitimidad a las decisiones que se toman por el poder legislativo, y que si bien, los representantes ciudadanos de dicho poder fueron elegidos en una lógica de votación y representación ciudadana, en la práctica se legisla en conformidad de la protección de los intereses económicos particulares de quienes actúan en el poder legislativo o de aquellos a quienes representan y que rara vez son los intereses de todos los nacionales.

⁴⁶ ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 190.

⁴⁷ Entiéndase por agentes productivos a todo aquello que favorece la cadena productiva, por ejemplo, infraestructura, materia prima, fuerza laboral, etc.

Hobbes, expone en el Leviatán, que en el estado de naturaleza, el más fuerte impone las reglas. ¿No es lo que pasa en el sistema neoliberal cuando la participación en las decisiones, que ya no son solo internas, sino que afectan a gran parte del globo, depende de cuanto hemos acumulado? ¿No es acaso el más fuerte el que impone las reglas? ¿No es el Derecho Penal del Enemigo una legislación de lucha impuesta a los que no aceptan las reglas del que pretende hegemonía? ¿Qué diferencia al sistema neoliberal hoy imperante, del estado de naturaleza de Hobbes?. Portilla Contreras, en relación a este estado de naturaleza, expone que lo que hoy sucede es que nos encontramos en un “*eterno Leviatán*”⁴⁸, es decir, en un estado de perpetua beligerancia, en el que es el Estado el que desconfía de todos⁴⁹, y por ello necesita de un Derecho Penal acorde a las necesidades de tanta inseguridad.

La liberalización del mercado supone que haya una lucha constante. La competencia es legítima en el sistema neoliberal, porque el mercado la regula. Es legítima la fusión de las empresas y el continuo desplome de quienes quieren formar parte de él, pero no tienen la fuerza económica necesaria para lograrlo. Además, es legítimo que quien tiene el dominio del mercado excluya al que pretende formar parte de él porque es una competencia donde lo esencial gira en torno a la acumulación de riquezas. En consecuencia, es legítimo acumular riquezas al costo que sea, incluso negando humanidad a los hombres mediante el desconocimiento de los derechos humanos que le son inherentes.

Ya no es suficiente formar parte del mercado interno y ser el líder. Hoy, el fundamento del sistema neoliberal exige y legitima el crecimiento y expansión

⁴⁸ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “*El retorno del Derecho Penal al estado de naturaleza*”. Revista Viento Sur. Número 83, noviembre de 2005, en <http://www.vientosur.info/sumarios/actual/index.php?x=83> pp. 31

⁴⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “*El retorno del Derecho Penal al estado de naturaleza*”. Revista Viento Sur. Número 83, noviembre de 2005, en <http://www.vientosur.info/sumarios/actual/index.php?x=83> pp. 31.

fuera de nuestras fronteras, porque las decisiones que se toman ya no sólo tienen una connotación local, sino que global.

La Globalización facilita y estimula el proceso de acumulación de capital, es por esto que es tan vital e instrumental a la ideología del neoliberalismo. Así lo expone Myrna Villegas, diciendo que *“el proceso de concentración del capital se caracteriza por la proliferación de fusiones o absorciones con otras corporaciones con el objeto de excluir o eliminar la competencia en un país o una región determinada”*⁵⁰. Es un fenómeno social, cultural, político, tecnológico, pero principalmente económico amparado en una “presunta legitimidad” jurídica, que deforma los fundamentos de la democracia (porque solo participa el que tiene riquezas y en la cuota de sus riquezas); genera un desarraigo de lo local, provoca un desorden social al ser una fuente potente en la generación de excluidos; le resta valor y soberanía a los Estados, debilitando el concepto de Estado-Nación; desvirtúa el real sentido que tiene la participación mundial en las decisiones, puesto que ya no son los integrantes del mundo los que definen que es lo que el mundo quiere, sino las elites económicas, que ahora, gracias a la Globalización, tienen un dominio mundial; y por último, erosiona todos los principios de un Estado democrático y de derecho, ampliando los ámbitos de la corrupción económica, vejando la protección y consagración de los DD.HH. a través de una legislación de lucha que desconoce la dignidad de las personas y vulnera los principios garantistas del Derecho Penal, procesal y penitenciario.

Al inicio de este capítulo ya se anticipaba que hablar de **universalización**, es distinto de hablar de **globalización**. Esta diferencia tiene que ver con el cómo se conceptualiza uno u otro proceso.

⁵⁰ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. **TERRORISMO: UN PROBLEMA DE ESTADO. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España.** Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Departamento de Derecho Público. Área Penal. Vol. I. 2001. pp. 93.

La **universalización** en palabras de Zygmunt Bauman, es “*la idea (proceso) que transmite la esperanza, la intención y la resolución de crear el orden; por encima de lo que indicaban los términos afines, significaba un orden universal: la creación de orden en un escala universal, verdaderamente global*”⁵¹.

Del concepto de universalización que nos entrega Bauman, podemos desprender que este proceso agrupaba la voluntad de cambiar y mejorar el mundo, así como también, la voluntad de extender los cambios y mejoras que se crearan o acontecieran a una dimensión global, que abarcara a toda la especie humana. En definitiva lo que se buscaba con este proceso, es plasmar la intención de crear condiciones de vida similares para todos, en todas partes; de dar a todos las mismas oportunidades, y tal vez incluso crear igualdad. El proceso de universalización supone un proceso de creación de cosas, de *iniciativas* y *emprendimientos* expansibles a todo el género humano; no de las consecuencias que ciertos actos o procesos nos provocan sin ser parte de las decisiones que se tomen.

La gran diferencia que existe entre el concepto de globalización y universalización es que “la globalización no se refiere a los que nosotros, o al menos los más ingeniosos y emprendedores, queremos o esperamos **hacer**, sino a los que **nos sucede a todos**”.

Hay muchas personas y literatura que nos hablan de lo que es la globalización. Muchas veces incluso nos diferencian entre globalización neoliberal y globalización social como lo hace Kacowicz⁵², exponiendo que “*por*

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **La globalización. Consecuencias humanas**. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. Buenos Aires. Argentina. 1999. pp. 80 - 81.

⁵² Según Kacowicz, las posibles definiciones del concepto de globalización para él, deberían incluir: a) intensificación de las relaciones económicas, políticas, sociales y culturales a través de las fronteras; b) el período histórico iniciado tras el fin de la Guerra Fría; c) la transformación del mundo por la anarquía de los mercados financieros; d) el triunfo de los valores norteamericanos a través de la agenda combinada del neoliberalismo en la economía y la democracia política; e) la

globalización social entendemos la expansión, multiplicación y profundización de las relaciones sociales y de las instituciones a través del espacio y tiempo, de modo que las actividades cotidianas resultan cada vez más influidas por los hechos y acontecimientos que ocurren en otras partes del globo (efectos de las decisiones de otros), así como las decisiones y acciones de grupos y comunidades locales pueden alcanzar importantes repercusiones globales. La **globalización neoliberal**, a su vez, implica en una variante de la anterior, más que, a través de una argumentación exhaustiva basada en la enorme movilidad y superior capacidad de adaptación al medio ambiente económico con la liberación de los agentes de la economía en el libre-mercado se construye un discurso articulado que reivindica la efectuación de las reformas reductoras en el Estado, cuestiona cualquier iniciativa gubernamental que se pueda considerar como intervencionismo, predica el cumplimiento de una agenda de privatizaciones, y defiende el redimensionamiento de las actividades gubernamentales en el plano económico y social al mínimo⁵³”.

Para Tomassini, la globalización “se trata de un conjunto de transformaciones que afectan a la sociedad, la economía, la política, los núcleos urbanos, la empresa, la oficina, el hogar y la utilización del tiempo libre. Un conjunto de cambios que plantean interrogantes tanto acerca de su existencia misma, o de su profundidad, como aquella más fundamental acerca de si responden o no a un patrón común y, en caso afirmativo, de cuál sería su origen o

ideología y la ortodoxia sobre la culminación lógica e inevitable de las poderosas tendencias de cambio en el mercado laboral; f) la revolución tecnológica con sus implicaciones sociales y g) la inhabilidad de los países en arreglárselos con los problemas globales que requieren soluciones globales, como la demografía, ecología, derecho humanos y la proliferación nuclear.

MACHADO, Jorge A. S. “**Concepto de Globalización**” en <http://www.forum-global.de/soc/bibliot/machado/concglob.htm> 2001. KACOWICZ, Arie M. **Regionalization, Globalization and Nationalism: Convergent, Divergent, or Overlapping?**, in *Alternatives*, 1999, vol. 24, n. 4, pp. 529

⁵³ MACHADO, Jorge A. S. “**Concepto de Globalización**” en <http://www.forum-global.de/soc/bibliot/machado/concglob.htm> ; 2001.

*sentido*⁵⁴". Tomassini, muestra en su concepto de globalización, que no se trata de una creación o una intención de generar algo, sino por el contrario, de las consecuencias que la acción, que se ejerce por muchos o pocos, provocó a nivel global; inclusive, el autor se cuestiona si tiene algún sentido la globalización. El sentido de este fenómeno es funcional al pensamiento neoliberal, pues otorga la conformidad de que lo que pasa acá, pasa también allá y no hay forma de evitarlo, ya que las leyes del libre mercado lo "legitiman y le dan peso argumentativo".

Otros conceptos de globalización son: *"aquel fenómeno amplio que, en sus elementos básicos, comprende los procesos de creciente interacción e interdependencia que incluyen la ampliación del espacio geográfico y de los ámbitos de acción que se generan entre las distintas unidades constitutivas del sistema mundial"*⁵⁵. Anthony Giddens opina que la globalización puede ser definida como *"la intensificación de las relaciones sociales a nivel mundial mediante vínculos entre localidades distantes de una forma tal que lo que sucede a nivel local es impactado por eventos que ocurren a una distancia de muchas millas y viceversa"*⁵⁶.

Zaffaroni, entiende a la globalización como el instrumento de expansión del nuevo poder planetario. Globalizar no es la ideología, sino el como se transmite. La real ideología es el fundamentalismo de mercado que actúa como pensamiento único y que a través de la globalización convierten en dogma mundial lo que es un ideal, o sea, **da como realidad un deber ser orientador**. El equilibrio de los mercados⁵⁷.

⁵⁴ TOMASSINI, Luciano. *"El proceso de globalización y sus impactos sociopolíticos"*, en Raúl Urzúa (ed.). Cambio Social y Políticas Públicas. (Santiago: Centro de Análisis de Políticas Públicas, Universidad de Chile, 1997), p. 27.

⁵⁵ MONETA, Carlos J. *"Los procesos de globalización. Reflexiones sobre su concepción y efectos sobre la evolución del sistema mundial"*, en Estudios Internacionales, Vol. XXVII, N° 106, abril-junio 1994, p. 174.

⁵⁶ MONETA, Carlos J. ob. cit, Vol. XXVII, N ° 106, abril-junio 1994, p. 15.

⁵⁷ ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 189.

Por su parte, Myrna Villegas, expone que *“la globalización es un modelo económico que –entendemos- es contrario a los Estados nacionales y su economía, excepto los que pertenecen a los países ricos. No se trata de un “proceso de internacionalización de la economía y la producción” porque a sido diseñado para responder a las necesidades del capitalismo monopolístico, negando al mismo tiempo, la contradicción fundamental que se produce por la división entre países ricos y pobres, y permitiendo, ya de plano (legalizando), la intervención de los primeros sobre los últimos”*⁵⁸.

La globalización es un proceso avasallador e inclemente, puesto que producen la exclusión de los “enemigos”, sin considerar ninguno de los aspectos que en un Estado de Derecho se deberían contemplar. No se protege a los trabajadores, se legisla en razón de configurar un escenario adecuado para los inversionistas, es decir, un paraíso financiero, en donde los costos de inversión y de la movilidad del capital son los centros de protección jurídica, cada vez se renuncia con mayor fuerza a la soberanía propia de los Estados, la inversión social se hace inexistente, el Estado se convierte en el administrador de las políticas del capital y no interviene en forma seria y acorde a las necesidades de su población, la Constitución ya no se entiende como un sistema regulador de garantías fundamentales, sino que como la forma orgánica de estructurar el país.

Las elites económicas han optado por aislarse geográficamente y crear ghettos, tal como ocurre en forma dramática en Brasil, donde es tal la cantidad de excluidos, que quienes están dentro del sistema neoliberal no tienen otra opción que crear espacios geográficos exclusivos para protegerse de la marginalidad. Así lo expone muy bien, Bauman, diciendo que *“las elites han optado por el aislamiento, pagan por el generosamente y de buen grado. El resto de la*

⁵⁸ VILLEGAS DÍAZ, M. **TERRORISMO: UN PROBLEMA DE ESTADO. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España.** (2 vol.). Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca, España, enero 2002. Vol. I. pp. 94. Sin publicar.

población se encuentra excluida y obligada a pagar el fuerte precio cultural, psicológico y político del nuevo aislamiento. Los que no pueden optar por vivir aisladamente y pagar los costes correspondientes de seguridad son la víctimas del equivalente contemporáneo de los cerramientos de la modernidad temprana; se los coloca lisa y llanamente “afuera” sin consultarlos, se les impide el acceso al “ejido comunal” de antaño, afrontan el arresto, la expulsión o una fuerte conmoción cuando ingresan en la región cercada sin advertir los carteles de “propiedad privada” o sin conocer el significado de las señales, no verbales pero no por ello menos resueltas, de “prohibida la entrada”⁵⁹.

Por último, como reflexión final respecto de qué es la globalización, se entiende que cuando estamos frente de un fenómeno social, político, cultural, tecnológico, jurídico y esencialmente económico que genera una polarización extrema, a tal punto, que legitima que seres humanos, puedan ser tratados como cosas al no estar incluidos en el sistema neoliberal para el que la globalización trabaja; solo se puede reaccionar contra aquellos que la legitiman, o más bien, que legitiman la ideología neoliberal, no de la forma en que ellos lo hacen, sino respetando la dignidad de las personas, las garantías penales, procesales y penitenciarias dignas de un Estado de Derecho, comprometido con la democracia, la igualdad y la justicia social que tanto necesitamos en estos días⁶⁰, ya que tal como lo expone Bauman, *“los procesos globalizadores incluyen una segregación, separación y marginación social progresiva”⁶¹*. Es a esta segregación a la que se refiere Bauman, a la que el Derecho Penal del Enemigo debe apuntar desde una perspectiva global.

⁵⁹ BAUMAN, Z. ob. cit. Buenos Aires. Argentina. 1999. pp. 32.

⁶⁰ Véase PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. **“Seguridad y Derecho: ¿bienes incompatibles?”**, en *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*. Año 18. Nº 3-4, pp. 147-156; PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. **“La Respuesta Judicial a la Criminalidad”**, en <http://www.pazciudadana.cl/documentos/analisisempiricodeladelincuenciaencia.pdf>, pp. 21-26.

⁶¹ BAUMAN, Z. ob. cit. Buenos Aires. Argentina. 1999. pp. 9.

1.3) CARACTERISTICAS DE LA GLOBALIZACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS COMO SUPUESTO NECESARIO PARA EL DERECHO DEL PENAL DEL ENEMIGO.

La no-persona es el sujeto activo en el Derecho Penal del Enemigo, es a quién se dirige este tipo de normativa y sobre quién se cimienta el fundamento filosófico que legitima la creación de una legislación de excepción con pretensiones de permanencia. Entendiendo que el Derecho Penal del Enemigo se define como *la creación normativa de exclusión y de exacerbado punitivismo que realiza el Estado, que reúne al conjunto de normas penales que apuntan a criminalizar no a un hecho sino al autor de un hecho -considerado como no-persona- sea que este efectivamente se haya realizado o se presuma como sospechoso de cometer y que constituye un amenaza constante a la seguridad de los ciudadano y de la sociedad en que viven. Es el derecho que sanciona la peligrosidad de los sujetos a los que apunta y que por tanto tiene como fin proteger la seguridad de sus ciudadanos y por sobre todo, proteger la seguridad de la conservación y expansión del sistema que le da sentido, esto es, el sistema neoliberal, a costa de las garantías y derechos fundamentales que son inherentes al hombre por su sola condición de tal.*

Para entender las características y consecuencias de la globalización como supuesto necesario para el Derecho Penal del Enemigo, se debe tener en consideración al sujeto al que se dirige, como antes se dijo, la no-persona, pues solo así se podrá comprender cómo la Globalización es instrumental a la ideología neoliberal imperante y cómo su forma de actuar como fenómeno social, cultural, político, tecnológico, jurídico y económico está al servicio de las necesidades del neoliberalismo.

Siguiendo a Zaffaroni, se puede decir que las características de la globalización son las siguientes⁶²:

- a) **Apela a mitos para legitimarse** que se basan principalmente en dar por cierto dos premisas: el equilibrio natural de los mercados a nivel planetario y la ***eficacia preventiva del poder punitivo nacional***.
- b) Existe una **revolución tecnológica**, esencialmente de comunicaciones, donde la velocidad de la comunicación aumenta hasta límites insospechados hace pocos años.
- c) Se produjo una **reducción del poder regulador económico de todos los Estados**, en distintos grados, pero siempre invocando la *necesidad* de favorecer un mercado mundial.
- d) Se **acelera la concentración del capital**, con evidente predominio del financiero.
- e) Se **desplazan los capitales con costo cero**, hasta donde se hallan mayores rentas, por lo general a costa de reducción de costos por recortes de personal de menor tributación.
- f) El poder político **compite** por atraer los capitales que se desplazan, o sea que los políticos compiten por reducir su poder, especialmente en los países periféricos.
- g) El uso del salario, del empleo y de la tributación, como variables de ajuste, provoca **creciente desempleo y deterioro salarial**, la menor recaudación fiscal permite una **menor inversión social**.

⁶² ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 183-184.

- h) Los Estados perdieron su **capacidad de mediación entre capital y trabajo**.
- i) Los sindicatos **carecen de poder** para reclamar en contra la desvinculación del Estado a su tarea de mediador entre capital y trabajo.
- j) La especulación financiera adopta formas que cada vez torna más borroso los límites entre lo lícito y lo ilícito.
- k) Los refugios fiscales para capitales de origen **ilícito** son conocidos por todos y nadie los obstaculiza.
- l) El sistema tributario se invierte tratando de compensar la menor tributación del capital con mayor tributación del consumo, que recae sobre los de menor renta.
- m) Hay una normativa global, en los mismos términos en que se impone la ideología neoliberal, supeditando la legislación local a los mandatos internacionales.
- n) Los medios de comunicación masiva se encargan de propugnar a la opinión pública los mensajes que quienes detentan el poder, les interesa que se masifiquen.
- o) No solo globaliza las políticas mercadistas, sino también las políticas de lucha en contra de los excluidos (Derecho Penal del Enemigo).

La globalización provoca consecuencias en todos los ámbitos, pero indiscutiblemente y para los efectos del tema que se analiza se debe puntualizar

que su principal consecuencia está en el área social, donde se produce el efecto que fundamenta la proliferación del Derecho Penal del Enemigo, esto es, “**la generación de un amplio y creciente sector excluido de la economía**”⁶³. Tal como lo expone Zaffaroni, la relación que existía entre explotado y no explotado hoy muta y se configura como una relación entre **incluido y excluido**. En esta nueva relación existe una diferencia sustancial entre explotado y excluido. El explotado sirve al sistema, le es útil y el mismo sistema lo necesita para perdurar y seguir expandiéndose; en cambio el excluido, no le sirve al sistema neoliberal, de hecho su existencia le es nefasta, innecesaria y molesta, convirtiéndolo éste en un **descartable social**⁶⁴.

La herramienta de la que se valen quienes siguen la ideología neoliberal para “tratar” a los excluidos, y en definitiva, para descartarlos socialmente, es crear y aplicar un conjunto de legislación antojadiza y sin orden, pero en ningún caso inocua, que malamente se ha denominado Derecho Penal del Enemigo.

Es tal la cantidad de sujetos que caen en la definición de excluidos que da Jakobs y al que el Derecho Penal del Enemigo se dirige, que ya no se habla de una legislación de excepción como se entendió doctrinariamente por Jakobs y sus discípulos al inicio, sino que se ha convertido en una legislación de aplicación permanente y que abarca a un número de población bastante abultado, todo esto provocado por la ideología neoliberal y como consecuencia directa del proceso de globalización.

Los excluidos, que por el proceso de globalización día a día crecen, tienen un férreo sentimiento de desprotección por parte del Estado, de desigualdad y de injusticia social que a cada momento aumenta.

⁶³ ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 184.

⁶⁴ ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 184.

El Estado-nación, no otorga ningún tipo de oportunidad a los excluidos, de hecho, en vez de otorgarles soluciones o posibilidades de integración, prefiere combatirlos con todo el arsenal jurídico y filosófico propio de la sociedad que hoy tenemos, esto es a través del Derecho Penal del Enemigo y la conceptualización de la no-persona.

Bauman, al referirse a esta consecuencia social expone que “la globalización les da a los extremadamente ricos nuevas oportunidades para ganar dinero de manera más rápida. Estos individuos han utilizado la tecnología de punta para desplazar grandes sumas de dinero alrededor del globo con extrema rapidez y especular con eficiencia creciente. Desgraciadamente, la tecnología no afecta la vida de los pobres del mundo. En realidad, la globalización es una paradoja: **beneficia mucho a muy pocos, a la vez que excluye o margina a dos tercios de la población mundial**”⁶⁵.

Todo se transa, todo es mercancía, los valores sociales, morales o culturales se transforman y se convierten en valores de mercado, incluso el valor de la propia vida humana –hemos vuelto a la esclavitud- y nada parece detener este proceso que la globalización masifica. Pareciera, que al enfrentarnos a esta realidad y mirar como la mercantilización de los valores avanza, nos hubieran cercenado la capacidad de pensar en acciones que nos permitan orientarnos y así poder operar sobre aquella realidad para superarla o transformarla. Es como que actuáramos en manada sin cuestionar ninguno de los términos que se nos imponen, de hecho, son más las veces en que la población que se siente agredida legitima las formas de acción que se imponen a través de la globalización -exigiendo la aplicación del Derecho Penal del Enemigo con su consecuente eliminación del excluido- que las cuestiona. Pero ¿quiénes pueden soportar este escenario tan desolador? Claramente podrán soportarlo aquellos a quienes no les toca, por lo que sólo serán espectadores de la disgregación y la consecuente

⁶⁵ BAUMAN, Z. ob. cit. Buenos Aires. Argentina. 1999. pp. 96.

exclusión y desigualdad que se produce a raíz de los imperativos del sistema neoliberal. No podrán soportarlo en cambio, aquellos que son tocados por esta realidad cruenta y aberrante, es decir, los enemigos.

Zaffaroni nos dice: “Las personas *suelen tolerar la injusticia, pero no pueden tolerar la desesperanza*”⁶⁶. ¿Cómo podría el ser humano soportar la desesperanza? La única alternativa sería el suicidio colectivo, pues es de la esencia de lo humano tener proyectos y proyectarse. No hay existencia sin proyecto.

Los neoliberales no han medido con agudeza, ni han prestado atención a los efectos sociales que se están produciendo a partir de la globalización. Los excluidos son desesperanzados -sobre los que se ejerce violencia estructural (fáctica, jurídica y social), porque la exclusión es desesperanza- y si un desesperanzado pierde el control porque su vida es un sin sentido, imaginemos lo que será cuando dos tercios del planeta pierdan el control y reaccionen en contra del sistema que los excluye. La violencia no será evitable, porque la exclusión es violencia estructural y solo puede traer como consecuencia la violencia social de los excluidos reaccionarios. Además, lo que podría evitarla es la inversión social, costo que nadie pretende asumir. En este mismo sentido, Zaffaroni, expone que *“la exclusión social se agudiza por el deterioro de la inversión social y de los consiguientes servicios: salud, educación y previsión. La violencia estructural no puede menos que generar respuestas violentas”*⁶⁷

La globalización no sólo tiene consecuencias sociales. *“El fundamentalismo de mercado radicaliza el dogma del equilibrio y lo absolutiza hasta hacer*

⁶⁶ ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 196.

⁶⁷ ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 191.

*innecesario al Estado*⁶⁸. Esta es la principal consecuencia política de la globalización.

Quienes detentan el poder local han optado por abandonar dicha labor, debido a que es más importante captar los capitales internacionales para poder seguir siendo parte del sistema productivo y así quedar al total arbitrio de quienes invierten, que optar por proteger a los locales. En la práctica, lo que se argumenta cuando por captar inversión se renuncia a la soberanía del Estado es que lo que se hace es por el bien de toda la Nación.

Sabemos que existe un poder económico que no renuncia a la hegemonía, sino que la potencia a través de la globalización, pero también tenemos claro que **no existe** una sociedad global, ni menos aún organizaciones internacionales fuertes que nos permitan acudir a ellas para protegernos. Tampoco existe un Estado global, y no existirá, porque ser nacionales supone integración y con tantos excluidos no hay posibilidad alguna de crear un estado universal⁶⁹.

El Estado-nación ya no tiene fuerza para utilizar su poder, los dominadores del mercado se lo han arrebatado y con ello han provocado la total desprotección de quienes viven en condiciones de marginalidad social, económica y política principalmente. No hay normas de protección para los trabajadores y las que existen, solo tienen una existencia nominal pues no se aplican cuando es propicio. Los tributos no afectan a los que poseen el capital, ni a la inversión, sino que afecta directamente y cada vez en mayor grado a quienes consumen, que innegablemente están en una condición social desmejorada.

Zygmunt Bauman, describe muy bien las consecuencias políticas que acarrea la globalización exponiendo: *“En el cabaret de la globalización, el estado*

⁶⁸ ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 185.

⁶⁹ ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 185.

realiza un striptease y al final de la función solo le queda lo mínimo: el poder de la represión. Destruída su base material, anuladas su soberanía e independencia, borrada la clase política, el Estado nacional se convierte en un mero servicio de seguridad de la megaempresas (...) Los nuevos amos del mundo no necesitan gobernar en forma directa. Los gobiernos nacionales están encargados de la tarea de administrar los asuntos en su nombre”⁷⁰.

La pérdida de potestades del Estado-nación, como consecuencia del avance de la globalización, acarrea las siguientes consecuencias en el plano jurídico:

- a) Pugnas entre los ordenamientos constitucionales internos y el derecho comunitario (un ejemplo es el caso de la Unión Europea).
- b) La tendencia a generar nuevos mecanismos normativos, de carácter supranacional, acordes al desarrollo de los procesos de expansión. No quiero decir con esto que exista un proceso de universalización, sino que muy por el contrario, los Estados se reúnen para crear legislaciones que obliguen a todos los pertenecientes a un grupo y que sancionen a todos aquellos que no y que constituyen una amenaza para su seguridad personal y comunitaria (el Derecho Penal del Enemigo protege a las personas ante la inseguridad que producen las no-personas).
- c) El imperativo de efectuar modificaciones constitucionales y legales como consecuencia de las resoluciones adoptadas por Tribunales Internacionales⁷¹.

⁷⁰ BAUMAN, Z. ob. cit. Buenos Aires. Argentina. 1999. pp. 89.

⁷¹ Un ejemplo, en el sentido que se comenta, está constituido por la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 5 de Febrero de 2001, en el caso relacionado con la prohibición de exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” que había sido resuelta por los tribunales chilenos. La Corte argumentó, al efecto, que “Chile no ha adoptado las medidas legislativas necesarias para garantizar y hacer efectivo(s) los derechos y libertades establecidos en

d) Flexibilización en la normativa económica criminal. Nadie podría dudar que los amos del sistema imperante abusan del sistema y propugnan la dictación de normas que les permitan actuar con impunidad, por un lado, y por otro, que sancionen desmesuradamente a quienes se encuentran en la marginalidad, por el solo hecho de constituir estos últimos una “probable” amenaza a la seguridad personal y social. Esta amenaza se traduce en la práctica, en el probable atentado contra los bienes que durante el tiempo han acumulado los poderosos y que les otorgan la necesaria “legitimidad” para actuar y decidir personal y colectivamente. Innegablemente, se crea una velo de impunidad en relación a los delitos económicos, pues la ideología neoliberal es corruptiva, por lo que, como muy bien lo expone Zaffaroni, *“lo que antes fueron delitos contra la economía nacional, como acaparamiento, alteraciones artificiales de los mercados, aprovechamiento de información confidencial, evasiones impositivas, monopolios y oligopolios, e incluso conductas que bordean las tipicidades nacionales de delitos menos sofisticados, como extorsión y estafa, son ahora conductas lícitas en la economía mundial. En ausencia de poder regulador o criminalizante en el plano internacional, se trata de conductas impunes, con la particularidad de que se cometen en proporciones macroeconómicas, es decir, que importan cifras astronómicas”*⁷².

la Convención (Americana de Derechos Humanos) en relación con la libertad de expresión”. Agregó que “Chile debió tomar las medidas necesarias para dictar las normas constitucionales y legales pertinentes a fin de revocar el sistema de censura previa sobre las producciones cinematográficas y su publicidad y así adecuar su legislación interna a la Convención.” (Considerando 81 letras a. y c.)

Como consecuencia de lo expresado, la Corte decidió que “el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.” (Considerando N° 103 N° 4).

⁷² ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 191.

e) Masificación en la aplicación y la creación de legislación que reviste el carácter de Derecho Penal del Enemigo. No se puede permitir que quienes atentan contra el “natural equilibrio del mercado” transiten contagiando a otros, es por esto que se legisla en total contradicción hacia las garantías propias de un Estado democrático y de Derecho. La nueva técnica legislativa renuncia a la consagración de los DD.HH y a los principios garantistas que rigen al derecho penal, procesal y penitenciario. El Derecho Penal del Enemigo, se convierte en una legislación de carácter trasnacional (global). Disminuyen las garantías procesales y se restituyen instituciones medievales, tales como la delación y testigos, jueces y fiscales secretos o anónimos. Se renuncia al principio de lesividad, extremando la tesis de los delitos de peligro abstracto y adelantando la punibilidad a aspectos subjetivos nocivos (acceder a tal o cual información es peligroso). Se aplica excepcionalmente el derecho penal a los poderosos, y cuando se lo aplican, se endurecen las penas para demostrar a la población que el derecho penal goza de eficacia⁷³.

f) El poder legislativo de los Estados está muy susceptible a ser corrompido. Los políticos que lo componen, renuncian a legislar a favor de los principios de un Estado democrático, y si bien guardan y respetan la técnica legislativa formal, lo sustancial de la creación legislativa deja mucho que desear. Asevero esto, al observar por ejemplo, el hecho de la total desprotección en que queda el medio ambiente en los distintos países. La mayoría de ellos contiene en sus Cartas Fundamentales la protección del medio ambiente (el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación), pero a la hora de legislar a favor de los capitales y la inversión, dicho mandato constitucional es plenamente ignorado, y son los mismos legisladores, los que crean formas de poder burlar esta limitación a la inversión. El poder económico se halla en manos de personas que no

⁷³ ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 203.

tiene otra alternativa que ser serviles al sistema neoliberal y por tanto deben procurar mayores rentas en el menor tiempo posible, porque de lo contrario pierde a los clientes que buscan esas rentas, pues dicha clientela tiene la capacidad de desplazarse a otros lugares donde los esperan ansiosos⁷⁴. Indiscutiblemente uno de los mayores costos de este tipo de rentabilidad capitalista es la degradación progresiva e ilimitada del medio ambiente. Lo que antes era delito, hoy goza de licitud. Existe una corrupción macroeconómica globalizada.

- g) Se banaliza el derecho penal, considerándolo útil para cualquier objeto. El expansionismo del derecho penal no cesa.

Las consecuencias sociales, políticas y jurídicas de la globalización están en directa relación con la expansión hegemónica del neoliberalismo, pero vistas desde una perspectiva de poder represivo. No podemos negar que el Derecho Penal del Enemigo es producto de la conjunción de estos tres ámbitos.

El Derecho Penal del Enemigo es hoy una técnica legislativa que se aplica en todos los lugares donde el neoliberalismo haya extendido sus redes, puesto que al igual que la globalización es una de las herramientas de control y hegemonía de las que se vale⁷⁵.

⁷⁴ ZAFFARONI, E. ob. cit. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 192.

⁷⁵ En **España** se ha desarrollado una legislación procesal-penal (con un tránsito de la excepcionalidad a la generalización mediante su incorporación al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que ha posibilitado la exclusión de algunas garantías de los inculpados pertenecientes a la criminalidad organizada -básicamente, terrorismo y tráfico de drogas. Así, se han convertido los actos preparatorios en tipos autónomos; se ha creado la figura del terrorista "individual" (LO 7/2000, de 22 de diciembre); se ha vulnerado el criterio de proporcionalidad (LO 5/2000, de 12 de enero); se ha sancionado la libertad ideológica y la de expresión (LO 7/2000, de 22 de diciembre). Del mismo modo, al amparo del artículo 55.2 de la C.E., que permite que una Ley Orgánica pueda suspender los derechos del plazo de detención del artículo 17.2, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones de los apartados 2 y 3 del artículo 18 respecto a aquellas personas que presuntamente se hallen vinculadas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, se aprobaron Leyes Orgánicas que suprimieron garantías básicas de los detenidos y presos (LO 11/1980, de 1 de diciembre, y 9/1984, de 26 de diciembre).

2.- USA PATRIOT ACT Y CONSAGRACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO⁷⁶

Los sucesos acaecidos el 11 de septiembre de 2001 en EE.UU. marcaron al mundo y propiciaron un ambiente de inseguridad ciudadana total. La forma en cómo las autoridades reaccionaron fue con la exigencia del extremo retribucionismo que merece el terrorismo.

En **Italia** la Ley de 15 de diciembre de 2001, nº 438 y Decreto-Ley de 27 de julio de 2005, nº 144 es consecuencia, con algunas modificaciones, del Decreto-ley de 18 de octubre de 2001, nº 374 /10. Engloba un conjunto de disposiciones urgentes destinadas a contrarrestar el terrorismo internacional, en las que se extiende el concepto de terrorismo y se conceden nuevas competencias ilegítimas a la policía. Recientemente, utilizando como excusa el atentado en Londres de 7 de julio de 2005, el Consejo de Ministros italiano, elaboró un paquete de medidas urgentes contra el terrorismo internacional bajo el terrible y sospechoso formato de Decreto-Ley (nº 14 de 22-7-2005). Una normativa que huye del control judicial y quebranta derechos básicos como la presunción de inocencia, el derecho a la integridad física, a la seguridad, a la confidencialidad, a la dignidad personal, etc.

En **Francia** leyes: nº.2001-1062 de 15 de noviembre 2001, sobre seguridad cotidiana; ley n.66 de 19 de marzo de 2003 sobre seguridad interior; anteproyecto de ley antiterrorista de 2005. En Francia, la ley n.2001-1062 de 15 de noviembre 2001, sobre seguridad cotidiana, no sólo ha incrementado el poder policial de intervención en la esfera de la libertad personal de los ciudadanos, también ha extendido la competencia estatal en el control de las comunicaciones entre presuntos terroristas.

En el **Reino Unido**, la *Prevention of Terrorism* de marzo de 2005; el proyecto antiterrorista de octubre de 2005 y la *Anti-terrorism, Crime and Security Bill*, son la legislación que detenta las características de derecho penal del enemigo. Esta última, de diciembre de 2001, perfeccionó la Ley antiterrorista de 2000. Esa ley contenía disposiciones para combatir la financiación terrorista, medidas para el control de las comunicaciones, y concede competencias para expulsar a sospechosos de terrorismo en el Reino Unido, para detener a los que están pendientes de la deportación y para denegar el derecho de asilo. Además, habilita la revisión de los procesos de extradición y se confirma el aumento de las penas para aquellos que lleven a cabo comportamientos jocosos en relación con las amenazas terroristas.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "**El retorno del Derecho Penal al estado de naturaleza**". Revista Viento Sur. Número 83, noviembre de 2005, en <http://www.vientosur.info/sumarios/actual/index.php?x=83> pp. 33-38.

⁷⁶ Análisis dirigido por los textos de PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "**El retorno del Derecho Penal al estado de naturaleza**". Revista Viento Sur. Número 83, noviembre de 2005, en <http://www.vientosur.info/sumarios/actual/index.php?x=83> pp. 40-44., CARMONA RUANO, Miguel. "11 S: el impacto jurídico", en *Revista la Factoría*. Octubre-Enero 2003. Nº 19. www.lafactoriaweb.com/articulos/carmona19.htm., VILLEGAS DÍAZ, Myrna-LAVÍN ESPINOZA, Michel. **Terrorismo e intervención penal en la Red Internet. Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la represión penal del terrorismo**", en <http://derecho.universidadarcis.cl>. Secc. Apuntes docentes, documentos de investigación, julio 2005.

Nueva York, Washington y Pennsylvania fueron las ciudades escogidas el 11 de septiembre de 2001 por los terroristas como punto de ataque. No solo atacaron el ícono financiero y comercial del sistema neoliberal, además alcanzaron al Pentágono, con lo que se vio exacerbado al máximo el sentimiento de vulnerabilidad internacional ante los ataques terroristas.

Lo que sucedió en EE.UU. el 11 de septiembre de 2001, sufrió una ampliación mediática globaliza, que trajo como consecuencia la multiplicación de su alcance e impacto emocional.

La agresión fue de tal magnitud (magnificada mediáticamente por la globalización) que se generó una estruendosa súplica emocional mundial de castigo a quienes habían cometido tan aberrantes actos. El ataque terrorista repercutió en todo el mundo. Se convirtió en un fenómeno global e igualmente global fue y sigue siendo el alcance que a tenido la reacción.

La demolición de las Torres Gemelas no solo significó la brutal caída de los edificios símbolos de la ideología neoliberal, sino que –y verdaderamente alarmante- significó la total destrucción de los principios centrales de nuestra cultura jurídica que, desde hace ya un tiempo, venían vulnerándose a raíz de las nuevas políticas estatales e internacionales, por ejemplo, sobre la inmigración o la seguridad ciudadana.

Estados Unidos reaccionó con una represión inusitada, recurriendo para ello a la “razón de Estado” y al “estado de necesidad por encima de la ley”, argumentos legitimadores de cualquier actuación de tipo estatal⁷⁷. Esta sensación de lucha constante es percibida por toda la población mundial y traspasada a gran parte de ella.

⁷⁷ CARMONA RUANO, Miguel. “**11 S: el impacto jurídico**”, en *Revista la Factoría*. Octubre-Enero 2003. Nº 19. www.lafactoriaweb.com/articulos/carmona19.htm. pp. 3.

A una semana del ataque terrorista, el Congreso de los EE.UU. aprueba dos resoluciones:

- Resolución 107-39, que otorga la legitimación, por parte del Senado y la Cámara de Representantes, para responder a los ataques en términos bélicos.
- Resolución 107-40, que autoriza al Presidente para que haga uso de las Fuerzas Armadas contra **“las naciones, organizaciones o personas que, según determine, hayan planificado, autorizado, cometido o prestado apoyo a los ataques o amparado a tales organizaciones o personas, o para prevenir cualquier futuro acto de terrorismo internacional contra los Estados Unidos por parte de tales naciones, organizaciones o personas”**.

El 26 de octubre fue firmada por el Presidente Bush la que ya se conoce como "Ley Patriota" o la "USA Patriot Act" (USAPA) curioso nombre que se forma con las iniciales de su largo título: **U**niting and **S**trengthening **A**merica by **P**roviding **A**ppropriate **T**ools **R**equired to **I**ntercept and **O**bstruct **T**errorism.

La USA Patriot Act, es el reflejo nítido de que los atentados del 11 de septiembre de 2001 a EE.UU. son la excusa idónea para aumentar la violación a los DD.HH. con el fin de reprimir exacerbadamente las fuerzas de resistencia política al sistema neoliberal, en nombre de la “tan noble causa” de la lucha contra el terrorismo⁷⁸. Compartimos la opinión de Myrna Villegas, en la que expone que esta ley busca: *“evitar la pérdida de velocidad del proyecto neoliberal y de la hegemonía norteamericana. Asistimos a la creación de una enemigo al tiempo que*

⁷⁸ RIQUERT, Fabián L. – PALACIOS, Leonardo P. **“El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes”**. www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf., publicado en *La Ley*. Revista Universitaria. Año V. N° 3. Junio de 2003. pp. 3 y ss.

*se extiende en los países europeos el dispositivo de psicosis, de inculcación, de manipulación, de intimidación que sataniza a un enemigo ficticio. Su objetivo es romper con el movimiento disidente y sustituirlo por el frente unido contra el terrorismo, erradicar, en definitiva toda oposición a la estrategia de las fuerzas dominantes*⁷⁹.

El Derecho Penal del Enemigo está íntegramente consagrado en la USA Patriot Act. En ella se pueden encontrar todas las características y para analizarla recordaremos las características que tiene este tipo de legislación.

Definimos el Derecho Penal del Enemigo como *la creación normativa de exclusión y de exacerbado punitivismo que realiza el Estado, que reúne al conjunto de normas penales que apuntan a criminalizar no a un hecho sino al autor de un hecho -considerado como no-persona- sea que este efectivamente se haya realizado o se presuma como sospechoso de cometer y que constituye un amenaza constante a la seguridad de los ciudadanos y de la sociedad en que viven. Es el derecho que sanciona la peligrosidad de los sujetos a los que apunta y que por tanto tiene como fin proteger la seguridad de sus ciudadanos y por sobre todo, proteger la seguridad de la conservación y expansión del sistema que le da sentido, esto es, el sistema neoliberal, a costa de las garantías y derechos fundamentales que son inherentes al hombre por su sola condición de tal.*

Las características del Derecho Penal del Enemigo son:

- vii) **Anticipación de la punibilidad de aquellos actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros.**

⁷⁹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna-LAVÍN ESPINOZA, Michel. ***“Terrorismo e intervención penal en la Red Internet. Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la represión penal del terrorismo”***, en <http://derecho.universidadarcis.cl>. Secc. Apuntes docentes, documentos de investigación, julio 2005. Nota 77.

- viii) **Desproporcionalidad de las penas.**
- ix) **Restricción e incluso anulación de garantías y derechos procesales del imputado.**
- x) **Las leyes que componen al derecho penal del enemigo, más que ser normas penales, son normas de “lucha o combate”.**
- xi) **Restricción de derechos penitenciarios y endurecimiento de las condiciones de presidio de los enemigos.**
- xii) **Disminución de la edad de responsabilidad penal criminal.**

La USA Patriot Act es Derecho Penal del Enemigo, lo expresa innegablemente lo que esta “ley” consagra.

A grandes rasgos, la USA Patriot Act, extrema el establecimiento de normas que protegen la seguridad doméstica en contra del terrorismo discriminando, dando un trato que atenta contra toda legislación interna como internacional a los no-nacionales que están dentro de EE.UU. como aquellos que intentas ingresar a él, persiguiendo y considerando enemigos a todos los inmigrantes sean estos terroristas efectivamente como a aquellos que no tienen ningún tipo de vínculo con esta actividad. Además, se otorgan mayores facultades de investigación a la CIA y al FBI. Se proclaman, la jurisdicción universal de los tribunales estadounidenses para la persecución del terrorismo o su financiación⁸⁰. Se conceden poderes excepcionales de investigación al Fiscal General, según se trate de terrorismo internacional o domestico. Establece tribunales militares secretos. Y convierte en permanente un legislación de excepción.

El análisis particular de esta ley muestra lo siguiente:

⁸⁰ Hay que considerar que EE.UU. siempre a opuesto resistencia cuando se trata de la ratificación o firma de cualquier convenio internacional que someta sus asuntos a una jurisdicción distinta de la propia y, además, ha sido un abierto y hostil opositor al funcionamiento e implementación de la Corte Penal Internacional.

- a) Consagra un **poder absoluto del Estado de EE.UU. en su lucha contra la inmigración y la disidencia política** sin respetar las garantías penales y procesales para los imputados. Esto se refleja en que concede al FBI un amplio poder de acceso a expedientes personales (educativos, médicos, financieros, mentales), sin control judicial (Título V, Sección 507) atentando con ello contra el *principio de la igualdad ante la ley* (Art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸¹); ha incrementado la competencia del gobierno sobre las "investigaciones secretas" (Título IX, Secciones 901-905); otorga a las Fuerzas de seguridad el control, sin orden judicial, de todos los teléfonos o cuentas de Internet vinculadas a un supuesto terrorista; por otra parte, se exige a las empresas de Internet que permitan el acceso a los correos electrónicos del sospechoso; un agente puede conseguir el control de la comunicación electrónica mediante una orden judicial cuando argumente que es relevante para una investigación criminal (sobre la regulación de los sistemas de control de las comunicaciones electrónicas referentes a los sospechosos de terrorismo, el Título II, Secciones 201-225). Finalmente, se elevan las sanciones por actividades terroristas (Título VIII, Sección 810), y se controla el blanqueo de dinero (Título III, Secciones 301-303, Subtítulo A, Secciones 311-330. Sobre el secreto bancario Secciones 351-366).
- b) Se postula un **nuevo concepto de terrorismo que comprende al "terrorismo doméstico"**, y para ello se le otorga al Fiscal General y a la Secretaria del Estado la competencia para denunciar tanto a grupos políticos –domésticos-, como organizaciones terroristas pudiendo deportar a cualquier **no-ciudadano** que pertenece a ellas (sección 412). Es lícita la detención de un extranjero durante 7 días por ser sospechoso de terrorismo sin necesidad de presentar cargos contra él siempre que exista una

⁸¹ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

“mínima sospecha” de su vinculación terrorista (Secciones 219, 411, 212 (a y 3b)).

El concepto de **terrorista** que da la USA Patriot Act dice en su Sección 2 que el terrorista es “cualquier individuo que no sea ciudadano de Estados Unidos siempre que haya razones para creer que sea miembro o haya sido miembro de la organización Al Qaeda, que haya participado o ayudado o conspirado en la comisión de actos de terrorismo internacional, o en la preparación de los mismos, que hayan causado, amenazado con causar o que hayan tenido como meta causar, lesionar o afectar negativamente a Estados Unidos, sus ciudadanos, su seguridad nacional, su política exterior o su economía, o que haya albergado a sabiendas a uno o más individuos que hayan realizado alguna de esas actividades”⁸². Myrna Villegas, en relación al terrorismo doméstico que es un término muy amplio entendido como “actividades que implican actos peligrosos para la vida humana y que constituye una violación a los derechos penales de los EE.UU., o de cualquier Estado (Sección 802)”. Además, la autora señala que dicho terrorismo doméstico “*contempla también la prohibición de abrigar u ocultar terroristas mediante una incriminación genérica*”⁸³ que dice: “Quienquiera que abrige u oculta a cualquier persona a la que él sabe (conoce), o tienes razones para creer, ha cometido, o está a puntote cometer, una ofensa bajo la sección...”. (Sección 803).

- c) Otorga competencia de detención al Fiscal General del Estado basado en la **sospecha de amenazas a la seguridad nacional**. Esto implica un

⁸² A este respecto Villegas señala que la USA Patriot Act define como terrorista a “todo aquel que, individualmente o como miembro de una organización ha cometido, o incitado a cometer, en determinadas circunstancias, un homicidio o lesiones graves”. Se considera también terrorista “al que ha preparado el plan terrorista, proporcionado la información o solicitado fondos para actividad terrorista, o bien pudo conocer que la solicitud se dirigía esa actividad” (Sección 411).

⁸³ VILLEGAS DÍAZ, Myrna-LAVÍN ESPINOZA, Michel. “**Terrorismo e intervención penal en la Red Internet. Uso de las tecnologías de las información y las comunicaciones en la represión penal del terrorismo**”, en <http://derecho.universidadarcis.cl>. Secc. Apuntes docentes, documentos de investigación, julio 2005. Nota 77.

persecución devastadora y aberrante en contra de los inmigrantes, puesto que se catalogan como “**enemigos públicos**”. La Sección 412 se refiere a los inmigrantes responsables de un ilícito o de una violación de la legislación sobre inmigración. Se habilita la práctica de detenciones indefinidas de **no-ciudadanos-no-terroristas** que no tengan visa en el caso de que no puedan ser deportados a su país de origen por ser apátridas. Evidentemente en estos casos no existe ningún móvil terrorista. Un extranjero que no ha sido expulsado puede ser detenido por un periodo de seis meses, y el Fiscal General puede revisar la situación cada seis meses. Se regula la detención de los no-ciudadanos que esperan la deportación, basada, simplemente, en la certificación del Fiscal General del Estado de que tiene "argumentos razonables para creer que" el no-ciudadano pone en peligro la seguridad nacional. Los no-ciudadanos que no posean el visado podrían ser detenidos indefinidamente si son apátridas, o si su país de origen rechaza aceptarlos, o existe en él el riesgo de tortura (Sección 236).

- d) Establece **Tribunales Militares “neutrales” y secretos**. Respecto de las detenciones indefinidas, la Administración Norteamericana, sólo se ve obligada a crear un “**tribunal neutral**” para satisfacer determinadas demandas –habeas corpus- de los detenidos. Esto propicia la tortura y el desprecio por los derechos de los detenidos. Hay que considerar, que el “tribunal neutral” creado para la revisión de la condición de combatiente enemigo (terroristas) tiene las siguientes características: i) lo integran tres militares; ii) invierte la carga de la prueba; iii) no hace valer el derecho a la presunción de inocencia; iv) no se puede escoger libremente, por parte del imputado, un defensor, sino que es el Gobierno norteamericano el que se lo otorga previamente, específicamente El Pentágono; v) deben demostrar los acusados su desvinculación con el terrorismo; vi) no respetan el principio de legalidad penal y procesal; vii) no tienen un procedimiento previamente

establecido; viii) no se aplican las garantías constitucionales ni las consagradas por los DD.HH. Esto entre otras cosas.

El Presidente Bush, el 13 de noviembre de 2001, dio la orden para que se instauraran **Tribunales militares secretos** que se ocuparían de juzgar a los no ciudadanos acusados de terrorismo, incluso pudiendo desplazarse al lugar del nacional para juzgarlo. En ellos, es el propio Presidente quien decide quién debe ser juzgado militarmente; se admite la detención indefinida de los no-ciudadanos acusados de terrorismo; éstos no tienen derecho de apelación pero sí pueden disponer de letrado. Se trata, en definitiva, de un juicio secreto carente del principio de presunción de inocencia, en el que los autos son secretos y del que sólo se informará del nombre y la condena final (que puede llegar a ser la de muerte). Para la condena basta con el voto de dos tercios de los miembros del tribunal (Inciso A de la Sección tercera).

Estos tribunales secretos, como cualquier tribunal secreto, va en contra del derecho al debido proceso, consagrado en las declaraciones internacionales de DD.HH⁸⁴.

Cabe destacar, que la orden dada por el Presidente Bush prescindió de la autorización del Congreso, de la formal declaración de guerra y de todos los principios internacionales.

Cuando la USA Patriot Act estaba cercana al término de su mandato (diciembre de 2005), se presentó otro proyecto de legislación antiterrorista que se **USA Patriot Act II**⁸⁵, en la que a juicio de Portilla Contreras *“se acrecientan aún más las competencias del gobierno y las prerrogativas policiales en detrimento del control judicial”*⁸⁶. Sus características son:

⁸⁴ Artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸⁵ La USA Patriot Act II finalmente no entró en vigencia ya que el Senado norteamericano no la aprobó.

⁸⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *“El retorno del Derecho Penal al estado de naturaleza”*. Revista Viento Sur. Número 83, noviembre de 2005, en <http://www.vientosur.info/sumarios/actual/index.php?x=83> pp. 43.

a) Se admiten detenciones indefinidas hasta conseguir la existencia de indicios de criminalidad contra esa persona. Esto es, no se priva de libertad a un sujeto cuando hay razones para pensar en su participación en un hecho delictivo sino que, sin concurrir esas pruebas, se le detiene hasta encontrarlas.

b) Se concede al gobierno la facultad de retirar la ciudadanía al ciudadano americano relacionado con una organización terrorista o que la apoye así como se permite la revocación del estatus de residencia legal.

c) Se pretende crear una base de datos mediante la detección del ADN de los extranjeros sospechosos de determinados delitos o de los propios ciudadanos norteamericanos que se piense han tenido alguna relación con el terrorismo (Secciones 301-306. La sección 311 permite la indagación sobre la afiliación política y religiosa).

d) Se oficializan las detenciones secretas en el ámbito de la investigación antiterrorista, por lo que la lista de los detenidos no puede ser consultada por un ciudadano estadounidense al amparo de la *Freedom of Information Act* (Sección 201).

e) Se autorizan a la par detenciones y extradiciones de ciudadanos, tanto residentes legales como extranjeros, a países sin tratados de extradición, sin valorar si en los mismos se respetan o no los derechos humanos (Sección 322).

f) Se prevén deportaciones sumarias sin evidencia de delito, incluso para residentes legales, siempre que se decida que es una amenaza para la seguridad nacional (Sección 503 y 506).

g) Incrementa las competencias del FBI al concederle la facultad de investigar en países extranjeros y el acceso a informes confidenciales sin consentimiento ni proceso judicial (Sección 126).

El último proyecto de legislación antiterrorista que EE.UU. propició y que fue aprobado por el Congreso de Estados Unidos el 29 de septiembre de 2006 es la **USA Patriot Act III**. Esta nueva ley antiterrorista plantea entre las medidas que causan mayor preocupación, en palabras de José Miguel Vivanco, director ejecutivo para América de Human Rights Watch, al diario El Mercurio⁸⁷:

- **Eliminación del habeas corpus:** *“Las personas no tienen la posibilidad de revisar su detención, que podría ser perfectamente arbitraria, ni tampoco las condiciones de su detención”.*
- **Combatiente enemigo:** *“La expansión de este concepto contradice uno de los principios más elementales de las convenciones de Ginebra: entender que hay blancos militares legítimos, y que el resto son civiles que merecen todo tipo de protección. La nueva definición de combatiente hace perfectamente legal matar en terreno a, por ejemplo, médicos, cocineros o choferes, como blancos militares legítimos”.*
- **Torturas:** *“Permite el uso de evidencia que se ha obtenido sobre la base de tratamientos crueles, inhumanos, degradantes, y pone la carga de la prueba en el detenido. Es decir, es el prisionero quien tiene que demostrar que la evidencia usada en su contra no es confiable”.*

⁸⁷ Publicado en el diario El Mercurio el día sábado 30 de septiembre de 2006, cuerpo A página 8.

- **Inmunidad:** *“Le da inmunidad a la CIA respecto de todos los crímenes cometidos ante de diciembre de 2005, y respecto de ciertas categorías de crímenes de guerra en el futuro”*

Todo lo expuesto, nos lleva a concluir que la USA Patriot Act, no es otra cosa que la expresión máxima del denominado Derecho Penal del Enemigo, pues interioriza todas sus características y se adecua al contexto político y social que legitima al Derecho Penal del Enemigo. Todos los principios del Derecho Penal se ven infringidos, las convenciones de DD.HH, el Estado de derecho y los principios del Estado democrático.

Es inevitable compartir con Myrna Villegas cuando expone que **“puede afirmarse con toda seguridad que el concepto de terrorismo diseñado por EE.UU. es más un concepto “político militar” que jurídico⁸⁸”**. Esto lo vemos claramente si entendemos que la USA Patriot Act es la respuesta política a aquellos que atentan contra la instauración de la ideología neoliberal en forma total y absoluta.

Innegablemente, el Derecho Penal de Enemigos, es una realidad.

⁸⁸ VILLEGAS DÍAZ, Myrna-LAVÍN ESPINOZA, Michel. **“Terrorismo e intervención penal en la Red Internet. Uso de las tecnologías de las información y las comunicaciones en la represión penal del terrorismo”**, en <http://derecho.universidadarcis.cl>. Secc. Apuntes docentes, documentos de investigación, julio 2005. pp. 123.

CAPÍTULO III:

CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA Y SOCIAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

1.- ¿QUIÉN ES EL ENEMIGO? MARCO TEÓRICO.

Se ha definido al derecho penal del enemigo como *la creación normativa de exclusión y de exacerbado punitivismo que realiza el Estado, que reúne al conjunto de normas penales que apuntan a criminalizar no a un hecho sino al autor -considerado como no-persona- de un hecho, sea que este efectivamente se haya realizado o se presuma como sospechoso de realizar y que constituye una amenaza constante a la seguridad de los ciudadanos y de la sociedad en que viven. Es la legislación que sanciona la peligrosidad de los sujetos a los que apunta y que por tanto tiene como fin proteger la seguridad de sus ciudadanos y por sobre todo, proteger la seguridad de la conservación y expansión del sistema que le da sentido -el sistema neoliberal- a costa de las garantías y derechos fundamentales que son inherentes al hombre por su sola condición de tal.*

1.1) CONTEXTO GENERAL.

El Derecho Penal del Enemigo es una consecuencia inmediata, directa y necesaria del proceso en que universalmente nos encontramos.

Los supuestos sobre los que se cimienta el Derecho Penal del Enemigo son:

- g) Las pretensiones absolutistas del sistema neoliberal. Esto se entiende desde la perspectiva de que no es posible un Derecho Penal no autoritario como lo expone Zaffaroni⁸⁹. El sistema neoliberal necesita hegemonizar su ideología y castigar a quienes no están insertos en él. La disidencia ideológica es categóricamente repudiada por el neoliberalismo, por lo que se crea una legislación de lucha acorde a esas necesidades como lo es el Derecho Penal del Enemigo.
- h) Eficacia preventiva del Derecho Penal del Enemigo⁹⁰. La autoridad le transmite a la opinión pública que la dureza con la que trata a los enemigos tiene efectos preventivos efectivos. Las sanciones tienen un carácter preventivo –objetivo que en la práctica no cumplen- y por eso las penas son ejemplificadoras (legitimación pretendida por la autoridad).
- i) La sociedad en la que se aplica el Derecho Penal del Enemigo propicia la existencia de un Estado de emergencia permanente, es por esto que la legislación que se aplica posee esa característica de emergencia y excepcionalidad.
- j) Necesidad de un Estado democrático legitimante. El Derecho Penal del Enemigo obtiene su legitimación de la opinión pública. Es ésta la que exige a la autoridad que tome medidas para obtener seguridad o para protegerla. La legitimidad se obtiene porque la propia autoridad crea un

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?* en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, pp. 1077-1091.

⁹⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Editorial COLEX, Madrid, 2001. pp. 131-149; LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Siglo Veintiuno de España Editores S.A., Madrid, 1990. pp. 94-96.

ambiente de inseguridad ficta en la población con el objeto de que esta apoye las medidas que se tomarán en contra de quienes dicha autoridad califique como enemigos.

- k) Criminalización exacerbada de la violencia social. Es parte de crear un ambiente de inseguridad, riesgo y peligro social, político, económico o cultural. Cualquiera que genere un conflicto social o que tenga algún tipo de reivindicación social será considerado enemigo porque la ideología y principios que imperan son los que impone el neoliberalismo y son excluyentes.

- l) Violación de los Derechos Humanos fundamentales cuando existe conflicto entre bienes jurídicos como la seguridad y la libertad. Existe una abierta vulnerabilidad de los derechos humanos respecto de las necesidades de expansión del neoliberalismo.

El neoliberalismo, supone como herramienta necesaria la expansión de su ideología, de sus aspiraciones; es un sistema que por definición debe ser total y hegemónico, que todo debe convertir en mercancía⁹¹ para estabilizarse y crecer. Es por esto que, inevitablemente, para desplegar su estrategia de acción ha necesitado de la **violencia contra aquellos que el mismo sistema margina**, pues como bien lo expone Zaffaroni, *“la exclusión –no la pobreza- genera mayores cuotas de violencia social, pues ella misma es violencia estructural”*⁹².

Esta marginación no es contra los explotados por el sistema, ya que estos le sirven y están dominados por él, sino que contra los **excluidos**, contra aquellos que no son funcionales para el pensamiento neoliberal porque no son parte del

⁹¹ RIQUERT, Fabián L. y PALACIOS, Leonardo P. **“El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes”** en *Revista Universitaria La Ley*. Año V, N° 3, junio de 2003. pp. 2-3

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En Torno de la Cuestión Penal**. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 197.

sistema productivo. En palabras de Riquert, y en relación al origen del Derecho Penal del Enemigo, podemos decir que *“el sistema capitalista no puede pacíficamente “desarrollarse” ya sin oposición, puesto que es básicamente un sistema basado en la explotación, y como tal –más allá de la gran capacidad de resignificar los sentidos de las oposiciones a su favor- es bastante comprensible que genere rechazos⁹³”*.

En términos generales, el enemigo es el **excluido y el opositor al sistema productivo actual**, porque hay una posibilidad real de atentar contra la hegemonía del sistema neoliberal imperante. Es tal la exclusión que genera el sistema que la cantidad de enemigos crece a diario. Ante esta inseguridad y riesgo, el sistema reacciona y se defiende. La definición que hace, Carl Schmitt, refuerza esta idea sobre el concepto de enemigo, exponiendo que: *“Enemigo es sólo un conjunto de hombres que combate, al menos virtualmente, o sea sobre una posibilidad real, y que se contrapone a otro agrupamiento humano del mismo género. Enemigo es sólo el enemigo público, puesto que todo lo que se refiere a semejante agrupamiento, y en particular a un pueblo íntegro, deviene por ello mismo en público⁹⁴”*. De lo anterior se desprende que los grupos humanos que se enfrentan o combaten son del mismo género, supuesto que en principio y que doctrinariamente el Derecho Penal del Enemigo niega. Como ya explicaremos y analizaremos más adelante, el sujeto a quién se dirige el derecho penal del enemigo es una **no-persona**, que combate a la sociedad toda compuesta por **personas**.

Los “enemigos”, en oposición a lo que se pretende hacer pensar por los diferentes medios de comunicación masiva y mediante los mensajes “simbólicos” que se entregan a través de la creación de normas en contra de ellos, no atentan contra la democracia, ni es su objetivo que esto ocurra, por el contrario, son

⁹³ RIQUEERT, Fabián L. y PALACIOS, Leonardo P. ob. cit., junio de 2003. pp. 3.

⁹⁴ SCHIMITT, Carl. **“El concepto de los político”** en www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre1/_2004/poder/modulo3/clase2/doc/concepto.doc, pág. 1

sujetos que exigen, directa o indirectamente, que la democracia sea efectiva. La excepción a esto son los terroristas, como se explicará más adelante.

Es necesario comprender que las únicas personas consideradas enemigos que no buscan el cambio del sistema productivo actual, pero que, sin embargo, el sistema neoliberal igual ataca como enemigo, son los narcotraficantes. Estos no tienen una consideración ideológica de por medio, pero son un atentado real al sistema neoliberal, porque tienen el control de un mercado que el capitalismo no está condiciones de manejar y que produce riquezas que pueden corromper hasta al más férreo neoliberal, ya que están en condiciones de entregar a cambio lo que el neoliberalismo promueve, el **capital**.

No es tan lejana la idea, y ese es el temor de quienes controlan los mercados “lícitos”, de que en la medida que los narcotraficantes generen riquezas, éstas, en alguna medida, podrían ir en ayuda de algunos grupos anticapitalistas. Este tema será desarrollado con más profundidad más adelante.

Para Jakobs, el Estado puede proceder, en uso de su *ius puniendi*, de dos formas contra quienes delinquen⁹⁵:

- a) Considerar que quien delinque es ciudadano, cuyo trato implica esperar hasta que éste exteriorice su hecho para reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad. A esto se le llama *trato con el ciudadano*.
- b) Considerar que quien delinque es un enemigo, cuyo trato implica interceptarlo muy pronto en el estadio previo y combatirlo por su peligrosidad. A esto se le llama *trato con el enemigo*.

⁹⁵ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel. **Derecho Penal del Enemigo**. Editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 42- 43.

En la tesis de Jakobs, es muy relevante saber frente a qué sujeto se encuentra el Estado cuando aplica una pena o una acción penal (legislación penal), puesto que de ello dependerá si aplica el trato de ciudadano y en consecuencia, el Derecho Penal del ciudadano a quien es persona, o si por el contrario, aplica el trato de enemigo y en consecuencia el Derecho Penal del Enemigo a quien es no-persona o enemigo. Günther Jakobs, para referirse al enemigo, hace una diferencia entre ciudadano y no ciudadano. El **no ciudadano es el enemigo**. La diferencia en la praxis es importante para discernir el tipo de legislación que se le va aplicar a cada sujeto dependiendo de su categoría o clasificación: Derecho Penal del Ciudadano o Derecho Penal del Enemigo.

1.2) ¿A QUIÉNES SE DIRIGE EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO? LA PERSONA Y EL CIUDADANO SEGÚN GÜNTHER JAKOBS.

Indiscutiblemente, el derecho es quebrantado. Las normas son transgredidas de diversas formas y por distintos actores, y frente a esto el Estado reacciona.

El Derecho Penal del Ciudadano, tal como su nombre lo indica, es el derecho dirigido a los ciudadanos, es decir, en términos generales, a aquellos que en su vida diaria, se conducen según el derecho lo establece.

El Derecho Penal del Ciudadano, es el tipo de reacción que el Estado tiene frente a quienes poseen determinadas características. Es la presencia de estas últimas las que según Jakobs le dan el carácter de persona o ciudadano a un determinado sujeto y es por eso que se le hace aplicable este tipo de legislación.

Según la tesis de Jakobs, para entender quién tiene el carácter de persona, se debe tener claro a quienes se aplica, en consecuencia, el Derecho Penal del Ciudadano, por lo que es pertinente enunciar algunas características y supuestos sobre los que es aplicable este tipo de legislación penal y posteriormente, qué es lo que otorga el carácter de persona a determinado individuo.

En términos generales, el Derecho Penal del Ciudadano entiende el **delito** como “una afirmación que contradice la norma” y a la pena que se le aplica a un delito como “*la respuesta que confirma la norma que se transgredió*”⁹⁶. Jakobs, sostiene que lo que hace el Derecho Penal del Ciudadano a través de la tipificación del delito y de la pena que éste conlleva es “*contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad*”⁹⁷. De esto se infiere que lo que en este caso se hace es, en definitiva, confirmar la identidad social que se vio transgredida. Pero ¿cómo se adquiere la identidad social? A través de la adquisición del estatus de persona de los distintos sujetos. Este estatus es determinado por la capacidad comunicacional, que tienen los sujetos, de internarse en la sociedad, por lo que quienes desarrollan mal o defectuosamente este proceso de comunicación serán considerados delincuentes hasta no-personas.

De lo anteriormente expuesto subyace la idea de entender al delito como una “comunicación defectuosa” cuya imputabilidad se le otorga al autor como culpa suya⁹⁸. En el Derecho Penal del Ciudadano, Jakobs, no responsabiliza del delito o de la comisión de éste a la sociedad, sino que culpa abiertamente al autor de él como responsable y culpable de la acción delictiva, atribuyéndole la incapacidad de llevar a cabo un proceso de comunicación personal completa, pues delinquir es atentar contra la identidad social.

⁹⁶ JAKOBS, Günther. ***Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional***. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 18.

⁹⁷ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 18.

⁹⁸ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 18.

El hecho de que se cometa un delito no significa que quien lo cometió pierda su categoría de persona y así lo entiende Jakobs cuando enuncia el Derecho Penal del Ciudadano, exponiendo que la persona que en algún momento cometió un delito, a pesar de atentar contra la identidad social, no pierde su carácter de persona ya que la pena que se le impone como sanción tiene como objetivo confirmar su identidad social y la autocomprobación (mantenimiento) del sistema social en cuestión⁹⁹.

Cabe preguntarse entonces ¿cuál es la función del Derecho Penal del Ciudadano? Jakobs responde a esta pregunta: *“el Derecho Penal reestablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma”*¹⁰⁰. Esto significa que su función es **representar la identidad no modificada de la sociedad**, es decir, que los consensos que las personas han tomado se confirman a través de la pena cuando alguna persona comete un delito y los transgreden, puesto que estos (los consensos) no han sido modificados.

Como ya se expresó, el Derecho Penal del Ciudadano, a través de la tipificación del delito y de la sanción que impone la pena, lo que pretende es confirmar la vigencia de norma, pero Jakobs añade que esta confirmación de la identidad normativa cumple además, la función de **resolver un problema social**¹⁰¹. Esto se entiende así porque para la teoría funcionalista a la que Jakobs adhiere, la constitución de la sociedad y de las personas tiene lugar a través de normas¹⁰².

⁹⁹ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 18.

¹⁰⁰ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 19.

¹⁰¹ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 20.

¹⁰² JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 20.

Desde la perspectiva de que el Derecho Penal del Ciudadano tiene como función el resolver un conflicto social, por un lado, y que por el otro, la constitución de la sociedad y de las personas tiene lugar a través de normas, se debe entender que la justificación de la sanción que impone el Derecho Penal del Ciudadano pasa por considerar que no se puede tener la certeza de cuál es la voluntad correcta (conducta correcta) que debe detentar un sujeto. Al ser indemostrable esta voluntad correcta se debe recurrir a normas penales que determinen el “debido actuar de la voluntad” y junto con ello permitan garantizar a través de la sanción (pena) el que el debido comportamiento no se vulnere¹⁰³. De acuerdo con esta idea se puede decir que lo que diferencia a una persona de una no-persona (enemigo) es que en el primer caso, el cometer un delito implica un “defecto volitivo aislado”¹⁰⁴ de la voluntad expresado en el comportamiento delictivo, pero este no hace temer *per se* consecuencias negativas derivadas de él; mientras que en el segundo caso el delito es expresión de una voluntad defectuosa basada en un conocimiento defectuoso, que es señal de incompetencia y que conlleva en mayor o menor medida una “poena naturalis”¹⁰⁵.

Como antes se expresó, el Derecho Penal del Ciudadano y las consecuentes normas que emanan de él intentan otorgar una especie de manual de “*buenas o correctas conductas del ciudadano*”. Esto puede llevar a cuestionar las libertades que se otorgan a las personas, es decir, que lo que en realidad se hace con este tipo de manual de buenos comportamientos es restringir las libertades de las personas, otorgándole al Estado un intervencionismo tal capaz de anular la real manifestación de la voluntad de las personas a las que se dirige. Ante esta crítica, Jakobs, sostiene que no es cierto que una teoría funcionalista limite la libertad de los sujetos y, menos aún, que las normas que se dicten entorpezcan la libertad de los sujetos. El funcionalismo sostiene que un sujeto es libre en la medida que ese valor este dado por la sociedad o mejor dicho, en la

¹⁰³ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 25.

¹⁰⁴ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 28.

¹⁰⁵ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 28.

medida que sea capaz de transmitirlo por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante en la autodescripción de la sociedad. La objeción que el mismo Jakobs hace a esta noción de sujeto libre es que *“un sujeto libre “cuasi” por gracia de la sociedad es demasiado poco, que éste no debe ser fundamentado de modo derivativo, sino que debe constituir el principio y el objetivo, es decir, que debe ser necesariamente el contenido principal en la empresa “Derecho Penal”*¹⁰⁶.

De lo anterior se infiere que Jakobs le otorga al proceso de comunicación no sólo la constitución de la sociedad y de las personas, sino que además y en forma exclusiva, el mérito de generar **libertad** en los sujetos, sosteniendo que *“sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres”*¹⁰⁷. Reforzando esta idea Jakobs expresa: *“sin una sociedad en funcionamiento no hay más que un cúmulo casual de individuos humanos que, al carecer de algún común de carácter vinculante no conocen mundo objetivo y por ello no pueden traspasar el marco de sus respectivas percepciones individuales”*¹⁰⁸.

El concepto de persona en el Derecho Penal del Ciudadano implica dos ámbitos concretos. Por un lado está el ámbito de la comunicación de la que tiene que ser parte el sujeto (subjetivo) y, por el otro, está el ámbito de lo normativo (manual de buenas conductas).

En relación con el primer ámbito de la comunicación, se entenderá que la persona es un sujeto mediado por lo social¹⁰⁹. En palabras de Jakobs, *“significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no*

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 30.

¹⁰⁷ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 33.

¹⁰⁸ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 32.

¹⁰⁹ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 50.

*es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible*¹¹⁰.

En el ámbito normativo (objetivo), Jakobs sostiene que un sujeto se vuelve partícipe de una sociedad, es decir, se define como persona cuando es representado comunicativamente como relevante, esto es, cuando son definidos por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, o sea al menos *una* norma, puesto que con ello ya tienen un rol (papel) que representar (sin importar la insignificancia que este tenga)¹¹¹.

El funcionalismo en que se basa Jakobs, supone que el conocimiento subjetivo de un ser humano no se puede adquirir de modo directo, sigue siendo inaccesible. Es por esto que las intenciones se deben evaluar de acuerdo a la vida y las manifestaciones que se tienen al transcurrir la vida y el tiempo¹¹². Pero ¿cómo solucionar esta situación de desconocimiento y subjetividad? Este desconocimiento se soluciona cuando se conoce el sistema de normas que una determinada persona considera vinculante. En palabras de Jakobs, *“La subjetividad de un ser humano, ya per definitionem, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones es decir de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes. Tomado de forma aislada todo comportamiento puede ser interpretado de distintas maneras. Siendo esto así, un comportamiento actual de otro sólo puede ser interpretado en atención a su posible sentido subjetivo cuando se conoce exactamente la vida del sujeto que lo realiza; e, incluso cuando se fundamente de modo sólido esta interpretación, lo subjetivo en sí mismo sigue siendo inaccesible (...) La situación cambia, desde luego, cuando se conoce cuál es el sistema de normas que el otro considera vinculante*¹¹³.

¹¹⁰ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 50-51.

¹¹¹ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 51.

¹¹² JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 51-52.

¹¹³ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 51-52.

Una vez que se conoce el sistema normativo –sistema que fija de modo objetivo si un comportamiento significa una infracción de la norma o algo inocuo¹¹⁴- que provoca una vinculación entre los sujetos, se podrá definir cuándo hay una conducta defectuosa o un quebrantamiento de un rol, puesto que para Jakobs, *“las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta aspectos individuales. Pues como estas expectativas (como todas) se dirigen a personas, es decir, a portadores de un rol, el requisito mínimo de una defraudación es el quebrantamiento de un rol”*¹¹⁵.

Una vez considerado todo lo anterior, cabe preguntarse ¿dónde se desarrolla el Derecho Penal del Ciudadano? La respuesta a esto dice relación con la consideración de todos los antecedentes que hacen a un sujeto persona según Jakobs. Para él, el Derecho Penal del Ciudadano se desarrolla en la comunicación y no en la conciencia individual de los sujetos. Sus actores son personas –desde el autor hasta el juez- y quienes los determinan como tal es la sociedad y no el sentimiento individual de cada sujeto. Jakobs sostiene que es condicionante para una sociedad que se jacta de respetuosa con la libertad de sus actores, el que se personalice a los sujetos y, en consecuencia, el Derecho Penal que se le aplica o destina ellos (personas) debe respetar esa condición que se ha obtenido por medio de los procesos de comunicación personal desde y a través de la sociedad¹¹⁶.

El Derecho Penal del Ciudadano, en definitiva, será aplicable a quienes completen el proceso de comunicación personal al que Jakobs le atribuye la facultad de definir y convertir a los sujetos como personas.

¹¹⁴ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 53.

¹¹⁵ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 54-55.

¹¹⁶ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 67.

¿Qué se entiende por comunicación personal y cuáles son los supuestos en los que se cimienta?

El principal supuesto para que se den las condiciones de una comunicación personal es que la comunicación se de entre sujetos iguales. En esta misma línea se interpreta al delincuente como a una persona que, como igual, expresa un sentido que tiene validez general y que se ve contradicho con la pena; además está vinculada a una concepción que si bien está deformada, en la sociedad no aparece, o no sólo, como comunicación instrumental sino también como comunicación que reconoce, esto es, comunicación personal¹¹⁷. En este sentido, Jakobs, diferencia entre comunicación instrumental y comunicación personal, siendo esta última la que otorga el estatus de persona a un sujeto determinado.

La diferencia entre la comunicación personal y la instrumental es que, en el entendido de Jakobs, esta última es aquella que puede servir a alguna finalidad o no, pero en todo caso, el participante, no se encuentra obligado a nada (trato comparable con una máquina)¹¹⁸; en cambio, la comunicación personal es aquella que reconoce al otro como un igual, como una persona, es decir, como alguien racional que se ha incorporado al contrato social¹¹⁹.

¿Cómo se desarrolla el proceso de convertirse en persona?

En el estado de naturaleza (Hobbes) no existe un mundo objetivo (normativo) y por ello los sujetos que se relacionan no son personas, solo existe un tipo de comunicación instrumental.

Para iniciar el proceso de comunicación personal y consecuentemente con ello, la transformación en persona debe existir una relación entre sujetos y mediar

¹¹⁷ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 69.

¹¹⁸ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 70.

¹¹⁹ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 70.

entre ellos el reconocimiento de, al menos, una regla que los conduzca y que puedan invocar. Jakobs, sostiene que estos supuestos son necesarios y así lo explicita diciendo: *“la relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Tal regla es una norma social en sentido estricto: si se infringe, ello significa elegir una configuración del mundo de cuya toma en consideración había sido precisamente exonerado el otro”*¹²⁰.

La importancia, en la teoría de Jakobs, de transcurrir desde el estatus de individuo al de persona, radica en que cuando esto pasa hay un reconocimiento, por parte de quienes aceptan al menos una norma (regla) independiente de sus preferencias (norma social), de los otros seres (que también reconocen la norma social) como iguales a ellos mismos; y más importante aún, se convierten y reconocen en sí mismos, seres libres poseedores de una **“voluntad que es libre”**¹²¹, esto es, “que se concibe como un centro que ya no se limita a la administración de las propias preferencias”¹²². Es razonable deducir, a partir de lo recién expuesto, que Jakobs, reconoce a una ser libre sólo en la medida en que es parte integrante del sistema normativo que las otras personas también reconocen. La libertad sería a juicio de Jakobs, el limitar los deseos individuales a lo que se reconoce como normas sociales. Jakobs expone lo anterior de la siguiente manera: *“Lo que interesa primordialmente es lo siguiente: el individuo emprende algo que sólo tiene sentido si no se encuentra solo en el mundo. Así acepta a los otros como seres iguales a sí mismos y se ve a sí mismo (de otra manera esto sería imposible) como la “voluntad que es libre”, es decir, que se concibe como un centro que ya no se limita a la administración de las propias preferencias”*¹²³.

¹²⁰ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 79.

¹²¹ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 79.

¹²² JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 80.

¹²³ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 79-80.

El reconocimiento del sujeto de sí mismo como persona requiere de dos elementos:

- i) Estar mediado por lo normativo (reconocer al menos una norma como vinculante).
- ii) Mantener su propia autorreferencia como algo particular, pues solo así, el otro podrá ver el rol que ese sujeto desempeña en la sociedad.

Esto dos elementos son los que diferencian a la comunicación instrumental de la personal. Jakobs lo expone de la siguiente forma: *“Solo ante el perfil de otro sujeto puede comprenderse el sujeto a sí mismo, naciendo del mismo fundamento lógico que el otro; es decir, de la definición de una norma en sentido estricto que se encuentra “entre” ellos. En la mayor parte de los casos se va más allá de una norma, pero siempre son las normas las que constituyen la relación entre sujetos. Estas normas son el mundo objetivo; objetivo porque determinan la comunicación y lo hacen con independencia de las preferencias actuales de cada individuo”*¹²⁴.

La aceptación de la norma vinculante es un proceso psíquico, pero no es suficiente para construir una sociedad sobre él. Esto quiere decir, en palabras de Jakobs, que *“desde el punto de vista de la sociedad no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de si mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir a los individuos como personas”*¹²⁵.

Cabe preguntarse, después del análisis de la adjudicación del estatus de persona, quiénes son los detentadores de los derechos en la sociedad y particularmente en el Derecho Penal del Ciudadano. La respuesta que otorga

¹²⁴ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 80.

¹²⁵ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 81.

Jakobs a esto es: ***“El Derecho se establece para aquellos que pueden ser caracterizados como personas en Derecho”***¹²⁶.

Para terminar lo referido respecto de la adjudicación del estatus de persona, Jakobs reflexiona lo siguiente: *“Es el correspondiente complejo de normas el que constituye los criterios para definir lo que se considera una persona. En la práctica, un sujeto es siempre persona en muchos sentidos, debido a que desempeña diversos roles. La identidad subjetiva está más conseguida cuanto más clara es la línea que sigue la persona que se representa; ciertamente, una línea absolutamente recta puede ser muestra de incapacidad de evolucionar, pero las rupturas violentas evidencian hipocresía”*¹²⁷.

Quien delinque se transforma en un hipócrita pues reniega del papel o rol que socialmente ha adquirido, puede que esta hipocresía sea solo excepcional, caso en el cual se aplica el Derecho Penal del Ciudadano, pero en caso contrario, es decir, no es un comportamiento excepcional sino recurrente y continuo, entonces habrá una transformación en enemigo de la sociedad y con ello la pertinente aplicación del Derecho Penal del Enemigo.

1.3) ¿QUIÉN ES EL ENEMIGO PARA JAKOBS? LAS NO-PERSONAS Y SU FUNDAMENTO FILOSÓFICO.

¿Quién es el enemigo para Jakobs?

Son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización se han apartado probablemente de manera

¹²⁶ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 82.

¹²⁷ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 83.

duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona¹²⁸.

De la conceptualización de enemigo que otorga Jakobs se desprende en forma evidente que la principal característica que otorga al enemigo la calidad de tal es **“no prestar la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”**.

Pero, en qué se traduce esta inexistencia de garantías cognitivas mínimas. Gracia Martín lo expone en forma clara y concreta exponiendo que los enemigos para Jakobs, tienen una actitud de *“negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia”, y por ello, representarían “peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad”, o quebrantos de normas “respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son especialmente vulnerables, más allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual”. En definitiva, pues, los enemigos son individuos que se caracterizan primero, porque rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, y, segundo, a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, es decir, su comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad. Dicho de otro modo: “si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal –determinados por derechos y deberes-, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello*

¹²⁸ JAKOBS, Günther- CANCIO MELIA, Manuel. **Derecho Penal del Enemigo**. Thomson, Civitas, Cuadernos Civitas. Madrid. 2003 pp. 39-40.

*significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, del enemigo*¹²⁹.

Un individuo llega a convertirse en enemigo cuando se aparta de manera duradera del derecho social que rige a la sociedad a la que pertenece según lo explicita Jakobs.

El camino que debe recorrer un individuo para convertirse en enemigo esta dado por la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva, pero en sobremanera por pertenecer a organizaciones que se enfrentan al derecho y ejercer cualquier tipo de actividad que lo vinculen a ellas¹³⁰. Jakobs reafirma esta idea exponiendo que *“hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona”*¹³¹.

Cuando el individuo cae en la reincidencia, reniega del orden jurídico al que adhirió a través de su consentimiento al pacto social. Por lo tanto, enemigo es quien rompe con el contrato social, el que lo infringe de una forma determinada y conciente y no pretende retraerse de esa conducta. Esto le quita la calidad de persona y, en consecuencia, no participa de los beneficios que ese carácter le otorga¹³².

¹²⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. **“Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”**, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*. 2005, Nº 07-02. pp.7.

¹³⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. **“Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”**, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*. 2005, Nº 07-02. pp.6; GRACIA MARTÍN, Luis. **“Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del Enemigo”**”, en *Revista General del Derecho Penal*, Nº 2, noviembre 2004, pp. 1-27.

¹³¹ JAKOBS, Günther- CANCIO MELIA, Manuel. Ob.cit. Madrid. 2003 pp. 38.

¹³² JAKOBS, Günther- CANCIO MELIA, Manuel. **Derecho Penal del Enemigo**. Thomson, Civitas, Cuadernos Civitas. Madrid. 2003 pp. 26.

Quien ataca el Derecho social deja de ser miembro del Estado y se halla en guerra contra él. Esta es la idea que fundamenta la postura de Jakobs respecto del enemigo. Esta concepción filosófica, propia de los pensamiento autoritarios, la encontramos en pensadores como Kant, Rousseau y principalmente Hobbes. Zaffaroni señala que *“para Hobbes no es admisible la resistencia al poder del soberano, pues ello importa reintroducir el bellum, la guerra de todos contra todos, y precisamente por eso, quien resiste el poder del soberano no puede ser penado, sino sometido a la fuerza de contención, porque no es un delincuente sino un enemigo: No pueden ser consideradas penas los daños infligidos a quien es una enemigo declarado. Puesto que ese enemigo nunca estuvo sometidos a la ley, no puede transgredirla. O bien estuvo sujeto a ella y declara no estarlo más negando en consecuencia la posibilidad de transgredirla. Por tanto todos los daños que puedan serle causados deben entenderse como actos de hostilidad. En una situación de hostilidad declarada es legítimo infligir cualquier clase de daños. Cabe concluir, pues, que si por actos o palabras, a sabiendas y deliberadamente, un súbdito negase la autoridad del representante del Estado, sea cual fuere la penalidad prevista para la traición, el representante puede legítimamente hacerle sufrir lo que considere correcto. Al negar la sujeción, negó las penas previstas por la ley. Debe, en consecuencia, sufrir como enemigo del Estado, o sea, conforme a la voluntad del representante. Las penas están establecidas en la ley para los súbditos, no para los enemigos, como es el caso de quienes habiéndose tornado súbditos por sus propios actos, se rebelen y nieguen el poder del soberano por propia voluntad.*

Queda claro, pues, que enemigo es para Hobbes quien resiste el poder del estado, pues con ello reintroduce la guerra. Por grave que sea un delito, su autor no es un enemigo, pero quien resiste al soberano es el enemigo, porque es

*extraño o extranjero o bien se vuelve tal al salir del contrato con su propio acto de resistencia*¹³³.

Otorgar el rótulo de enemigo a un individuo, no es identificarlo, sino que muy por el contrario, esa caracterización significa adentrarlo en un proceso de atribución de perversidad mediante la demonización de su conducta, estilo de vida y origen social. Así lo expone también Canció Meliá, al expresar que *“la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como “otro”, no es, en realidad, una identificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización –y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído?”*¹³⁴

El Derecho Penal del Enemigo demoniza o sataniza al enemigo para justificar su exclusión y dar legitimidad al trato de no-persona que se le otorga.

En la tesis de Jakobs contra el enemigo es legítima la coacción física, puesto que como el enemigo es una no persona la legislación que se aplica respecto de él es una normativa de lucha o combate. Lesch, discípulo de Jakobs, es aún más categórico y displicente en su consideración del enemigo exponiendo que en la medida que el individuo acepta el orden social adquiere el estatus de persona, el que no lo acepta, se convierte en forma automática en una **“criatura**

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *“¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?”* en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, pp. 1080 y 1081.

¹³⁴ CANCIÓ MELIÁ, Manuel. *“¿Derecho Penal del enemigo?”*, en www.pucdp.edu.pe/escgrad/penal/derecho_penal_del_enemigo.pdf, publicado en JAKOBS/CANCIÓ MELIÁ; *Derecho Penal del enemigo*. Edit. Civitas, Madrid, 2003, pp. 57-102. pág. 23 – 24.

animal”, por lo que el ordenamiento jurídico no le debe ningún tipo de contemplación y menos aún, respeto por sus intereses¹³⁵.

La concepción de Jakobs del enemigo y del Derecho Penal del Enemigo es aberrante y atentatoria contra los derechos humanos y la dignidad de las persona, puesto que los titulares del derecho son las personas y no puede existir un derecho penal que no sea dirigido a una.

2.- EL ENEMIGO EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO.

No es ajeno hablar de riesgo. Hoy, en los diversos hogares y a través de los distintos medios de comunicación, se hace habitual recibir mensajes que orientan a las familias a enfrentar el riesgo, a no ser indiferentes frente a él, incluso a combatirlo. El objetivo es no sucumbir ante el riesgo y cualquier situación que nos provoque dicho mal tan aborrecido por nuestra actual sociedad debe ser enfrentada, combatida y excluida, por no decir eliminada.

El temor al riesgo ha llegado a niveles tales que desde hace unos cuantos años Ulrich Beck, entre otros, se ha preocupado de analizar esta situación caracterizando la sociedad que hoy nos hemos dado. La ha denominado **“La sociedad del Riesgo”**.

¹³⁵ Véase GRACIA MARTÍN, Luis. **“Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”**, en Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología. 2005, Nº 07-02. pp. 22 y VILLEGAS DÍAZ, Myrna-LAVÍN ESPINOZA, Michel. **Terrorismo e intervención penal en la Red Internet. Uso de las tecnologías de las información y las comunicaciones en la represión penal del terrorismo**, en <http://derecho.universidadarcis.cl>. Secc. Apuntes docentes, documentos de investigación, julio 2005.

La sociedad del riesgo es consecuencia directa del temor al exterminio global. Tememos a aquello que nos puede afectar a todos, no aquello que se puede sectorizar. Hoy los temores son globales, el riesgo ya no es para algunos sino que para todos.

La bomba atómica, el agujero en la capa de ozono, el Sida, las enfermedades nuevas, el cáncer y, en definitiva, todo aquello que pueda afectar a todos, estremece y produce miedo. Los riesgos están más allá de lo que se puede manejar. Se opta por destruir el mundo, por no ser contemplativos con los otros, por explotar los recursos naturales y humanos sin ningún tipo de precauciones, por excluir y hoy eso está pasando la cuenta. El mundo está sobrepasado, las temperaturas crecen, la insospechada tala de árboles deja sin oxígeno, y no sólo a algunos, sino que a todos. Las crisis sociales van en aumento, los excluidos son cada día más y pronto no será posible manejar las necesidades que indiscutiblemente esos excluidos intentan reivindicar. El terrorismo y la delincuencia pueden afectar a todos y no hay nada que hacer.

La principal característica de la sociedad del riesgo según Beck es la **omnipotencia del peligro**, explicada en sus propias palabras de la siguiente forma: *“Hasta hace aproximadamente dos décadas, nuestra sociedad estaba absorbida por la cuestión del bienestar y de su reparto; sin embargo, en los últimos tiempos son las amenazas de los fenómenos de la naturaleza y los conflictos sociales que se derivan de éstas lo que constituye de forma creciente nuestro principal centro de interés. La mayoría de estas amenazas se caracterizan —a diferencia de otras, como caerse del caballo o morir de tuberculosis— por la dificultad que presenta su delimitación tanto desde el punto de vista espacio-temporal como desde el punto de vista social. Por explicarlo mediante una fórmula sencilla —aunque un tanto grosera—: el hambre es jerárquica (tampoco en la última guerra pasaron todos hambre); la contaminación atómica es igualitaria y, por tanto, «democrática». Los nitratos del agua potable no retroceden ante el grifo*

de un director general. Todo el daño, la miseria y la violencia que los hombres han infligido a otros hombres se han concentrado sobre «los otros» —obreros, judíos, negros, refugiados políticos, disidentes, mujeres, etc.—, lo cual dejaba a salvo, al menos en apariencia, al resto. Ahora, sin embargo, nos encontramos ante la «desaparición de los otros», ante la desaparición de todas nuestras muy preciadas posibilidades de distanciamiento: la distancia se ha esfumado ante la contaminación atómica y química. La miseria puede ser marginada, pero los peligros que se derivan de la era atómica y química, no —en ello justamente radica su nuevo poder político y cultural. En eso consiste la omnipotencia del peligro que ha acabado por eliminar las zonas protegidas y las diferencias de la sociedad moderna»¹³⁶.

El riesgo que se corre al manejar un automóvil a 200 km/hr constituye una decisión propia, pero en la sociedad del riesgo no hay una decisión respecto de los riesgos que se quieren tomar, sino que por el contrario, estos están ahí y afectan de forma involuntaria a todos, aunque tengan siempre su origen en una decisión humana. Consecuencia directa de esto es la **sensación de inseguridad** que experimentan todos los miembros de esta sociedad, que ha llegado a ribetes tales, que existe aún cuando no existan peligros reales que combatir.

Tantos peligros requieren de medidas que los combatan. La **seguridad** en términos objetivos y subjetivos se ha vuelto el principal objetivo para los gobernadores de los distintos Estados del mundo. Todo gira en torno a lograr que la ciudadanía sienta que todo cuanto le pueda amenazar está bajo control. Se le exige al Estado actuar en pro de obtener seguridad sin que eso implique un intervencionismo estatal significativo en los asuntos sociales.

¹³⁶ BECK, Ulrich. “La irresponsabilidad organizada” en www.inicia.es/de/cgarciam/Beck01.htm#1bis

El riesgo demanda protección por parte de quienes componen el globo terráqueo. Los Estados, para brindar esta protección y conseguir la tan ansiada seguridad, recurren a una multiplicidad de mecanismos. Uno de esos mecanismos de protección se canaliza a través de la **ampliación del derecho penal**. Esta ampliación no es más que una respuesta política a la aclamada protección de la seguridad ciudadana y mundial.

La demanda por protección, como antes se dijo, se canaliza a través de la ampliación del Derecho Penal. La respuesta a esta demanda no tiene consideraciones respecto de los espacios en que la intervención del Derecho Penal es legítima, ni menos aún si la medida que se toma es suficiente y adecuada en relación con obedecer al principio de necesidad y a obtener una respuesta adecuada para conseguir las soluciones más idóneas y eficaces a los problemas que se plantean. El no atender a lo anterior o el atacar peligros inexistentes puede conducir a que se cree una legislación simbólica¹³⁷ –derecho penal simbólico- con los efectos nocivos que ella contrae para el ordenamiento jurídico y para la sociedad en general.

En la sociedad del riesgo el derecho penal se caracteriza principalmente y en términos generales por¹³⁸:

- Ampliación de las fronteras de lo punible, hay un incremento de lo que se penaliza, ya no se penalizan solo hechos, sino que también a personas.
- Agudización de la orientación a la prevención, lo que implica que se adelante la punibilidad a estados en que sencillamente no hay delito y se sancionen aspectos tan subjetivos como las meras intenciones.

¹³⁷ HASSEMER, Winfried. **“Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”** en Nuevo Foro Penal, N° 51, Año X, 1991, pp. 17-30.

¹³⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. Civitas Ediciones. Madrid. España. 2001. pp. 23-91.

- Cambia el papel que juega el Derecho Penal en un estado de Derecho. Ahora su objetivo es disminuir la inseguridad y alcanzar un control creciente de ella. Con esto el derecho penal se funcionaliza o instrumentaliza en pro de conseguir fines políticos afines al sistema neoliberal hoy predominante.

Pero, ¿quiénes son las personas que encarnan la amenaza a la seguridad en esta sociedad del riesgo en qué vivimos? ¿A quiénes apunta este nuevo derecho penal instrumentalizado por las fuerzas políticas del sistema neoliberal que hoy predomina? ¿Quiénes provocan el temor ciudadano y por lo tanto, se convierten en enemigos de la sociedad? Los enemigos de la sociedad del riesgo son los terroristas, los inmigrantes y los narcotraficantes.

2.1) TERRORISTAS.

Actualmente, los delincuentes más perseguidos a nivel global son quienes llevan consigo la etiqueta de **terroristas**¹³⁹. Es tal el nivel de miedo que estos sujetos provocan que, en el mundo, cualquier método para combatirlos es necesario y legítimo, porque lo importante es conseguir la tan anhelada seguridad. Pero si se adopta una postura democrática y acorde a derecho, no se puede justificar cualquier tipo de mecanismo de persecución en contra de este tipo de personas, ni de ninguna otra.

No se debe tener la equívoca percepción de que lo que se pretende en este trabajo es exculpar a quienes desarrollan terrorismo. De hecho, se entiende en forma clara y categórica que el terrorismo es un delito que atenta de manera descabellada contra los Derechos Humanos y por tanto es plenamente punible,

¹³⁹ LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. Siglo Veintiuno Editores. España, 1990, pp. 23- 35.

porque cualquier tipo de acto que afecte estos derechos debe ser aborrecido por la ciudadanía y por el derecho, tanto nacional como internacional.

Lo que aquí se intenta hacer es poner de manifiesto lo que distintos países, encabezados por EE.UU. e incluido Chile, están haciendo amparados por la justificación de la lucha contra el terrorismo. Si bien, como antes se dijo, el terrorismo es totalmente reprochable porque atenta contra los derechos humanos y la dignidad de las personas, no es menos cierto, ni menos aberrante que por la “noble causa de la lucha contra el terrorismo”, los distintos Estados del mundo pretendan vulnerar los cimientos de una sociedad que protege, respeta y promueve la dignidad de las personas. Una Democracia no ideal, sino que sólida, construida bajo las premisas de un Estado de Derecho, no puede, ni debe dar cabida a los abusos provocados por el irrespeto a la humanidad toda.

Que los Estados del mundo justifiquen los actos ocurridos en Irak hace un par de años, o los ocurridos en Guantánamo desde hace ya décadas, entre otros, refleja la realidad del tratamiento que a nivel internacional se da a los Derechos Humanos y a la dignidad de las personas. Existe un menoscabo real y cruento a los derechos humanos e, indiscutiblemente, los Estados que se precian de ser democráticos no pueden reaccionar en contra de quienes les atacan con medidas que no estén acorde al régimen de gobierno que ellos mismos se han dado. Es por esto que una sociedad democrática que cree en la dignidad de las personas y trabaja sobre la base de los Derechos Humanos, no puede instaurar un régimen de excepción permanente para quienes delinquen. La correcta reacción contra los actos de terrorismo debe estar dada no por el desconocimiento de lo que se pretende defender, esto es los derechos humanos, la democracia y la dignidad de las personas, sino que por el contrario, debe propender a la efectiva práctica y protección de ellos, pues solo de esa forma se podrá instaurar una real democracia y Estado de Derecho. Por lo tanto, la reacción no debe ser la reducción de las garantías penales y procesales de los delincuentes, menos aún la

anulación de los derechos humanos y la negación de la calidad de personas y su consecuente dignidad como tales que quienes delinquen también poseen.

En relación a lo recientemente expuesto, y orientado no solo a lo terroristas sino que también a los narcotraficantes, inmigrantes y otros a quienes se dirige el derecho penal del enemigo, Cancio Meliá sostiene: *“si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclama Derecho Penal del Enemigo, está en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional **no puede** estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho Penal del Enemigo, sino que precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial debe estar en la manifestación de la normalidad, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal “normal”. Así se niega al infractor la capacidad de cuestionar, precisamente, esos elementos esenciales amenazados”*¹⁴⁰.

Por su parte, Fernando Reinares, sostiene que: *“Las legislaciones antiterroristas, que adolecen en numerosas ocasiones de improvisación, heterogeneidad de contenidos, relativa imprecisión técnica y transitoriedad, han sido consideradas por muchos juristas como un quebranto de los principios en que se fundamenta el Estado democrático de derecho y una construcción penal cuyas características desvirtuarían algunos postulados básicos del modelo liberal clásico. En primer lugar, debido a que la producción de normativas excepcionales implica, de alguna manera, una primacía de los criterios políticos sobre razonamientos de contenidos exclusivamente jurídicos. En segundo lugar, debido al tratamiento distintivo que tales normativas hacen del terrorismo con respecto a otras formas de delincuencia. Puede aducirse, sin embargo, que dicha violencia, practicada de*

¹⁴⁰ CANCIÓ MELIÁ, Manuel. *“¿Derecho Penal del enemigo?”*, en www.pucdp.edu.pe/escgrad/penal/derecho_penal_del_enemigo.pdf, página 32, publicado en JAKOBS/CANCIÓ MELIÁ; Derecho Penal del enemigo. Edit. Civitas, Madrid, 2003, pp. 57-102.

forma sistemática y sostenida por organizaciones armadas clandestinas en el ámbito de las sociedades industriales avanzadas, constituye un fenómeno de indudable singularidad, capaz de afectar seriamente la distribución del poder y suscitar gran alarma entre la población, así como de perturbar dinámicas individuales y colectivas esenciales para el normal funcionamiento de la democracia.

En esa medida, los gobiernos legítimamente establecidos están obligados a defender la autoridad estatal y proteger a los ciudadanos contra el terrorismo, de tal suerte que las legislaciones especiales o de emergencia pueden llegar a resultar imprescindibles para el mantenimiento del orden constitucional o incluso su reconstrucción, caso de haber sido muy deteriorado por una violencia ilegal persistente. Mantenimiento o reconstrucción del orden constitucional que son tareas principalmente políticas y puede requerir virtuales cambios jurídicos, autorizando, por ejemplo, la suspensión de algunos derechos para determinadas personas y en ciertos supuestos, si bien de acuerdo con los elementales principios y procedimientos democráticos¹⁴¹.

El Derecho Penal del Enemigo postula entre sus características la **anticipación de la punibilidad de aquellos actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros**. Como consecuencia de esto, en la práctica, a diario se realiza una criminalización de los sospechosos a cometer actos de terrorismo o de otro tipo de actos que este tipo de legislación combata. Es así como en las distintas cárceles de los Estados que han optado por utilizar este tipo de legislación encontramos a personas que están privadas de libertad sólo por pertenecer a una determinada nacionalidad, creencia religiosa, clase social o raza étnica. La pregunta de esto es ¿dónde quedó el principio de inocencia, el de proporcionalidad e imputación? Innegablemente esto es parte del proceso de

¹⁴¹ REINARES, Fernando. **Delitos de Terrorismo y Narcotráfico. Estudios de Derecho Penal Especial**. Editorial Jurídica Bolivariana. Bogotá, 2002, pp. 192.

expansión y modernización del derecho penal, en el que la “inflación penal” es una constante.

Como antes se exponía, no se pretende justificar una falsa inocencia de los actos terroristas, pero no se debe aceptar que se les otorgue la etiqueta de terroristas a actos que no lo son, ni menos que se castigue con exacerbado punitivismo (así se trata el terrorismo) a quienes no tienen tal carácter. No es acorde a un sistema democrático preocupado por los derechos humanos, el Estado de Derechos y la dignidad de las personas ejercer una persecución irracional, motivada por el miedo de la ciudadanía y por los intereses de quienes pretenden instaurar un sistema absolutista. Este tipo de persecución sólo puede responder, como lo hizo en tiempos pasados, a sistemas que pretenden hegemonía política, social, económica y cultural, por lo que una sociedad inspirada en el derecho y la dignidad de las personas no debe permitirla.

Las discusiones doctrinarias respecto de qué es terrorismo, cómo se debe conceptualizar y qué bienes jurídicos son los que afecta, son extensas. Al ser un fenómeno muy heterogéneo, que reviste muchas aristas, hay que tener una consideración bastante global de él, perspectiva bastante difícil de alcanzar. Se puede encontrar un sin número de escritos respecto de ellas y, sin embargo, aún no se ha logrado definir legalmente qué es terrorismo.

En concordancia con lo anterior, la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) en su informe titulado “Chile. La otra transición chilena: Derechos del pueblo Mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático”¹⁴² se sostiene lo siguiente:

¹⁴² Informe de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH). **“Chile. La otra transición chilena: Derechos del pueblo Mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático”**. N° 445/3 de abril de 2006, en <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/mapuche.pdf>

“No existe una definición internacional aceptada de terrorismo válida para todos los contextos y los instrumentos internacionales existentes no ofrecen una definición unívoca de este delito. Sin embargo, es posible identificar una serie de elementos centrales que están presentes explícita o implícitamente en estos instrumentos, y que han sido reforzados en la práctica de distintas instituciones y órganos internacionales. El derecho internacional define generalmente el terrorismo como actos especialmente graves, asociados a la violencia contra las personas con motivaciones políticas. Así el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo¹⁴³ (1999) restringe la definición de actos terroristas como aquellos “destinado(s) a causar la muerte o lesiones corporales” con fines intimidatorios en un gobierno u organización internacional. Esta definición ha sido asumida por otros instrumentos posteriores, dando así muestra de su aceptación por la comunidad internacional. Otras convenciones internacionales celebradas en el ámbito de las Naciones Unidas complementan esta definición y desarrollan actos específicos de terrorismo. La lista incluye el secuestro de aeronaves, la destrucción de aeronaves, los ataques contra la vida, integridad física o libertad de personas protegidas internacionalmente. En el contexto del derecho humanitario, el terrorismo se define como actos a amenazas de violencia cuyo propósito primordial es sembrar el terror entre la población civil durante los conflictos armados.

Las distintas definiciones de terrorismo recogidos en instrumentos multilaterales reflejan la existencia de una cierto entendimiento mínimo en torno al contenido básico de ese delito.

¹⁴³ Este Convenio define los delitos de terrorismo en su artículo 2(1)(a) como: Cualquier acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a una civil o al cualquier persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población y obligar a un gobierno a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/54/109 del 9 de diciembre de 1999, y abierta a la firma el 10 de enero de 2000.

Se trata de delitos de suma gravedad, tanto en consideración de los medios (susceptibles de afectar potencialmente bienes jurídicos esenciales) como de los fines (animados a la subversión de la institucionalidad vigente).

Se trata de delitos que atentan primordialmente contra la vida, integridad física o libertad de las personas ya sea directamente, a través de atentados contra individuos o grupos; o indirectamente, a través de atentados contra medios de transporte o infraestructuras públicas.

Atendiendo a los fines, los delitos de terrorismo se refieren implícitamente a la subversión del orden constitucional por medios violentos, con independencia de los fines políticos específicos que se persigan”¹⁴⁴

En un intento por querer caracterizar este tipo de delitos se ha tratado en este trabajo, aglutinar distintas posturas y extraer los elementos que se consideran preponderantes para considerar un acto terrorista. Ellos son¹⁴⁵:

¹⁴⁴ Informe de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH). **“Chile. La otra transición chilena: Derechos del pueblo Mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático”**. N° 445/3 de abril de 2006, en <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/mapuche.pdf> , pág. 31.

¹⁴⁵ En relación al tema: VILLEGAS DÍAZ, Myrna. **TERRORISMO: UN PROBLEMA DE ESTADO. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España**. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Departamento de Derecho Público. Área Penal. Vol. I. 2001; LAMARCA PÉREZ, Carmen. **Tratamiento jurídico del Terrorismo**. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica. Madrid, 1985; REINARES, Fernando. **Delitos de Terrorismo y Narcotráfico**. Estudios de Derecho Penal Especial. Editorial Jurídica Bolivariana. Bogotá, 2002. RAMACCIOTTI, Beatriz. **“El terrorismo como crimen internacional”**, en Cursos de Derecho Internacional XX-XXI. 1993-1994. OEA. Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. Washington D.C. 1996. pp. 173 y ss; DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés. **Terrorismo y Derechos Humanos**. Comisión Chilena de Derechos Humanos. Santiago. Junio de 1990. pp.8-16; ZALAQUETT, José. **“Conceptualización del terrorismo desde un punto de vista normativo”**, en VARAS, Augusto. **Jaque a la democracia: Orden Internacional y Violencia Política en América Latina**. Edit. Gel. Buenos Aires. 1990, pp. 91-123; MARTÍNEZ CARDOS, Leandro. **“El terrorismo: aproximación al concepto”**, en *Actualidad Penal*, N° 26, 1998, pp. 479 – 487; VALENZUELA WAGNER, Patricia. **“TERRORISMO EN EL SIGLO XXI”**. Monografía. Diplomado en Relaciones Internacionales Univesidad de Viña del Mar, en http://www.uvm.cl/sitio_iri/monografias2005/TERRORISMO%20EN%20EL%20SIGLO%20XXI%20-%20Patricia%20Valenzuela.pdf

- i) Es un delito con carácter de **político**, pero no un delito político como tal. En la VI Conferencia para la Unificación del Derecho Penal que tuvo lugar en Copenhague en el año 1935 se elaboró la siguiente propuesta de definición de delito político: “por delitos políticos se entienden los que e dirigen contra la organización y funcionamiento del Estado, y contra los derechos que de la misma proceden para el ciudadano” (aspecto objetivo). Además son delitos políticos los “comunes conexos, es decir, los que se dirigen a favorecer la ejecución de una delito político o a permitir al autor del mismo sustraerse de la aplicación de la ley”. “No se considerarán delitos políticos aquellos en que el autor obra inducido por móviles egoístas y viles” (aspecto subjetivo) y “Tampoco poseen aquel carácter los delitos que crean un peligro comunitario o un estado de terror”¹⁴⁶.

Es claro que en la parte final de esta propuesta de definición de terrorismo se excluye a los delitos que creen un peligro comunitario o un estado de terror, en consecuencia el terrorismo no es un delito político aún cuando reviste de un impulso político puesto que atentan en contra el orden y la organización política de un Estado determinado¹⁴⁷.

Es muy discutido doctrinariamente este carácter de político del delito de terrorismo. Esto porque, como dice Bueno Arús, “la decisión de valorar un hecho como delito político y no como delito de terrorismo es una decisión política, y, por lo tanto, discrecional, variable, oportunista, esencialmente relativa, no sometida a reglas racionales”¹⁴⁸.

- ii) Su conceptualización requiere de criterios **objetivos** como **subjetivos**. Es decir, se determina por los medios empleados por los agentes para cometer los actos correspondientes (elemento objetivo)y, además, se

¹⁴⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Tratamiento jurídico del Terrorismo*. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia Secretaria General Técnica. Madrid, 1985, pp. 67-68.

¹⁴⁷ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. cit. Vol. I. 2001. pp. 524.

¹⁴⁸ En VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. cit. Vol. II. 2001. pp. 518.

determina por la finalidad o móvil que guía al agente (elemento subjetivo)¹⁴⁹.

- iii) No hay una nueva tipificación del delito sino que son conductas antes tipificadas a las que se agregan elementos subjetivos. Esto dice relación con que al no existir un delito de terrorismo como definición legal, lo que se hace habitualmente es que a determinadas conductas ya tipificadas, como por ejemplo el delito de incendio, se les otorga el carácter de terrorista al considerar un elemento subjetivo aditivo a la acción, como por ejemplo, el que cause temor en la ciudadanía. Myrna Villegas expone que “la idea de “acto criminal” implica la comisión de una conducta ya tipificada por la legislación ordinaria, esto es, el delito de terrorismo es un delito común, y por tanto, el calificativo de terrorismo puede añadirse a cualquier delito, siempre y cuando reúna los elementos previsto en la misma definición”¹⁵⁰.
- iv) El medio comisivo empleado debería ser **catastrófico**. Pues se utilizan medio de extrema violencia y exacerbada intimidación.
- v) Es un delito de riesgo general a la sociedad, puesto que pone en riesgo a toda la población. No se distingue entre civiles y no civiles, se apunta a cualquier sector de la población. Esto no pasa en los delitos políticos, en los que el ataque se relaciona con la organización política del Estado.
- vi) Implica una **asociación ilícita**. El terrorismo no es un delito individual puesto que necesita de una organización que otorgue recursos para llevar a cabo los actos, para idear las estrategias a seguir y en definitiva

¹⁴⁹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. cit. Vol. II. 2001. pp. 519-518.

¹⁵⁰ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. cit. Vol. II. 2001. pp. 520.

para generar la idea de amenaza real a los derechos humanos y las instituciones a las que pretende afectar.

- vii) Afecta a los Derechos Humanos fundamentales. No se puede hablar de terrorismo si no hay una afección a los Derechos Humanos fundamentales entendiéndose por estos la vida, la integridad física y psíquica y la libertad de conciencia.
- viii) Su finalidad es alterar el régimen constitucional del Estado democrático. Utiliza en su actuar un régimen con orientación absolutista y totalitaria, puesto que no da cabida a pensamientos de una orientación distinta a la que con el terrorismo se pretende imponer.
- ix) Debe haber una afectación de población civil. Si hay una afección a población militar o de la clase política estaríamos bajo los supuestos de una guerra o de insurrección contra las instituciones políticas del Estado.
- x) Publicidad y adjudicación del acto terrorista.
- xi) Los actos de violencia pueden provenir por grupos organizados o por Estados. Existe tanto terrorismo de grupos organizados como de Estado. No puede existir un terrorismo individual porque como antes se dijo, el terrorismo supone una asociación ilícita.

El último punto sobre el que es importante prestar atención tenemos el que con el Derecho Penal del Enemigo, se ha producido una extensión irracional respecto de a quienes se considera terrorista.

La sociedad democrática no puede permitir que por cualquier tipo de acto (delito común) se le otorgue el carácter de terrorista a una persona, sin serlo, porque aquello no obedece a un Estado que protege la dignidad de las personas y el Estado de Derecho en que viven. Tampoco se les puede otorgar el carácter de terroristas a los delitos que revisten violencia social y no política, porque sería enlodar en una limitación extrema a los distintos movimientos sociales tan parte de una sociedad democrática que escucha a sus ciudadanos y las reivindicaciones que estos exigen.

Que los delitos de terrorismo puedan ser considerados delitos de carácter social, más que apuntar hacia la protección de los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho, apuntan a la protección y permanencia de un determinado “modelo socio económico”. Esto es lo que hace el Derecho Penal del Enemigo cuando criminaliza como terroristas a los estudiantes, los mapuches, las organizaciones sindicales, la violencia callejera y los actos de reivindicación social. Esto es lo que hay que evitar.

2.2) INMIGRANTES.

En el segundo capítulo al analizar la USA PATRIOT ACT¹⁵¹ se esclareció que los inmigrantes son enemigos para el gobierno de EE.UU.

¹⁵¹ Otorga competencia de detención al Fiscal General del Estado basado en la **sospecha de amenazas a la seguridad nacional**. Esto implica un persecución devastadora y aberrante en contra de los inmigrantes, puesto que se catalogan como “**enemigos públicos**”. La Sección 412 se refiere a los inmigrantes responsables de un ilícito o de una violación de la legislación sobre inmigración. Se habilita la práctica de detenciones indefinidas de **no-ciudadanos-no-terroristas** que no tengan visa en el caso de que no puedan ser deportados a su país de origen por ser apátridas. Evidentemente en estos casos no existe ningún móvil terrorista. Un extranjero que no ha sido expulsado puede ser detenido por un periodo de seis meses, y el Fiscal General puede revisar la situación cada seis meses. Se regula la detención de los no-ciudadanos que esperan la deportación, basada, simplemente, en la certificación del Fiscal General del Estado de que tiene “argumentos razonables para creer que” el no-ciudadano pone en peligro la seguridad nacional.

Al inicio de este trabajo, se dijo que el enemigo para el derecho penal del enemigo son aquellos ***“individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho^{152”}***.

Es complejo observar, a partir de la definición de enemigo, cómo los inmigrantes caben en el contenido de este concepto. Es aquí donde se comienza a vislumbrar que el elemento que caracteriza a un sujeto como enemigo más que *“apartarse de probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del derecho”* es la marginalidad que poseen los inmigrantes. Porque la USA Patriot Act, no persigue a los inmigrantes que tienen sus arcas llenas y aportan económicamente al mercado del país que gustoso los acoge, sino que por el contrario, los sospechosos siempre son aquellos que no tienen ningún tipo de poder adquisitivo real, aquellos que llegan a un determinado país sin la visa respectiva (que no se las dieron porque no quieren a más marginales dentro del país al que llegan), los que *“probablemente”* tendrán que delinquir para sobrevivir, aquellos que, en apariencia, no podrán aportar en nada a la sociedad a la que llegan porque no tienen la cultura, la educación, ni los bienes como para constituirse en un bien para la sociedad a la que pretenden allegarse.

En la actualidad, hay Estados que se jactan de democracias intachables. Sin embargo la realidad se muestra diferente, puesto que las personas que no son nacionales del país en que se encuentran son discriminadas. Aún más, en esos mismos Estados *“modelos”* se criminaliza a personas por el sólo hecho de

Los no-ciudadanos que no posean el visado podrían ser detenidos indefinidamente si son apátridas, o si su país de origen rechaza aceptarlos, o existe en él el riesgo de tortura (Sección 236).

¹⁵²JAKOBS, Günther - CANCIO MELIA, Manuel. ***Derecho Penal del Enemigo***. Editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 39 – 40.

pertenecer a otra raza, religión, grupo social o ideología. Todo esto a pesar de las diversas legislaciones y normas existentes respecto de la protección de los Derechos Humanos. Vemos claramente que esta aberración es una realidad. No hay otra razón, sino la marginalidad, lo que permite pensar que los inmigrantes pudieran ser considerados enemigos. Es la marginalidad que representan lo que los excluye de la aplicación del Derecho Penal del Ciudadano. Son considerados un foco de peligro, no porque hayan realizado algún tipo de acto delictivo, sino que porque representan el resultado de lo que socialmente el sistema neoliberal produce, esto es marginalidad, ignorancia y bajeza (al parecer de quienes legislan en su contra).

En definitiva, los inmigrantes, se constituyen en enemigos en esta sociedad del riesgo por ser un foco de peligrosidad social, pero la peligrosidad no tiene otro fundamento que el del desprecio por la marginalidad. Lo marginal hoy produce inseguridad y como la labor del derecho penal del enemigo es combatir al costo que sea esa marginal entonces lo más contundente es convertirla en una característica atávica que deshumaniza a las personas.

La existencia, aún en estos tiempos, de focos inquisidores y nazistas resulta ser un claro tropiezo para la sociedad en su avance por la protección y garantía de los Derechos Humanos. Es totalmente incomprensible que preciándonos como sociedad de haber construido un Estado de Derecho, democrático, respetuoso de los derechos humanos y de la dignidad de las personas se pueda concebir la deshumanización de una persona, pero aún más aberrante es que esa deshumanización (que se le considere no-persona desconociendo incluso su calidad de ser humano merecedor de los derechos que le son inalienables) se haga porque se considera al sujeto al que se dirige el Derecho Penal del Enemigo un marginal.

Cancio Meliá sostiene que lo que le otorga especialidad a los fenómenos a los que el Derecho Penal del Enemigo ataca es que “los comportamientos delictivos a los que se dirigen afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión. Pero no en el sentido de un riesgo fáctico extraordinario para esos elementos esenciales, sino ante todo, en un determinado *plano simbólico*”¹⁵³. Si se sigue este análisis, entonces se puede considerar que los inmigrantes son enemigos porque el comportamiento delictivo que realizan y que afecta a los elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de la sociedad actual, es la marginalidad y pobreza de esos sujetos. Ese es el comportamiento delictivo que se les adjudica a los inmigrantes.

2.3) NARCOTRAFICANTES.

El análisis respecto de por qué los narcotraficantes son considerados enemigos dice relación, por una parte, con lo nocivo que es el consumo de drogas para los individuos de la sociedad, pero por otra parte, tiene que ver con el sistema neoliberal y su protección, puesto que al tener el narcotráfico un mercado que es ilícito pero que, sin embargo, produce ganancias y riquezas en forma exorbitante. Estas ganancias representan la obtención de poder por parte de quienes ejercen el narcotráfico, ya que como antes se ha dicho, quienes tienen riquezas, tienen poder y capacidad de decisión política y económica.

No se puede negar que los narcotraficantes actúan fuera del derecho, que tienen una capacidad corruptiva enorme al poseer recursos para hacerlo, pero parece nítido que el hecho por el que se les aplica una legislación de las

¹⁵³ JAKOBS, Günther - CANCIO MELIA, Manuel. ***Derecho Penal del Enemigo***. Editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 40.

características del Derecho Penal del Enemigo es que revisten un foco de peligro para el mercado y los sistemas productivos, puesto que la droga en la escala en que trabajan y producen los narcotraficantes, es una forma de generar riquezas que no está al alcance de las manos de los grandes empresarios, ya sea porque no quieren estar fuera de la ley y convertirse en enemigos o porque tienen consideraciones morales que se los impide.

La realidad de los enemigos a nivel internacional es la misma que en Chile se forja. Probablemente no hay tanto barbarismo desatado, pero nuestro ordenamiento jurídico si contempla legislación con características del Derecho Penal del Enemigo y se le da el trato de enemigos a ciertos individuos.

CAPÍTULO IV:

DETERMINACIÓN JURÍDICA Y SOCIAL DEL ENEMIGO EN CHILE

1.- ¿QUIÉN ES EL “ENEMIGO” EN CHILE HOY?

En los capítulos anteriores se ha intentado, primero, caracterizar lo que hoy en doctrina penal se llama Derecho Penal del Enemigo, segundo, describir la extensión de la aplicación de este tipo de legislación y cómo la globalización contribuye a su expansión y, tercero, analizar los conceptos de persona y no-persona (enemigo) que propone Jakobs para dar legitimidad a esta técnica legislativa.

Todo lo anterior ha sido propuesto para describir, analizar y caracterizar a los enemigos que en Chile existen o existirán. Este análisis se hará a través de la investigación y examen de las personas a las que se dirige el concepto de enemigo, los factores que justifican –en opinión de la clase política y opinión pública- su aplicación y la legislación chilena vigente que tiene el carácter de Derecho Penal del Enemigo.

1.1) ASPECTOS SOCIO – JURÍDICOS DEL ENEMIGO.

Günther Jakobs –como ya se ha señalado en los capítulos anteriores-¹⁵⁴ conceptualiza a los enemigos como *“individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”*¹⁵⁵.

Si se analiza el concepto de enemigo desde una perspectiva aislada se podría concluir equivocadamente que lo que lleva a considerar como enemigo a una persona es sólo el hecho de no respetar el Derecho establecido por los distintos ordenamientos jurídicos. Esto resulta muy insatisfactorio si se considera que la imputabilidad en el Derecho Penal es una cuestión político-jurídica y que por tanto pasa por la subjetividad de los intereses de quienes legislan y por el sistema socio-económico en que se desenvuelven los sujetos. No se debe olvidar que el Derecho, incluido el Derecho Penal, no pone el acento en individuos aislados, sino que está referido a las relaciones sociales y por tanto a un sujeto en relación a otros¹⁵⁶.

El sistema neoliberal, como ya se ha expuesto con anterioridad a lo largo de esta investigación, propicia la marginalidad socio-económica¹⁵⁷. Desde este punto

¹⁵⁴ Supra. Cap. I, II y III.

¹⁵⁵ JAKOBS, Günther- CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Thomson, Civitas, Cuadernos Civitas. Madrid. 2003 pp. 39-40.

¹⁵⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *“Imputabilidad y Edad Penal”*, en http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf

¹⁵⁷ Véase PONTI, Filippo. *El sistema industrial como estructura de la sociedad*. Ediciones Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1966. pp. 63-65.; SÉE, Henri. *Orígenes del Capitalismo Moderno*. Editorial Fondo de la Cultura Económica, México, 1994. pp. 124 – 136.; VV.AA. *Estructura Económica Capitalista Internacional: El modelo de acumulación de Postguerra*. Editorial AKAL Universitaria, Madrid, 1990. pp. 237 – 258.; BERGER, Peter I. *La Revolución Capitalista*.

de vista el análisis respecto de quién es enemigo se dirige a quienes son marginados por el sistema.

La marginalidad social, económica, cultural y política es un factor preponderante en la atribución de perversidad y consecuentemente del carácter de enemigo. Se produce una criminalización temprana de los sectores sociales marginados, estableciendo políticas criminales estigmatizadoras en contra quienes están en esa situación de marginalidad¹⁵⁸.

Bustos señala que *“a la persona en cuanto se le reconoce como actor social, como sujeto de derechos y obligaciones, se le puede pedir responsabilidad y, por cierto, **sólo en la medida que se hayan proporcionado todas las condiciones necesarias para el ejercicio de sus derechos y obligaciones.** No se trata simplemente de atender a la enunciación de una postulado, sino a su efectividad, a su desarrollo como principio social”*¹⁵⁹. El Estado que no asegura las mínimas condiciones de vida, las necesidades sociales básicas, no puede exigir responsabilidad a quienes ejecutan algún acto delictivo para proporcionarse y satisfacer dichas necesidades básicas de sí mismo o de sus cercanos.

Tener carencias económicas, no aportar al enriquecimiento de las arcas de quienes dirigen los Estados, demandar recursos para cubrir las necesidades básicas y, en definitiva, crear un estado de inseguridad por ejercer acciones de protesta social ante las diferencias de trato y los abusos a los derechos y la

Cincuenta proposiciones sobre la prosperidad, la igualdad y la libertad. Ediciones Península, Barcelona, 1991. pp. 63 – 90.

¹⁵⁸ PEÑA GONZÁLEZ, Calos. *“Seguridad y Derecho: ¿bienes incompatibles?”*, en *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*. Año 18. Nº 3-4, pp. 147-156; PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. *“La Respuesta Judicial a la Criminalidad”*, en <http://www.pazciudadana.cl/documentos/analisisempiricodeladelincuenciaencia.pdf>. ; pp. 21-26; SQUELLA, Agustín. *“Sobre la Democracia”*, en http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/sobre_squella.pdf

¹⁵⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *“Imputabilidad y Edad Penal”*, en http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf, pp. 3.

dignidad de las personas provoca que se catalogue como enemigos a los marginados.

La autoridad intenta convertir la protesta social en actos de violencia contra la seguridad del Estado y la sociedad. Para ello utiliza los medios de comunicación que transmiten el miedo a ser atacados por los criminales que transitan por las calles. La opinión pública, se asusta y como resultado de este temor legitima acciones por parte de la autoridad que jamás permitiría si fueran en contra de ellos.

Aún cuando Jakobs sostiene que los enemigos son aquellos que se alejan de forma permanente del Derecho, pareciera que en la práctica los enemigos son aquellos que están marginados del sistema neoliberal, aquellos que no tienen una participación acorde al funcionamiento del sistema productivo de este o que no tienen interés por actuar en la forma que el neoliberalismo impone. Son enemigos aquellos que tienen necesidades que no pueden ser cubiertas por sus propios recursos económicos y que necesitan de la protección del Estado y la garantía de sus derechos transformándose en una carga para la sociedad, lo que en un sistema en que prima el individualismo, constituye un atentado al derecho de propiedad.

Si lo anterior no es así ¿de qué manera se explique que a los mapuches en Chile se les aplique la ley antiterrorista, que a los adolescentes se les apliquen fuertes sanciones estigmatizadoras y criminalizadoras, que a los inmigrantes se les trate con displicencia y se les de un trato de sospechosos permanentes de atentar contra la seguridad social? ¿qué explicación tiene el que sean los grupos socio-económicos disminuidos los que mayoritariamente repletan las cárceles de nuestro país?

Chile aplica el Derecho Penal del Enemigo. Los mapuches son considerados terroristas por tener reivindicaciones territoriales. Los adolescentes se sancionan penalmente en vez de recibir una educación real y efectiva, y lo que es más preocupante aún, se desconocen sus derechos en virtud de la labor tutelar del Estado.

Quienes permanecen privados de libertad por la comisión de delitos comunes son individuos que generacionalmente no han podido dejar atrás la delincuencia y la estigmatización criminal.

Los delitos deben ser sancionados, pero no se debe olvidar que los delitos no son objeto del Derecho Penal, sino que producto de este, por lo que es necesario observar con una visión crítica qué es lo que se legisla y quienes están legislando. Esta especial atención respecto de que tipo de legislación se está creando dice relación con que en este momento histórico el Derecho Penal del Enemigo es la herramienta con la que se solucionan los conflictos sociales que la autoridad enfrenta. La autoridad ha masificado la sensación de inseguridad y con ello ha logrado que la opinión pública tenga la percepción de que quien reduce la intervención penal atenta contra la paz social.

Jurídicamente los enemigos pueden recibir un trato vejatorio y no acorde a los derechos humanos porque no son personas.

Chile, en su ordenamiento jurídico, ha interiorizado el Derecho Penal del Enemigo y, por tanto, reconoce como enemigos a quienes atentan contra el sistema neoliberal y sus principios. De ahí que, bajo la excusa del terrorismo, a los mapuches se les transforme en enemigos cuando lo que realmente los transforma en tales es su estado de marginalidad (social, económica y cultural). Lo mismo ocurre respecto de los adolescentes y ocurrirá respecto de los inmigrantes y los

delincuentes habituales. Lo que determina al enemigo es su peligrosidad social y su situación de marginalidad.

1.2) TERRORISMO EN CHILE. EXTENSIÓN JURÍDICA DEL CONCEPTO EN RELACIÓN A LA DETERMINACIÓN DEL ENEMIGO.

En 1984, Chile estaba sometido bajo la dictadura militar de Augusto Pinochet. Fue en ese contexto en el que se dictó la Ley N° 18.314 comúnmente denominada Ley Antiterrorista¹⁶⁰. Esta ley es el principal instrumento legal de la política antiterrorista en Chile. Se dictó el 17 de mayo de 1984 y ha experimentado diversas reformas desde que en Chile comenzó la transición a la democracia, éstas siete reformas están dadas por las leyes número: 18.937 del 22 de febrero de 1990; 19.027 del 24 de enero de 1991; 19.047 del 14 de febrero de 1991; 19.241 del 28 de agosto de 1993; 19.806 del 31 de mayo de 2002; 19.906 del 13 de noviembre de 2003; y, por último, la ley 20.074 del 14 de noviembre de 2005.

En la Ley N° 18.314 el legislador emplea la técnica jurídica de calificar de terroristas una serie de conductas tipificadas como delitos comunes por la normativa penal ordinaria, cuando concurren determinadas circunstancias subjetivas.

Las circunstancias subjetivas que deben concurrir para considerar terrorista un delito común están expresados en el Artículo 1 de la Ley N° 18.314 que dice:

“Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2º, cuando en ellos concurriere alguna de las circunstancias siguientes:

¹⁶⁰ Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 1984.

- 1) *Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de los delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atacar contra una categoría o grupo determinado de personas.
Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos.*
- 2) *Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.*

Del artículo 1 de la Ley N° 18.314 se deduce que se otorgará el carácter terrorista a un delito cuando:

- a) El delito se cometa con la **finalidad de “causar temor”**.
- b) El delito se cometa con la **finalidad de arrancar decisiones a la autoridad**.

En palabras de Myrna Villegas esto se traduce en que *“para el legislador chileno la finalidad terrorista debe consistir: Por una parte, en la intimidación o temor a la población o un sector de ella; y por la otra, en obtener decisiones de la autoridad en un sentido determinado, decisiones que pueden ser de diversa índole: económicas, sociales, políticas, etc.”*¹⁶¹.

¹⁶¹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. **Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España.** (2 vol.). Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. España. Vol. II. Enero 2002, sin publicar. pp. 534.

Es notorio el carácter teleológico que reviste el elemento subjetivo al que alude el artículo 1 de la Ley Antiterrorista y que le otorga la connotación terrorista al catálogo de delitos al que se refiere el artículo 2 de la misma ley, puesto que esencialmente es la finalidad perseguida con la ejecución del delito lo que le otorga la característica de terrorista a los actos terroristas que con anterioridad ya habían sido tipificados como delitos comunes por la normativa penal¹⁶².

¿Por qué el legislador ocupa esta técnica jurídica para tipificar como terrorista a determinados delitos penados en la legislación penal ordinaria? La respuesta la encontramos en lo que expresa Myrna Villegas cuando expresa que *“la idea sobre la que el legislador chileno ha discurrido se cimienta en la necesidad de marcar la diferencia entre la consideración de terrorismo como ideología y como método de acción criminal. La apreciación del terrorismo como ideología se encontraba contenida en la antigua ley 18.314 que se reformó con la ley 19.027, ya que ella sancionaba más bien conductas atentatorias contra la seguridad del Estado, es decir, conductas políticas. La naturaleza del terrorismo, en este nuevo concepto, apunta a destacar su carácter de estrategia criminal que lesiona bienes jurídicos fundamentales, sin importar la finalidad que persigan sus autores: Lo que caracteriza la conducta terrorista es el atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas, por medios que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o toda la población”*¹⁶³.

El artículo 1 de la ley 18.314 expone que: *“Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo segundo...”*.

El artículo 2 de la ley 18.314 expone que:

¹⁶² VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. cit. España. Vol. II. Enero 2002, sin publicar. pp. 534.

¹⁶³ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. cit. España. Vol. II. Enero 2002, sin publicar. pp. 534.

“Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior:

- 1) Los de homicidio sancionados en los artículos 390 y 391; los de lesiones penados en los artículos 395, 396, 397 y 399; los de secuestro, sean en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén, y de sustracción de menores, castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de efectos explosivos del artículo 403 bis; los de incendio y estragos, reprimidos en los artículos 474, 475 y 476 y 480; las infracciones contra la salud pública de los artículos 313 d), 315 y 316; el de descarrilamiento, contemplado en los artículos 323, 324, 325 y 326, todos del Código Penal.*
- 2) Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud e sus pasajeros o tripulantes.*
- 3) El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.*
- 4) Colocar, lanzar o dispara bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño.*
- 5) La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1º.*

Los delitos de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores, establecidos en los artículos 141 y 142 del Código Penal, cometidos por una asociación ilícita terrorista, serán considerados siempre como delitos terroristas”.

El catálogo de delitos al que hace referencia el artículo 2 de la ley 18.314 son delitos que han sido tipificados por el legislador como delitos comunes entendiéndose que las conductas que podrán ser catalogadas como terroristas son las siguientes:

- Parricidio y homicidio simple;
- Secuestro y sustracción de menores;
- Envío de efectos explosivos;
- Incendio y estragos;
- Delitos contra la salud pública;
- Descarrilamiento;
- Apoderamiento de medios de transporte público;
- atentado contra el Jefe de Estado y otras autoridades estatales internacionales;
- Detonación o lanzamiento de artefactos explosivos o incendiarios;
- Asociación ilícita terrorista.

¿Qué implicancias tiene el que un delito común sea considerado terrorista? La Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) en su informe titulado Chile-La otra transición chilena: derechos del pueblo Mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático, hace una síntesis de las implicancias que tiene el que un delito común sea considerado terrorista, sin embargo, la principal consecuencia dice relación con que quien adquiera la categoría de terrorista se convierte en forma inmediata y automática en enemigo universal, pues es contrario a la paz, la seguridad y los derechos humanos. Es por esto que la categorización como terrorista no es inocente y se ha utilizado históricamente para marginar a ciertos individuos y legitimar la violación y abuso de los derechos humanos.

Según la FIDH *“la calificación de estas conductas (las del artículo 2 de la ley 18.314) como terroristas reviste tres diferencias fundamentales con el régimen penal asociado a los delitos de carácter ordinario. En primer lugar, la Ley Antiterrorista impone sanciones más graves proporcionales a la percepción de la gravedad de los actos de terrorismo. En segundo lugar, la determinación de la responsabilidad penal en casos relacionados con el terrorismo ofrece a la acusación mayores poderes de investigación, al tiempo que supone una disminución del nivel de garantías reconocidas a los acusados de delitos de carácter ordinario. Ello incluye la posibilidad de prorrogar el secreto de actuaciones, registros o documentos en la etapa de investigación por períodos de hasta seis meses; la interceptación de comunicaciones telefónicas-, la posibilidad de plazos de detención prolongados antes de poner a los acusados a disposición del juez; o la exigencia de unanimidad de los jueces de apelación para la sustitución de la prisión preventiva por otras medidas cautelares personales como: el arraigo nacional, y privación de la libertad domiciliaria total o parcial (art. 155 Código Procesal Penal). Asimismo, los procedimientos de la legislación especial antiterrorista permiten la posibilidad de recurrir a los determinados testigos protegidos o “sin rostro”, uno de los aspectos más controvertidos de los recientes juicios llevados a cabo contra dirigentes mapuches. Por último, la calificación de un delito como terrorista conlleva la privación automática de la posibilidad de indulto, tal y como lo dispone expresamente la Constitución chilena. Sin embargo es posible recurrir al indulto general y a la amnistía, mecanismos que requieren un quórum de dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio (art. 60 de la Constitución Política)”*¹⁶⁴.

Si bien la FIDH resume en términos pragmáticos cuales son las implicancias de ser catalogado como terrorista en Chile, hay una consideración que no se hace, esto es, el papel que juega el juez en la atribución de la categoría

¹⁶⁴ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 25-26.

de terrorista a un determinado individuo. El juez dispone de mucha arbitrariedad para dirimir si una persona que ha cometido un delito común es terrorista o no lo es, ya que la ambigüedad con la que el tipo penal del delito terrorismo fue descrito permite otorgar esa facultad al letrado. Se le ha entregado el arbitrio para disponer, en el contexto del Derecho Penal del Enemigo, quien es ciudadano o quien es enemigo, con las consecuencias que ello conlleva.

Ya se ha determinado cuándo un delito reviste el carácter de terrorista y las implicaciones prácticas de otorgarle tal carácter. Pero cabe preguntarse si el calificativo de terrorista que se le otorga a los delitos comunes anteriormente enunciados considera los elementos que doctrinariamente le dan el carácter de terroristas a determinadas conductas.

Como ya se explicó en el tercer capítulo de esta investigación la doctrina internacional, en términos generales, ha consensuado los siguientes elementos para tipificar el terrorismo:

- xii) Es un delito con carácter de **político**, pero no un delito político como tal. En la VI Conferencia para la Unificación del Derecho Penal que tuvo lugar en Copenhague en el año 1935 se elaboró la siguiente propuesta de definición de delito político: “por delitos políticos se entienden los que se dirigen contra la organización y funcionamiento del Estado, y contra los derechos que de la misma proceden para el ciudadano” (aspecto objetivo). Además son delitos políticos los “comunes conexos, es decir, los que se dirigen a favorecer la ejecución de un delito político o a permitir al autor del mismo sustraerse de la aplicación de la ley”. “No se considerarán delitos políticos aquellos en que el autor obra inducido por móviles egoístas y viles” (aspecto subjetivo) y “Tampoco poseen aquel

carácter los delitos que crean un peligro comunitario o un estado de terror”¹⁶⁵.

Es claro que en la parte final de esta propuesta de definición de terrorismo se excluye a los delitos que creen un peligro comunitario o un estado de terror, en consecuencia el terrorismo no es un delito político aún cuando reviste de un impulso político puesto que atentan en contra el orden y la organización política de un Estado determinado¹⁶⁶.

Es muy discutido doctrinariamente este carácter de político del delito de terrorismo. Esto porque, como dice Bueno Arús, “la decisión de valorar un hecho como delito político y no como delito de terrorismo es una decisión política, y, por lo tanto, discrecional, variable, oportunista, esencialmente relativa, no sometida a reglas racionales”¹⁶⁷.

- xiii) Su conceptualización requiere de criterios **objetivos** como **subjetivos**. Es decir, se determina por los medios empleados por los agentes para cometer los actos correspondientes (elemento objetivo) y, además, se determina por la finalidad o móvil que guía al agente (elemento subjetivo)¹⁶⁸.

- xiv) No hay una nueva tipificación del delito sino que son conductas antes tipificadas a las que se agregan elementos subjetivos. Esto dice relación con que al no existir un delito de terrorismo como definición legal, lo que se hace habitualmente es que a determinadas conductas ya tipificadas, como por ejemplo el delito de incendio, se les otorga el carácter de terrorista al considerar un elemento subjetivo aditivo a la acción, como por ejemplo, el que cause temor en la ciudadanía. Myrna Villegas

¹⁶⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Tratamiento jurídico del Terrorismo*. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia Secretaria General Técnica. Madrid, 1985, pp. 67-68.

¹⁶⁶ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. cit. Vol. I. 2001. pp. 524.

¹⁶⁷ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. cit. Vol. II. 2001. pp. 518.

¹⁶⁸ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. cit. Vol. II. 2001. pp. 519-518.

expone que “la idea de “acto criminal” implica la comisión de una conducta ya tipificada por la legislación ordinaria, esto es, el delito de terrorismo es un delito común, y por tanto, el calificativo de terrorismo puede añadirse a cualquier delito, siempre y cuando reúna los elementos previsto en la misma definición”¹⁶⁹.

- xv) El medio comisito empleado debería ser **catastrófico**. Pues se utilizan medio de extrema violencia y exacerbada intimidación.
- xvi) Es un delito de riesgo general a la sociedad, puesto que pone en riesgo a toda la población. No se distingue entre civiles y no civiles, se apunta a cualquier sector de la población. Esto no pasa en los delitos políticos, en los que el ataque se relaciona con la organización política del Estado.
- xvii) Reviste una **asociación ilícita**. El terrorismo no es un delito individual puesto que necesita de una organización que otorgue recursos para llevar a cabo los actos, para idear las estrategias a seguir y en definitiva para generar la idea de amenaza real a los derechos humanos y las instituciones a las que pretende afectar.
- xviii) Afecta a los Derechos Humanos fundamentales. No se puede hablar de terrorismo si no hay una afección a los Derechos Humanos fundamentales entendiéndose por estos la vida, la integridad física y psíquica y la libertad de conciencia.
- xix) Intenta alterar el régimen constitucional del Estado democrático. Utiliza en su actuar un régimen con orientación absolutista y totalitaria, puesto que no da cabida a pensamientos de una orientación distinta a la que con el terrorismo se pretende imponer.

¹⁶⁹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. cit. Vol. II. 2001. pp. 520.

- xx) Debe haber una afectación de población civil. Si hay una afección a población militar o de la clase política estaríamos bajo los supuestos de una guerra o de insurrección contra las instituciones políticas del Estado.
- xxi) Publicidad y adjudicación del acto terrorista.
- xxii) Los actos de violencia pueden provenir por grupos organizados o por Estados. Existe tanto terrorismo de grupos organizados como de Estado. No puede existir un terrorismo individual porque como antes se dijo, el terrorismo supone una asociación ilícita.

Del análisis de la tipificación de terrorismo que ofrece la Ley Antiterrorista (ley 18.314) en sus artículos 1 y 2 se tiene como resultado que respecto de los elementos que la doctrina internacional considera para el concepto y tipificación del terrorismo hay discrepancia en los siguientes puntos:

- El terrorismo es un delito que tiene carácter político, aunque no constituye un delito político. La ley antiterrorista chilena no contempla este elemento de tanta importancia para los efectos de la tipificación del delito de terrorismo. El elemento teleológico –finalidad con la que se comete un delito de terrorismo- no se hace presente aparentemente en la tipificación de terrorismo de la ley antiterrorista. Myrna Villegas, en relación a este punto omisivo de la ley antiterrorista expone lo siguiente: *“Estamos de acuerdo con la caracterización que se realiza de los actos de terrorismo, no obstante creemos que la omisión acerca de la finalidad política permite extender abusivamente el ámbito de la punibilidad hacia conductas distintas del terrorismo, como por ejemplo, la violencia política que se desata en el marco de un gobierno autoritario, o conductas de violencia social en*

*cualquier contexto político*¹⁷⁰”. Al no contemplar la finalidad política del delito de terrorismo se obvia la connotación subjetiva esencial del terrorismo, esto es, atentar contra el orden constitucional y los derechos humanos establecidos en los diversos ordenamientos jurídicos. Cometer un delito de terrorismo conlleva a inferir de tal acto el deseo por parte de quienes lo realizan de imponer un orden institucional y constitucional distinto al que está establecido. Myrna Villegas acierta al exponer que *“da la impresión de que el legislador se queda en el umbral sin atreverse a entrar en el fondo del problema y que consiste en el fin último que se persigue con la creación de un estado de inseguridad colectivo: **influir políticamente** en determinados sectores de la población o en la sociedad toda, imponiendo, como acierta DOMÍNGUEZ VIAL, “una conciencia particular, que parte por negar la de los otros, la soberanía popular y la libre determinación de los pueblos”, y que supone una **alteración del orden constitucional**”*¹⁷¹.

- Los medios empleados para la comisión de delitos de terrorismo deben ser catastróficos. Que sean catastróficos implica atentar en contra de derechos humanos fundamentales como la vida e integridad física de las personas. Además se debe atentar contra civiles. Si un determinado acto de violencia no afecta a estos derechos humanos fundamentales no debe ser considerado como terrorista. La ley antiterrorista chilena ha sido aplicada para los casos de incendio, estipulando los letrados de los tribunales orales en lo penal de Angol, que el delito es terrorista por causar terror en parte de la ciudadanía, pero omitieron el que estos actos de violencia, que si bien deben ser sancionados como incendio, nunca han afectado la vida o la integridad física de alguna persona y, en consecuencia, no le debieron otorgar el carácter de terrorista.

¹⁷⁰ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. cit. Vol. II. 2001. pp. 534.

¹⁷¹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. cit. Vol. II. 2001. pp. 537.

- El terrorismo reviste una asociación ilícita. La tipificación de un delito terrorista tiene como supuesto esencial que exista una organización criminal que idea, financia y ejecuta los actos de terrorismo. Esto se entiende a partir de la consideración de que el terrorismo atenta en contra el orden constitucional de una sociedad y dicho orden no puede verse amenazado por un solo individuo. La ley antiterrorista chilena no contempla este elemento con lo que sanciona como terrorista un acto sin miramientos a quienes los ejecutan (individuo u organización), y además, tipifica a la asociación ilícita terrorista¹⁷², sin entender que el terrorismo supone en su esencia una asociación ilícita.
- El terrorismo afecta de los derechos humanos fundamentales y estos son la vida y la integridad física. No se debe considerar terrorista a aquellos actos de violencia que sólo afecten la propiedad u otro tipo derechos humanos que no sean los fundamentales. En Chile se sanciona como terrorista a los incendios sin que estos tengan como consecuencia la afección al derecho a la vida o a la integridad física de las personas.
- La Publicidad y adjudicación de los actos de terrorismo es una elemento que se debe considerar a la hora de tipificar y sancionar un delito como terrorismo. Esto se relaciona con el atentado al orden constitucional que significa el terrorismo. La publicidad y adjudicación de los actos terroristas tiene la intención de determinar cuál es el nuevo orden que el terrorismo planea imponer.

¹⁷² Véase en FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Misión Internacional de Investigación CHILE- La Otra Transición Chilena: Derechos del Pueblo Mapuche, Política Penal y Protesta Social en un Estado Democrático**. Federación Internacional de los Derechos Humanos (fidh), N° 445/3, Santiago, Chile, abril 2006, en <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/mapuche.pdf>, pág. 44 - 49 y HUMAN RIGHTS WATCH. **Indebido Proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuches en el sur de Chile**. Human Rights Watch. Vol. 16. N° 5(B). Octubre, 2004. pp. 43 - 46.

En definitiva, si bien la tipificación del delito de terrorismo en Chile no es del todo insatisfactoria, al no contemplar elementos de la esencia del terrorismo, se vuelve ambiguo y da cabida a arbitrariedades y abusos contrarios a un real Estado democrático y de derecho.

1.3) MAPUCHES ¿ENEMIGOS DE QUIÉN?

El pueblo Mapuche, a través de la historia de Chile, ha sido sistemáticamente abatido. La desprotección por parte del ordenamiento jurídico nacional es notoria. Las intenciones de crear una normativa que proteja sus derechos como pueblo indígena probablemente han existido, pero no han logrado pasar de ser intenciones, puesto que la desolación jurídica en que se encuentran hoy y que se arrastra desde los inicios de la conquista española cada vez es más aguda.

Las riquezas de las ancestrales tierras del pueblo Mapuche y los recursos naturales que en ellas se encuentran son enormes y muy fructíferas, por lo que históricamente los distintos grupos económicos y políticos han pretendido, teniendo resultados favorables para ellos, tener injerencia y dominio sobre ellas.

La disputa territorial que el pueblo Mapuche a mantenido con la autoridad política -impuesta a ellos desde la conquista- es el factor que determina su condición socio-económica y jurídica contemporánea.

Ya se exponía que uno de los factores que determinan el carácter de enemigo en Chile y en el mundo es la marginalidad socio-económica y cultural en que se sitúan los sujetos a los que se les aplica el Derecho Penal del Enemigo.

El pueblo Mapuche adquiere una posición de marginalidad social y, en consecuencia se transforma en enemigo en el ordenamiento jurídico nacional, principalmente por no poseer recursos que le den una posición económica de peso en la sociedad en que vivimos. Esto de “no poseer recursos” es el tema que en definitiva le otorga al “conflicto Mapuche” fundamento y sustento social, puesto que las tierras ancestrales mapuches, les fueron despojadas paulatinamente a través de distintos procesos jurídicos usurpatorios y de desprotección, provocando la disminución territorial, étnica, económica y socio-cultural del pueblo Mapuche.

En Chile, el pueblo Mapuche tiene presencia desde la VIII a la X región, pero principalmente en la IX región del país. Es ahí donde se encuentran los más importantes reductos indígenas que los distintos gobiernos desde la conquista han determinado para ellos. Es precisamente en la IX región donde se alcanzan los Índices de Desarrollo Humano¹⁷³ (IDH) más bajos de Chile, siendo los Mapuches sus titulares.

La Federación Internacional de Derechos Humanos¹⁷⁴ en su Informe N° 445/3 de abril de 2006 titulado CHILE- La otra transición chilena: derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático; sostiene, en relación a los IDH que afectan a los mapuches, que *“esto, es una consecuencia de las condiciones de discriminación estructural en contra de las personas mapuches en los planos social y económico, traducidos, en el acceso limitado a los servicios públicos, incluyendo la educación y la salud, y que circunscriben los beneficios del desarrollo del país en su conjunto”*¹⁷⁵. Estos índices son un reflejo real y concreto de la condición en que viven los indígenas en

¹⁷³ En adelante IDH.

¹⁷⁴ En adelante FIDH.

¹⁷⁵ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Misión Internacional de Investigación CHILE- La Otra Transición Chilena: Derechos del Pueblo Mapuche, Política Penal y Protesta Social en un Estado Democrático**. Federación Internacional de los Derechos Humanos (fidh), N° 445/3, Santiago, Chile, abril 2006, en <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/mapuche.pdf>, pág. 5.

Chile y explican el por qué de la elevada conflictividad social del pueblo Mapuche. Los niveles de empobrecimiento innegablemente desencadenan reacciones, generándose así un conflicto social severo.

Existen diversos factores que inciden y determinan directamente en la situación de empobrecimiento del pueblo Mapuche, los más destacados y de mayor injerencia son¹⁷⁶:

- a) la reducción de sus tierras por parte del Estado a lo largo de toda la historia de Chile.
- b) La pérdida de recursos, ya sea por la pérdida de tierras como por la degradación de los recursos naturales que en ellas existen.
- c) La crisis de la agricultura tradicional producto de la globalización y apertura de los mercados.
- d) La expansión forestal del sur de Chile.
- e) El escuálido acceso a centros educacionales básicos, medios y superiores.
- f) El marco jurídico e institucional que en nuestro país se ha implementado respecto de los pueblos indígenas.

Para efectos de esta investigación, si bien son importantes todos los factores que contribuyen a la conflictividad social del pueblo Mapuche, en el que se pondrá especial atención es este último relativo a la situación jurídica e institucional que rodea a los pueblos indígenas y particularmente al pueblo Mapuche.

En un Estado de Derecho, el marco jurídico e institucional creado por el Estado debe propender a la protección y garantía de los diversos derechos de todos aquellos que lo componen o a los que está dirigidos (sujetos de derechos).

¹⁷⁶ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 5.

En el caso de los pueblos indígenas en Chile y particularmente del pueblo Mapuche, este marco jurídico es más bien deficitario y restringido si lo comparamos con los avances y desarrollo que en el contexto internacional y comparado se ha venido perfeccionando¹⁷⁷. Este déficit y limitación genera como consecuencia que tanto los pueblos indígenas como sus territorios queden en una grave situación de vulnerabilidad social, económica, política y cultural.

La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Chile es total y completamente inapropiada para los tiempos y las necesidades tanto de la ciudadanía no indígena como de la indígena.

Basta solo considerar el hecho de que existiendo en Chile una riqueza cultural indígena abundante a los largo de todo el territorio nacional, en la Constitución Política de la República aún no se reconoce la existencia de los pueblos indígenas, y menos aún se incorporan garantías constitucionales de los Derechos de estos pueblos.

Chile no ha ratificado el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, que en el derecho internacional y comparado representa, a criterio de las distintas organizaciones internacionales de Derechos Humanos, *“un consenso internacional mínimo sobre el contenido de los derechos de los pueblos indígenas y los mecanismos requeridos para la protección de los mismos”*¹⁷⁸, a pesar de que en el gobierno de Ricardo Lago Escobar, a iniciativa del mismo presidente, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato recomendaba el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos de los indígenas y la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, además de otras distintas acciones particulares y específicas que

¹⁷⁷ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 6.

¹⁷⁸ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 7.

apuntaban a la mejora de la institucionalidad, definición y ejecución de las políticas públicas existentes¹⁷⁹. La FIDH expone que *“junto al vacío constitucional, la falta de ratificación del Convenio ha sido señalada como una limitación importante al desarrollo de los pueblos indígenas en Chile”*¹⁸⁰.

Para entender cuán insatisfactorio es el marco jurídico nacional respecto de los derechos de los pueblos indígenas, se debe conocer cuán avanzado está dicho marco jurídico a nivel internacional.

El avance y desarrollo del marco jurídico internacional de los derechos de los pueblos indígenas ha llevado a que el régimen internacional incorpore normas que permiten el desarrollo de dichos pueblos en las áreas de principal importancia para ellos, generando una normativa nueva respecto de¹⁸¹:

- a) La no discriminación
- b) Integridad cultural
- c) Tierras y recursos naturales
- d) Desarrollo del Bienestar social
- e) Autogobierno

En Chile ninguno de los aspectos recién mencionados ha sido abordado por el marco jurídico e institucional. La voluntad política por pronunciarse respecto de estos temas es casi inexistente y con ello el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas es nulo.

¹⁷⁹ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 8.

¹⁸⁰ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Misión Internacional de Investigación CHILE- Pueblo Mapuche: Entre el olvido y la exclusión**. Federación Internacional de Derechos Humanos (fidh), N° 358/3, Santiago, Chile, marzo 2003, en <http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl1103e.pdf>, pág. 5.

¹⁸¹ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 10.

El conflicto que hoy se vive en Chile respecto de los pueblos indígenas y muy especialmente del pueblo Mapuche tiene que ver con todas las demandas que se han desarrollado a nivel internacional, pero esencialmente con las de territorialidad y tratamiento de los recursos naturales en dichas tierras. En relación con estas demandas, el marco jurídico aplicable se reduce a la Ley 19.253 o también denominada Ley Indígena de octubre de 1993 y, en forma subsidiaria, a la legislación general chilena.

Al analizar la Ley Indígena es posible evidenciar que en ella no existe una consagración jurídica del reconocimiento de los pueblos indígenas y menos de sus derechos. Lo que hace la Ley Indígena es desarrollar un estatuto en donde se consagra la obligación del Estado a propender a la protección de las etnias indígenas mirando siempre el interés nacional y subordinando cualquier reivindicación que realicen estos pueblos al bien de la seguridad e intereses nacionales. La FIDH es categórica al señalar que *“la Ley 19.253 no trata de derechos indígenas. Legisla sobre las obligaciones estatales de protección y desarrollo de las etnias indígenas, en nombre del interés nacional. En otras palabras, el sujeto de derecho de la ley es el Estado, y el objeto sobre el cual se legisla son los indígenas, sus tierras, cultura y comunidades”*¹⁸². Así lo expresa el artículo 1 de la Ley 19.253 que dice:

“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde los tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: Mapuches, Aymará, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufes y Yámana o Yagán de los

¹⁸² FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 12.

canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores. Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.

La Ley Indígena sólo reconoce a los sujetos indígenas como individuos, negándoles un reconocimiento comunitario. Esto se evidencia en el artículo 10 de la ley¹⁸³ al establecer que las comunidades indígenas deben ser “constituidas” como tales, lo que implica que no se les reconoce el carácter de colectividad; de hecho, se prohíbe por la Ley Indígena, en forma expresa, la representación colectiva de las comunidades indígenas, ya sea como federación u otra forma, por lo que en consecuencia , no sólo no se reconocen a los pueblos indígenas, sino que además se les impide cualquier posibilidad legal de representación colectiva, atentando contra el Derecho de libre asociación consagrado el artículo 19 N° 15 de la Constitución de la República.

Por otro lado, en el artículo 12 de la Ley Indígena, se establece que son tierras indígenas solo aquellas que cuentan con determinados título de propiedad otorgados por los distintos gobiernos a lo largo de la historia de Chile, debido a que en Chile se sostenga por la autoridad política e institucional que desde el siglo

¹⁸³ Artículo 10 inciso 1 y 2 de la Ley 19.253: La Constitución de las Comunidades Indígenas será acordada en asamblea que se celebrará con la presencia del correspondiente notario, oficial del Registro Civil o Secretario Municipal.

En la asamblea se aprobarán los estatutos de la organización y se elegirá su directiva. De los acuerdos referidos se levantará un acta, en la que se incluirá la nómina e individualización de los miembros de la Comunidad, mayores de edad, que concurrieron a la Asamblea constitutiva y de los integrantes de sus respectivos grupos familiares. La comunidad se entenderá constituida si concurre, a lo menos un tercio de los indígenas mayores de edad con derecho a afiliarse en ella. Para el solo efecto de establecer el cumplimiento del quórum mínimo de constitución, y sin que ellos implique afiliación obligatoria, se individualizará en el acta constitutiva a todos los indígenas que se encuentren en dicha situación. Con todo, se requerirá un mínimo de diez miembros mayores de edad.

XIX las tierras mapuches fueron declaradas fiscales y, por lo tanto, los derechos de propiedad de los indígenas respecto de sus tierras emanan de los actos del Estado. Esto para la FIDH constituye un atentado contra los derechos de los pueblos indígenas, sosteniendo que *“de acuerdo a la norma internacional los pueblos indígenas tienen derechos de propiedad sobre las tierras y los recursos naturales basados en sus propios patrones tradicionales y ancestrales de uso y ocupación. Se trata, de un derecho de propiedad sui generis, basado en el derecho consuetudinario indígena y que tiene un fundamento cultural e histórico y no solo económico; derechos de propiedad caracterizado por ser inalienable, imprescriptible e indivisible”*¹⁸⁴.

En definitiva y en forma concluyente la FIDH señala que *“los derechos del pueblo mapuche sobre sus tierras y recursos naturales se encuentran desprotegidos en el ordenamiento jurídico chileno, y los fundamentos de los derechos propietarios indígenas basados en la posesión, uso y derecho consuetudinario son desconocidos”*¹⁸⁵. *La legislación chilena no solo no recogió los*

¹⁸⁴ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 14.

¹⁸⁵ Esto se desprende de la sistematización de la doctrina internacional acerca de los derechos de propiedad indígena que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó, postulando que los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen:

- el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;
- el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y
- en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente.

El estado chileno es parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos, la cuál se encuentra ratificada y vigente, por tanto forma parte del bloque de constitucionalidad del Estado de acuerdo al artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política chilena. Chile reconoció la competencia de la Corte Interamericana en la interpretación de la Convención Americana, por tanto la jurisprudencia de la Corte es vinculante para Chile.

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 14 y 15.

*planteamientos mapuches, sino que se ubica muy por debajo de los estándares internacionales, obligatorios para el Estado chileno*¹⁸⁶.

El Estado chileno ha contribuido de forma determinante a la desprotección de los derechos de los pueblos indígenas, al no generar un marco jurídico acorde a las necesidades de ellos y a las necesidades de la paz social. La dictación de la Ley 19.253 es insuficiente desde la perspectiva que se le mire; y la no integración, reconocimiento e implementación por parte del Estado chileno de la legislación internacional vigente que regula la situación de los pueblos indígenas, es un atentado a los derechos humanos de los indígenas a la paz social de Chile.

En resumen, la FIDH reafirma lo anterior exponiendo que *“a diferencia de muchos otros países, la desprotección de las tierras indígenas en el Sur del Chile no es solo un producto del despojo colonial, sino que deriva en la mayoría de los casos del funcionamiento de mecanismos jurídicos promovidos por el Estado chileno hasta el umbral mismo de la transición democrática del país. El marco jurídico e institucional sobre los derechos indígenas definido a principio de la transición democrática y todavía operativo en Chile, se ha mostrado claramente insuficiente para reparar las consecuencias de la desposesión de las tierras, incluyendo los legados recientes del régimen militar. Asimismo, este marco se ha mostrado ineficaz a la hora de frenar o amortiguar los distintos procesos que actualmente inciden en la integridad y sostenibilidad económica y ecológica de los territorios indígenas. A ello se le une la puesta en marcha de políticas públicas, incluyendo el fomento a la economía forestal de exportación, el estímulo a la industria turística o la construcción de infraestructuras, que han entrado en conflicto con los objetivos de respeto a la integridad cultural, participación, protección de las tierras y desarrollo de los pueblos indígenas consagrados en la*

¹⁸⁶ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 14.

*legislación chilena, objetivos que en muchas ocasiones se han visto marginados*¹⁸⁷.

Todo cuanto se ha mencionado hasta este momento ha tenido la intención de caracterizar y entender en qué consiste el “conflicto mapuche” desde una perspectiva social, para posteriormente entender el tipo de legislación penal que se le aplica a los mapuches por llevar a cabo determinadas reivindicaciones territoriales. Los mapuches son enemigos en Chile por reivindicar sus tierras ancestrales, por generar conflictos sociales y por pertenecer a los marginados de país.

Como ya se ha dicho, el “conflicto mapuche” tiene como principal factor la reivindicación de las tierras. Esto tiene que ver con que el Estado y los particulares que integran grandes grupos económicos se han apoderado de ellas, lo que ha influido directa y gravemente en la situación de pobreza y marginalidad que hoy y desde hace mucho tiempo atrás viven.

Se debe tener claro y en consideración que las reivindicaciones de la tierra no son un pretexto para generar un conflicto social que le de la posición al pueblo Mapuche que merece, sino que constituyen la razón del por qué de las movilizaciones sociales mapuches. Estas reivindicaciones son el origen de las protestas sociales mapuches puesto que solo a través de sus tierras pueden recuperar, conservar y proteger su cultura, religión y forma socio-económica de vivir. La usurpación de las tierras por parte del Estado le trajo al pueblo Mapuche disminución étnica, social y económica, provocando marginalidad e incluso desprecio, por parte de ellos mismos, de sus orígenes indígenas y su vinculación a la etnia mapuche, poniendo con ello en riesgo la conservación y difusión de la cultura mapuche. Respecto a esto la FIDH comenta que *“las reivindicaciones de*

¹⁸⁷ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 20.

tierra mapuche, y la situación de alta conflictividad social que acompaña a las mismas, hunde sus raíces en las dinámicas históricas y presentes de desposesión de las tierras tradicionalmente pertenecientes al pueblo Mapuche, dinámicas que han conducido a una de las situaciones más críticas de fragmentación y mengua de tierras indígenas en el contexto latinoamericano contemporáneo. Esta situación es uno de los factores fundamentales de pobreza, exclusión social y migración forzada que aquejan en la actualidad a los miembros del pueblo Mapuche en Chile”¹⁸⁸.

Las autoridades estatales y los medios de comunicación han alarmado a la población y a la opinión pública respecto del “conflicto mapuche”. Esta exacerbada alarma pretende llamar la atención de la población y crear un ambiente de preocupación e inseguridad frente a las acciones que los mapuches llevan a cabo para lograr la reivindicaciones que titularizan. La opinión pública, ante la provocación de los medios de comunicación, queda empapada de la sensación de violencia extrema que supuestamente desencadenan los mapuches y con ello, como en estos tiempos la sociedad privilegia la seguridad por sobre cualquier otro tipo de bien jurídico protegido, legitima hasta el punto de exigir por parte de la autoridad, que se reaccione contra quienes provocan revueltas sociales como las producidas por los mapuches. La autoridad actúa legitimada por la población y con ello justifica los excesos de la política penal que en Chile se ha desarrollado respecto del conflicto mapuche.

La respuesta de las autoridades es la criminalización del conflicto social mapuche. Hoy en Chile, la política penal actúa criminalizando las acciones de protesta social de las comunidades indígenas. Esto es totalmente injustificado debido a que, sin desconocer que las acciones de protesta social mapuche han sido violentas, esta violencia no ha sido dirigida contra la vida e integridad física de

¹⁸⁸ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 19.

ninguna persona y, menos aún, ha tenido como resultado alguna pedida humana. Absurdamente se ha intentado vincular el movimiento de protesta social de los mapuches a grupos terroristas nacionales e internacionales –aumentando con esto la intranquilidad de la población- pero no ha sido posible probar el supuesto nexo entre las comunidades mapuches y grupos terroristas nacionales o internacionales; sin embargo, cuando se les detiene y juzgan se les aplica a los mapuches la Ley antiterrorismo chilena (Ley N° 18.314), agravando con esto la punibilidad de los actos, la reducción de las garantías del debido proceso y de las garantías penitenciarias entre otras.

En relación a lo expuesto, la FIDH sostiene que *“las acciones de protesta social violenta no han sido orientadas contra la vida y la integridad física de las personas, y en ningún caso han incurrido en pérdidas humanas. Las únicas pérdidas humanas a lamentar en el contexto del “conflicto” están relacionadas con acciones de contención por parte de las fuerzas de orden público, en circunstancias que en determinados casos arrojan serias dudas sobre la legalidad de la actuación por parte de integrantes de estas fuerzas, como en el caso del joven Alex Lemún en 2002. En ningún caso la protesta social mapuche se ha vinculado con un intento de secesión violenta del Estado chileno, por más que la estatalidad propia pueda ser un objetivo político de sectores muy minoritarios de la red organizativa del pueblo mapuche”*¹⁸⁹.

No deja de ser contradictorio el hecho de que en Chile se aplique la Ley Antiterrorista (Ley 18.314) a los mapuches, intentando con esto vincular el movimiento de protesta mapuche a grupos terroristas y aún más, a atentados contra la paz y la seguridad no solo nacional sino que global y, que en términos oficiales, se declare categóricamente a nivel internacional por parte de las

¹⁸⁹ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 18 y 19.

autoridades de gobierno chilenas que en Chile no existe terrorismo reflejando con esto la imagen de país seguro y estable social e institucionalmente.

La criminalización del “conflicto mapuche” y de los mapuches es un claro ejemplo de la técnica legislativa y de combate que implica el Derecho Penal del Enemigo. No hay nada de inocente cuando los medios de comunicación masifican el temor y la sensación de inseguridad de la población. Las autoridades utilizan estos medios de comunicación para crear Derecho Penal del Enemigo y aplicarlo con la legitimidad que otorga la aclamación popular.

En el conflicto mapuche las autoridades definen al mapuche como un enemigo para poder defender intereses políticos y particulares. Utilizan normas penales exacerbadamente punitivas e ineficaces (Derecho penal simbólico) con la intención de contener el creciente malestar social provocado por las insatisfactorias políticas públicas y por los principios de la sociedad neoliberal que hoy rige al mundo. Hay legitimidad en las acciones penales que la autoridad ejerce puesto que la respuesta o solución que se le da al conflicto mapuche es lo que la población les ruega e incluso exige como consecuencia de la difusión comunicacional tendenciosa y criminalizadora que realizan los distintos medios de comunicación. Este modus operandi es propio y característico del Derecho Penal del Enemigo.

Las tierras sobre las que se genera el conflicto mapuche son, en su mayoría, tierras pertenecientes, en términos legales, a los grandes grupos económicos forestales. Esto no es menor puesto que dichos grupos económicos ejercen una fuerte presión al gobierno para que se criminalice el conflicto y se les aplique un tipo de legislación que reviste el carácter de excepcionalidad y emergencia como lo es la Ley Antiterrorista.

La protesta social que implica el “conflicto mapuche” ha evolucionado en intensidad, violencia y categoría jurídica, interviniendo en él, entre otras instituciones las fuerzas de Seguridad Pública, el Ministerio del Interior y el Poder Judicial.

Las fuerzas de seguridad pública en su intento por controlar las manifestaciones sociales del pueblo Mapuche han agudizado las técnicas de represión llegando a hacer uso de una extrema violencia con consecuencias fatales como en el caso del Alex Lemún.

Sin embargo, sostener que la violencia que las fuerzas de Seguridad Pública ejercen sobre los mapuches o sobre cualquier otro tipo de protestantes sociales, es únicamente su responsabilidad, es desconocer la labor que tienen instituciones como el Ministerio del interior (encargado de la Seguridad al interior del Estado) y del Poder Judicial.

La legislación que se aplica al “conflicto mapuche” ha pasado por 3 etapas. En una etapa inicial se aplica la legislación penal ordinaria; muy rápidamente se deja la legislación penal ordinaria para aplicar una normativa penal especial como lo es la ley de Seguridad Interior del Estado; para concluir con la aplicación de una legislación de excepcionalidad y de emergencia como lo constituye la Ley N° 18.314 o más popularmente denominada Ley Antiterrorista.

Human Rights Watch sostiene que *“el uso de la ley antiterrorista en el conflicto de tierras comenzó con el actual gobierno del Presidente Lagos. Además de numerosas investigaciones criminales realizadas de acuerdo con las disposiciones del Código Penal, el gobierno de Eduardo Frei (1994-2000) inició algunos enjuiciamientos contra los mapuches conforme a la Ley de Seguridad del Estado, una ley de 1958 destinada a combatir la subversión, la rebelión y la violencia política. Con el aumento del número de incidentes violentos en la zona y*

la presión creciente de los agricultores para una respuesta oficial más firme, el gobierno de Ricardo Lagos recurrió a la ley antiterrorista como alternativa más poderosa, iniciando al menos seis procesos de este tipo contra líderes presuntamente partícipes en acciones ilegales.

Dicha Ley es un legado del gobierno militar (1973-1990). El General Augusto Pinochet la introdujo en 1984 para enfrentar las acciones de los grupos políticos armados que llevaban a cabo secuestros, asesinatos y ataques contra comisarías de policía con rifles de asalto y lanzagranadas. Es la ley más dura de la legislación chilena, y sus disposiciones han sido endurecidas en cierto modo desde la llegada de la democracia. Duplica las condenas normales para algunos delitos, dificulta la libertad provisional, permite que el ministerio público retenga pruebas a la defensa durante un plazo de hasta seis meses y que los acusados sean condenados basándose en el testimonio de testigos anónimos. Estos testigos comparecen en el juicio detrás de la pantalla para que los acusados y el público no pueda verlos”¹⁹⁰.

¿Qué es lo que lleva a las autoridades a aplicar legislaciones especiales a los mapuches? ¿Qué es lo que justifica que a un conflicto de protesta social se le aplique la legislación más severa que se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico nacional? La justificación radica en la criminalización de los conflictos sociales tan característico del Derecho Penal del Enemigo; y el atentado hacia el derecho de propiedad tan valorado en la sociedad neoliberal que nos rige. No se debe dejar de considerar que el conflicto mapuche se origina por la demanda de reivindicaciones territoriales; que atenta exclusivamente contra el derecho de la propiedad de quienes hoy detentan títulos de dominio sobre esas tierras y que como ya se ha dicho representan a sectores económicos poderosos; y, por último, que los mapuches son quienes tienen los índices de desarrollo humano más bajos de Chile, lo que ratifica la situación de marginalidad en la que viven.

¹⁹⁰ HUMAN RIGHTS WATCH. ***Indebido Proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuches en el sur de Chile.*** Human Rights Watch. Vol. 16. N° 5(B). Octubre, 2004. pp. 3.

Las características de la Ley antiterrorista ya han sido descritas al inicio de este capítulo. La aplicación de esta ley a los mapuches constituye una violación a los derechos humanos de los pueblos indígenas y un atentado a la dignidad de las personas. Es una demostración de que en Chile la aplicación de la legislación de emergencia es un hecho, evidenciándose con ello que la aplicación del derecho penal del enemigo con sus respectivas características es una realidad.

El Derecho Penal del Enemigo se caracteriza por:

- xiii) Anticipación de la punibilidad de aquellos actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros.
- xiv) Desproporcionalidad de las penas.
- xv) Restricción e incluso anulación de garantías y derechos procesales del imputado.
- xvi) Las leyes que componen al derecho penal del enemigo, más que ser normas penales, son normas de “lucha o combate”.
- xvii) Restricción de derechos y endurecimiento de las condiciones que el derecho penitenciario protege.
- xviii) Disminución de la edad de imputación penal.

Son precisamente éstas las características que posee la Ley Antiterrorista, en lo relativo a su aplicación al conflicto mapuche.

La Ley Antiterrorista, respecto de su aplicación práctica a los casos de protesta social que encierra el conflicto mapuche, presenta fuertes contradicciones con el Derecho al debido proceso, la igualdad y la no discriminación consagrados en diversas convenciones de derechos humanos¹⁹¹; es contradictoria además con

¹⁹¹ Los instrumentos jurídicos que vinculan a Chile y que además gozan de un amplio reconocimiento internacional son la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 1.1); el

los principios de legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad.

La Ley Antiterrorista afecta al debido proceso entre otras cosas por lo siguiente¹⁹²:

- Impone sanciones más graves de las que proporcionalmente corresponderían al delito cometido.
- Permite que se le otorgue a la parte acusadora mayores poderes de investigación respecto de la determinación de la responsabilidad penal en los casos relacionados con el terrorismo.
- Disminuye, a los acusados de terrorismo, el nivel de garantías que se le reconoce a los acusados de delitos de carácter ordinario, permitiendo prorrogar el secreto de actuaciones, registros o documentos en la etapa de investigación por períodos de hasta seis meses; interceptar comunicaciones telefónicas; aumentar los plazos de detención antes de poner a los acusados a disposición del juez; exigir la unanimidad de los jueces de apelación para la sustitución de la prisión preventiva por otras medidas cautelares personales (arraigo nacional y privación de la libertad domiciliaria total o parcial).
- Presentar “testigos sin rostro” a los juicios por parte de los acusadores.
- Privar en forma automática la posibilidad de indulto.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XXVI) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8), así como la interpretación autorizada que realizan los órganos internacionales encargados de su supervisión.

¹⁹² FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 25 y 26.

La legislación antiterrorista chilena ha vulnerado el principio de proporcionalidad de las penas. Los mapuches en su actuar en el conflicto social sobre la reivindicación de los territorios que ancestralmente les pertenecían, han cometido delitos que son tipificados y penados por la normativa penal ordinaria, como por ejemplo el incendio. Sin embargo, los tribunales orales en lo penal han optado por aplicar la ley antiterrorista, adjudicándole con ello la característica de terrorista a los mapuches según lo dispuesto por el artículo 1 y 2 de la Ley N° 18.314 y, en consecuencia, legitimando con ello que a los mapuches, sin ser terroristas se les de un trato discriminatorio y no ajustado a derecho, producto de la marginalidad social, económica y cultural en que viven. Además, la aplicación de esta normativa antiterrorista duplica las penas que según la normativa penal ordinaria debían recibir. Esto implica una vulneración directa del principio de proporcionalidad de las penas.

El principio de legalidad según lo expuesto por la FIDH y los diversos órganos internacionales de derechos humanos ha sido interpretado en el sentido de incorporar como un requisito de la esencia el *“exigir que los delitos estén definidos sin ambigüedades”*¹⁹³. Este requisito no se aprecia en el caso de la ley antiterrorista puesto que el artículo 1 y 2 de la ley permiten la aplicación de esta legislación de emergencia a un margen muy general de individuos, provocando con ello el socavo de los derechos humanos fundamentales de todas las personas y ante todo el abuso por parte del Estado del poder punitivo que titulariza. En concordancia con lo anterior la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionaría con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la*

¹⁹³ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 30.

*libertad*¹⁹⁴. El principio de legalidad, respecto de los delitos de terrorismo, implica que se otorgue una definición precisa y determinada del tipo penal que los sancione. Esta definición exhaustiva requerida no es la realidad que se observa en la ley antiterrorista chilena, muy por el contrario, pues es tipo penal excesivamente amplio e impreciso.

En Chile, los casos en que se ha aplicado la ley antiterrorista han sido previstos para ilícitos como incendio (caso Poluco Podenco), lanzamiento de artefactos incendiarios (caso de Victor Ancalaf) o de amenazas de incendio (caso de los longkos Pichún y Norín). Jamás se probó que en estos casos se hayan experimentado actos de violencia o amenaza real contra la vida o la integridad física de las personas, sino que principalmente se atentó contra la propiedad privada. Tampoco se produjeron daños que pudieran poner en riesgo la seguridad o el orden público de la ciudadanía en su conjunto. Esto lleva a concluir que la aplicación de la ley antiterrorista es del todo injustificada y que encierra en si la ideología del sistema neoliberal y del Derecho Penal del Enemigo, donde la protección de la propiedad privada requiere de la máxima protección y resguardo.

Los mapuches, no pueden ser considerados terroristas, porque no lo son desde ninguna perspectiva, por lo que esta consideración no hace más que violentar los principios de proporcionalidad y necesidad que fundamentan y dan sentido al principio de legalidad reconocido por el Derecho Penal liberal y por la legislación internacional.

La aplicación de la legislación antiterrorista afecta además al principio de seguridad jurídica puesto que la selectividad e incoherencia con que se aplica la ley antiterrorista produce un justificado quiebre en la seguridad jurídica ya que determinadas acciones similares serán y son sancionadas en forma diferente y más

¹⁹⁴ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 30.

gravosa, existiendo con ello una discriminación real y plausible en la administración de justicia¹⁹⁵.

Jurisprudencialmente, son cuatro los casos en los que se ha aplicado la ley antiterrorista, siendo condenados nueve mapuches. Estos casos son:

- Caso de los longko Pichún y Norín, donde se condenó a Pascual Pichún y a Aniceto Norín por el delito de amenaza terrorista a una condena de cinco años un día por el Tribunal oral en lo penal de Angol el día veintisiete de septiembre de dos mil tres.
- Caso Poluco Podenco, donde se condenó a Juan Carlos Huenulao Lielmil, José Benicio Huenchunao Mariñan, Patricia Troncoso Robles, Juan Millacheo Lican, Florencio Marileo Saravia y Juan Patricio Marileo Saravia, por el delito de incendio terrorista a una condena de diez años y un día por el Tribunal oral en lo penal del Angol el día veintidos de agosto de dos mil cuatro excepto don Juan Huenulao que fue condenado el día tres de mayo de dos mil cinco.
- Caso Ancalaf, donde se condenó a Victor Ancalaf Ilaupe por el delito de lanzamiento de artefacto incendiario a una condena de cinco años y un día por el Tribunal oral en lo penal de Concepción el día cuatro de junio de dos mil cuatro.

¹⁹⁵ Más allá de la aplicación de la legislación antiterrorista se debe dejar constancia que el conflicto mapuche no es ajeno a la jurisdicción de los tribunales militares. Según la FIDH *“el sistema de justicia militar constituye una de las herencias de la dictadura de Pinochet que más han despertado las críticas de los órganos internacionales de derechos humanos, y que recuerdan los importantes déficit todavía pendientes en el sistema de garantías chileno a pesar de la entrada en vigor de la reforma procesal penal en 2002. Así ha sido puesto de manifiesto expresamente por distintos órganos y organizaciones internacionales de derechos humanos. Ya hace más de veinte años, en 1985, la CIDH denunció que el sistema de justicia militar chileno “viola el derecho a la justicia y afecta profundamente el principio de igualdad ante la ley” y “vulnera ostensiblemente las normas del debido proceso”*”. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Ob. cit. Santiago, Chile, abril 2006, pág. 50.

- Caso de Asociación ilícita, donde no hubo condenados.

En resumen, se puede decir que la criminalización de conflicto mapuche constituye la aplicación del Derecho Penal del Enemigo traducido en la aplicación de la Ley Antiterrorista. Los mapuches son enemigos por la lucha en pro de la recuperación de sus territorios ancestrales, por atentar en contra el derecho de propiedad de los grandes grupos económicos chilenos, por pertenecer al grupo de marginados sociales de Chile y por último, por no asimilar en su conducta y forma de vida los términos del sistema neoliberal. No se explica de otra forma la aplicación de leyes excepcionales y de emergencia y la consecuente disminución de garantías a los mapuches.

En diversos momentos históricos, la lucha contra el “terrorismo” ha servido muchas veces de excusa para promover la violación masiva de los derechos humanos. Hoy, la lucha contra el terrorismo es la punta de lanza de la promulgación de legislación que reviste las características de Derecho Penal del Enemigo. La realidad de Chile y la aplicación de la ley antiterrorista deja de manifiesto que este país no es ajeno a la aplicación de una normativa de lucha en contra los supuestos “terroristas”, que más que tener características de terroristas tienen características de enemigos del sistema neoliberal que rige al mundo.

1.4) EL FUTURO DE CHILE ES EL ENEMIGO. ADOLESCENTES Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

Una de las características del Derecho Penal del Enemigo, tal como se expresó en el primer capítulo es la **disminución de la edad de responsabilidad**

penal¹⁹⁶. El adelantamiento de la punibilidad tiene implicancias respecto de expandir el universo de potenciales enemigos y, por tanto, el Estado crea normas para prevenir que los posibles focos de delincuencia se desarrollen, criminalizando no los hechos cometidos, sino a las personas que potencialmente puedan cometer un acto en contra la sociedad y su seguridad.

Para Bustos, ser imputable significa *“tener la capacidad de conocer la ilicitud del obrar y del poder actuar conforme a tal conocimiento”*¹⁹⁷. Es decir, identifica dos elementos que definen la imputabilidad, estos son: conocimiento (momento cognoscitivo) y voluntad (momento volitivo). Él considera que esto es insuficiente o insatisfactorio, puesto que con ello se obvia la realidad existente en todo sistema social, es decir, omite el mundo cultural, las vivencias y las creencias que puedan interferir en la relación de un sujeto determinado con la cultura dominante y hegemónica en que se desenvuelve, produciendo con esto la omisión y desconocimiento de las demandas de vastos grupos sociales; y consecuentemente generando una dominación sobre dichos grupos sociales a través de una política penal discriminatoria¹⁹⁸. Sólo considerar el conocimiento y la voluntad como elementos para la imputabilidad y no los aspectos socio-

¹⁹⁶ Véase LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *“Derechos Humanos y Justicia Penal Juvenil”*, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/30llobet.doc>, pp.1-44; CORTÉS MORALES, Julio. *“Acerca de la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes”*, en http://www.opcion.cl/upfiles/UserFiles/File/Biblioteca_Documentos_Justicia_Juvenil/Responsabilidad_Penal_Chile.pdf, pp. 1-20; CHÁVEZ DE PAZ, Dennis. *“Juventud y Terrorismo”*, en <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/chavez3.pdf>; CILLERO BRUÑOL, Miguel. *“Nulla Poena Sine Culpa. Un Límite Necesario al Castigo Penal de los Adolescentes”*, en http://www.iin.oea.org/nulla_poena_sine_culpa_M._Cillero.PDF; BERRIOS DÍAZ, Gonzalo. *“El Nuevo Sistema de Justicia Penal para Adolescentes”*, en Revista de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 6, Año 2005, pp. 162 – 175, y en <http://www.defensoriapenal.cl/archivos/1141679331.pdf>; AGUIRRE, Eduardo Luis. *“La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil”*, en <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=15,201,1,0,1,0>; UNICEF. *“¿Qué es un Sistema Penal Juvenil”*, en <http://www.chicosdelacalle.org/textos/unicef.doc>.

¹⁹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *“Imputabilidad y Edad Penal”*, en http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf, pp. 1.

¹⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *“Imputabilidad y Edad Penal”*, en http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf, pp. 2.

económicos justifica el tratamiento estigmatizador y denigratorio que reciben los marginados por el sistema neoliberal.

El Derecho Penal del Enemigo sigue una lógica de exclusión. La marginalidad es exclusión y, por tanto, a todos quienes tengan esa característica se les aplicará el Derecho Penal del Enemigo.

No es ajeno a la realidad de la justicia chilena y de su sistema de política criminal el clientelismo de la justicia penal. A los tribunales de justicia mayoritariamente se dirigen los sectores socio-económicos más disminuidos. La marginalidad es un factor para criminalizar y estigmatizar a estos sectores socio-económicos, catalogándolos como sujetos socialmente peligrosos y, por tanto, una amenaza a la seguridad social y, en consecuencia, la transformación en enemigos merecedores del trato que otorga el Derecho Penal del Enemigo.

Hasta antes de la Ley N° 20.084 denominada Ley de responsabilidad penal adolescente, el sistema penal, ante algún acto violento por parte de menores, intentaba establecer el discernimiento con el que había actuado el adolescente. Si no tenía discernimiento era inimputable, por el contrario, si tenía discernimiento es imputable y se le aplicaba el Código Penal, pero con la salvedad de que se realicen importantes rebajas en la duración de las penas¹⁹⁹. Se entendía que este tipo de política criminal se aplicaba en orientación a la tutela que debe ejercer el Estado respecto de los menores.

La Ley N° 20.084²⁰⁰ tiene otra perspectiva de la imputabilidad de los adolescentes. La primera medida es rebajar la edad de responsabilidad penal criminal de dieciséis años (cuando tenía discernimiento el adolescente) a los

¹⁹⁹ BERRIOS DÍAZ, Gonzalo. ***“El Nuevo Sistema de Justicia Penal para Adolescentes”***, en Revista de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 6, Año 2005, pp. 162 – 175, y en <http://www.defensoriapenal.cl/archivos/1141679331.pdf> , pp. 163.

²⁰⁰ Publicada en el Diario Oficial el día 7 de diciembre de 2005.

catorce años (Artículo 3). Esta rebaja de la edad de responsabilidad penal criminal sirve para sancionar con penas más duras a los adolescentes.

La pregunta que cabe es ¿por qué el legislador y la autoridad política rebaja la edad de responsabilidad penal criminal? Por una actitud de retribucionismo penal extremo.

El encarcelamiento está pensado como una forma de corrección y resocialización. La nueva ley de responsabilidad penal adolescente establece penas de privación de libertad muy duras para los jóvenes. No considera un principio básico del Derecho Penal, esto es, que el Derecho Penal es última ratio.

Es de conocimiento notorio y público que la cárcel no resocializa ni educa a quienes pasan por ella, por el contrario, su efecto es incrementar las redes de delincuencia y las técnicas de profesionalismo delictivo. El legislador apresaa los jóvenes para contener sus acciones delictivas. Establece penas que para delitos graves van desde los cinco años a los diez años de privación de libertad²⁰¹. No se generan políticas de educación y resocialización para los adolescentes, sino que por el contrario, se les excluye porque son considerados focos de peligrosidad social.

Nítido es el exacerbado punitivismo con el que actúa la autoridad política respecto de los adolescentes. La intervención estatal no se puede basar en la peligrosidad de la persona, pues este criterio no es acorde a un Estado social, democrático y de derecho.

¿Por qué los adolescentes son considerados enemigos? Porque al no estar definidos en términos valóricos, sociales y culturales se convierten en un potencial

²⁰¹ UNICEF. **“¿Qué es un Sistema Penal Juvenil”**, en <http://www.chicosdelacalle.org/textos/unicef.doc>. pp. 4.

adepto a las ideas en contra el sistema. El menos tiende a la desviación por lo que debe estar sujeto a la tutela del Estado, sin embargo, cuando se considera que el menor es parte de los sectores sociales que se han criminalizado, esa tutela se convierte en contención de la peligrosidad social.

La delincuencia juvenil se transforma en un factor de riesgo para la seguridad de la sociedad y la paz social, por lo que hay que combatirla²⁰². Para ello, el Estado en vez de tener una actitud educadora y de reinserción²⁰³, actúa estigmatizando y criminalizando a los adolescentes, aplicándoles medidas extremas como la privación de libertad²⁰⁴.

Bustos sostiene lo siguiente: *“Desde un punto de vista general, la aplicación del derecho penal criminal tiene un carácter estigmatizador, es decir, segrega o tiende a segregar al sujeto de su participación sociopolítica. Por tanto su aplicación al menor de 18 años, que ya está limitada en su participación sociopolítica, resulta altamente perjudicial, pues va a destruir todos sus procesos de formación participativa. Va a impedir, en definitiva, que el joven llegue a participar efectivamente. Lo cual evidentemente es perjudicial desde el punto de vista social y se opone a los objetivos constitucionales y sociopolíticos del sistema democrático. Ahora bien, desde el punto de vista concreto, en relación a las penas aplicables, se ratifica lo anteriormente señalado, pues la pena por excelencia del derecho penal criminal es la pena privativa de libertad. Respecto de esta hay*

²⁰² Véase CHÁVEZ DE PAZ, Dennis. “Juventud y Terrorismo”, en <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/chavez3.pdf>, pp. 8-10.

²⁰³ Véase LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **“Derechos Humanos y Justicia Penal Juvenil”**, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/30llovet.doc>, pp. 14; CORTÉS MORALES, Julio. “Acerca de la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes”, en http://www.opcion.cl/upfiles/UserFiles/File/Biblioteca_Documentos_Justicia_Juvenil/Responsabilidad_Penal_Chile.pdf, pp. 7–17; CILLERO BRUÑOL, Miguel. **“Nulla Poena Sine Culpa. Un Límite Necesario al Castigo Penal de los Adolescentes”**, en http://www.iin.oea.org/nulla_poena_sine_culpa_M._Cillero.PDF, pp. 5-7.

²⁰⁴ AGUIRRE, Eduardo Luis. **“La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil”**, en <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=15,201,1,0,1,0>. pp. 1-4.

*abundantes investigaciones que demuestran sus efectos perniciosos sobre el sujeto (en general procesos de despersonalización) y, por tanto, con mayor razón sobre el menor de 18 años*²⁰⁵.

La juventud acarrea ansias de rebeldía, de provocación, de insurrección. El sistema neoliberal teme a quienes no actúan en obediencia de sus principios, los excluye y convierte en enemigos, para así poder mantener el control.

2.- ¿QUIÉNES SERÁN LOS ENEMIGOS EN CHILE?

2.1) INMIGRANTES.

La USA Patriot Act ha consagrado a los inmigrantes como enemigos²⁰⁶. Como antes también se expuso²⁰⁷ la globalización es el fenómeno que permite la expansión del sistema neoliberal y con ello la creación y aplicación del Derecho Penal del Enemigo.

Chile es parte de sistema neoliberal y, en consecuencia, las tendencias legislativas que propone el Derecho Penal del Enemigo se integrarán en su ordenamiento jurídico.

Los inmigrantes, en su mayoría, son personas con carencia de recursos que buscan oportunidades en otros países por las malas condiciones que existen en sus países natales. Respecto de ellos se produce una estigmatización criminal.

²⁰⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *“Imputabilidad y Edad Penal”*, en http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf, pp. 10.

²⁰⁶ Supra capítulo II.

²⁰⁷ Supra capítulo II.

En Chile los inmigrantes están relacionados a la drogas, a las empleadas domésticas, a los vendedores ambulantes y a los delincuentes comunes. La sensación popular es que los inmigrantes atentan contra la seguridad social. Peleas callejeras, aumento de la pobreza, de la delincuencia y, en definitiva, de la marginalidad.

Si se es consecuente con las consideraciones hechas respecto de la peligrosidad social y la marginalidad que se atribuye a los enemigos, se concluye que los inmigrantes si bien hoy no son jurídicamente enemigos, lo serán en un período bastante reducido.

Cancio Meliá sostiene que lo que le otorga especialidad a los fenómenos a los que el Derecho Penal del Enemigo ataca es que “los comportamientos delictivos a los que se dirigen afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión. Pero no en el sentido de un riesgo fáctico extraordinario para esos elementos esenciales, sino ante todo, en un determinado *plano simbólico*”²⁰⁸. Si se sigue este análisis, entonces se puede considerar que los inmigrantes son enemigos porque el comportamiento delictivo que realizan y que afecta a los elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de la sociedad actual, es la marginalidad y pobreza de esos sujetos. Ese es el comportamiento delictivo que se les adjudica a los inmigrantes.

Aún no hay normas penales que los sancionen en forma particular. Se les aplica el Derecho Penal común ante hechos delictivos, pero para nadie es ajena la sensación de criminalización y estigma que han recibido los inmigrantes. Ellos representan marginalidad y por tanto son un foco de peligrosidad para la

²⁰⁸ JAKOBS, Günther - CANCIO MELIA, Manuel. **Derecho Penal del Enemigo**. Editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 40.

propiedad privada y la seguridad de los ciudadanos. Dichas consideraciones fundamentan el trato de enemigo que se da a los adolescentes y, por tanto, cabe pronosticar que los inmigrantes sean los futuros enemigos de nuestro sistema jurídico y social como lo son en Estados Unidos y la Unión Europea.

2.2) DELINCUENTES REINCIDENTES HABITUALES.

Jakobs reflexiona lo siguiente: “Es el correspondiente complejo de normas el que constituye los criterios para definir lo que se considera una persona. En la práctica, un sujeto es siempre persona en muchos sentidos, debido a que desempeña diversos roles. La identidad subjetiva está más conseguida cuanto más clara es la línea que sigue la persona que se representa; ciertamente, una línea absolutamente recta puede ser muestra de incapacidad de evolucionar, pero las rupturas violentas evidencian hipocresía”²⁰⁹.

Quien delinque se transforma en un hipócrita pues reniega del papel o rol que socialmente ha adquirido, puede que esta hipocresía sea solo excepcional, caso en el cual se aplica el Derecho Penal del Ciudadano, pero en caso contrario, es decir, no es un comportamiento excepcional sino recurrente y continuo, entonces habrá una transformación en enemigo de la sociedad y con ello la pertinente aplicación del Derecho Penal del Enemigo.

El camino que debe recorrer un individuo para convertirse en enemigo está dado por la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva, pero en sobremanera por pertenecer a organizaciones que se enfrentan al derecho y

²⁰⁹ JAKOBS, Günther. Ob. cit. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996. pp. 83

ejercer cualquier tipo de actividad que lo vinculen a ellas²¹⁰. Jakobs reafirma esta idea exponiendo que *“hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona”*²¹¹.

Cuando el individuo cae en la reincidencia, reniega del orden jurídico al que adhirió a través de su consentimiento al pacto social. Por lo tanto, enemigo es quien rompe con el contrato social, el que lo infringe de una forma determinada y conciente y no pretende retraerse de esa conducta. Esto le quita la calidad de persona y, en consecuencia, no participa de los beneficios que ese carácter le otorga²¹².

Jakobs al habla de la habitualidad en la conducta contraria al Derecho, funda su argumento en el absolutismo del pensamiento de Hobbes. Esta habitualidad o profesionalismo delictivo debe ser en contra del soberano, en contra de quien detenta el poder de ordenar a la sociedad.

En la actualidad, atentar contra el soberano es actuar en contra la ideología y principios del sistema neoliberal. De esto es pertinente inferir que si el neoliberalismo postula la acumulación de riquezas y, en consecuencia, la sobre protección al derecho de propiedad, entonces atentar contra la propiedad es atentar contra los principios del sistema neoliberal y por lo tanto en contra el soberano.

²¹⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. **“Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado *Derecho Penal del enemigo*”**, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*. 2005, N° 07-02. pp.6.

²¹¹ JAKOBS, Günther- CANCIO MELIA, Manuel. ***Derecho Penal del Enemigo***. Thomson, Civitas, Cuadernos Civitas. Madrid. 2003 pp. 38.

²¹² JAKOBS, Günther- CANCIO MELIA, Manuel. ***Derecho Penal del Enemigo***. Thomson, Civitas, Cuadernos Civitas. Madrid. 2003 pp. 26.

Lo anterior se entiende desde la perspectiva de los Derechos Humanos. El terrorismo en su esencia es contrario a los Derechos Humanos y es precisamente por ello que en un Estado de Derecho, social y democrático se considera un atentado contra el Estado atentar contra estos derechos fundamentales. De ahí que se sancionó con mayor vigor este tipo de delitos. Lo mismo sucede con el derecho de propiedad en el sistema neoliberal. El que atenta en contra la propiedad en el neoliberalismo atenta contra la hegemonía del sistema y se convierte en un enemigo de este por lo que se aplica el Derecho Penal del Enemigo pues es el tipo de legislación que el neoliberalismo ha creado para combatir a sus enemigos²¹³.

Siguiendo la línea de análisis hasta ahora propuesta se concluye que los delincuentes reincidentes habituales se transforman en enemigos porque atentan contra el derecho de propiedad. Las penas estipuladas para los delitos en contra la propiedad van en aumento y cada vez se endurecen.

Por todo lo expuesto, los delincuentes reincidentes habituales muy pronto recibirán un trato de enemigo. En la práctica este trato ya se les comenzó a dar, pero en términos jurídicos aún no se ha creado legislación que revista el carácter de Derecho Penal del Enemigo, aunque no falta mucho para eso.

²¹³ Supra capítulo I.

CAPÍTULO V:

HACIA LA ABOLICIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

1.- ¿EVOLUCIÓN O PRIMITIVISMO DEL DERECHO PENAL? ORÍGENES Y PROLIFERACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN RELACIÓN CON LOS FACTORES SOCIALES, POLÍTICOS Y ECONÓMICOS QUE LO DETERMINAN.

Es innegable que el Derecho Penal ha evolucionado²¹⁴ desde sus inicios²¹⁵ hasta los tiempos que hoy vivimos. Lo mismo ocurre con la construcción y el desarrollo de la Ciencia Penal a lo largo de la historia.

Para el objeto de esta investigación lo que interesa es hacer una breve reseña de esta evolución en la Ciencia Penal, para posteriormente analizar si el desarrollo del Derecho Penal del Enemigo, tanto dogmáticamente como en la praxis, es parte del proceso de evolución del Derecho Penal o en definitiva es un retroceso primitivizador de este derecho.

²¹⁴ Véase VV.AA.. *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Congreso Internacional sobre Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. UNED, Madrid, 2001. pp. 39-59; VV.AA. *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Editorial Comares. Granada. 2000. pp. 471-487; LASCANO, Carlos Julio. *“La insostenible “modernización del derecho penal” basada en la “tolerancia cero” desde la perspectiva de los países “emergentes”*”, en <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>

²¹⁵ Con la venganza o tuza en los tiempos de la Prehistoria donde victimario quedaba al arbitrio de la víctima o su familia, sin tener consideración alguna respecto de cuál era el castigo que se le daría, ni menos respecto de si ese castigo era proporcional al mal causado.

La ciencia penal inicia su proceso de evolución con el pensamiento del Iluminismo en el período histórico de la Ilustración²¹⁶ y más precisamente con la conocida obra de Cesare Beccaria titulada “De los delitos y de las penas” en el año 1764, donde se plantea la “humanización del Derecho Penal”.

El pensamiento iluminista²¹⁷ fue decisivo en la primera etapa del desarrollo de la ciencia penal donde el racionalismo tenía pleno protagonismo. Fue así como hubo distintas tendencias en el pensamiento racionalista, donde las más destacadas fueron²¹⁸: a) *el racionalismo jusnaturalista*, donde los autores más destacados son Von Feuerbach (considerado por muchos el Padre del Derecho Penal), Birnbaum, Rossi, Carrara, Pacheco y Groizard, entre otros. b) *el racionalismo dialéctico* de Hegel. c) *el racionalismo correccionalista*, donde sus pensadores más destacados son Krause, Röder y Silvela, entre otros. d) *el*

²¹⁶ Período histórico del pensamiento desarrollado a fines del siglo XVIII y XIX originado en Inglaterra y expandido por toda Europa y el Nuevo Mundo, alcanzando su máximo esplendor en Francia. En palabras de Kant “La Ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otros. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡Sapere aude! ¡Ten valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la Ilustración”. Immanuel Kant en KREBS, Ricardo. **BREVE HISTORIA UNIVERSAL**. Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1989, pp. 243 – 248.

²¹⁷ Juan Bustos Ramírez entiende que iluminismo se puede resumir de la siguiente forma: “El pensamiento iluminista se caracteriza por ser racional, utilitario y jusnaturalista, sin perjuicio de que en algunos autores una u otra tendencia aparezca en segundo plano. Pero todos ellos se esfuerzan por conciliar estos diferentes puntos de vista, que a primera vista aparecen como inconciliables. Ello en razón de que en todos prima una característica común: su carácter crítico. Su actitud metodológica fundamental es la de desentrañar la realidad que está bajo las apariencias del estado de cosas existente y es eso, al estudiar tales relaciones particulares, lo que los hace totalizar y comprender todo el fenómeno en su globalidad. Tal actitud crítica de ese estado de cosas y de las relaciones concretas existentes en la sociedad los lleva a una crítica del Estado y como parte de este al problema del derecho, de la ley penal, de la pena y del delito. Luego, al analizar pena y delito dentro de una visión totalizante, esta necesariamente adquiere un carácter político. Se trata de cambiar las estructuras, de fijar objetivos para una mejor legislación y una mejor administración de justicia. Es por eso por lo que descienden a todos los aspectos prácticos del Derecho Penal. Su actitud crítica es de carácter práctico, se trata de crear un nuevo Estado. El Derecho Penal actual nace pues impregnado de una metodología crítica y práctica, como característica común. Por ello cuando se habla del período iluminista no se puede deslindar solo un aspecto del fenómeno penal, sino que hay que comprenderlos todos y, en tal medida, los autores iluministas eran al mismo tiempo que penalistas en estricto sentido, político-criminales y criminólogos”. BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal Parte General**. Ara Ediciones, Perú, 2004, pp. 356.

²¹⁸ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob.cit. Tomo I. Ara Ediciones, Perú, 2004, pp. 359 - 378.

racionalismo positivista, última etapa de este período inicial de desarrollo del derecho penal, cuyo principal exponente es Kart Binding.

Con carácter global y crítico práctico nace la ciencia penal del siglo XIX, sin embargo, al poco andar se pierde esta unidad y la tendencia ya no es la visión totalizadora del derecho penal, sino que por el contrario, la atomizada. Esto se refleja en el antagonismo que en la mayoría de las ocasiones adquieren las distintas tendencias del racionalismo.

Juan Bustos resume esta primera etapa de la siguiente forma: “Ciertamente esta primera etapa en la evolución del Derecho Penal es la que aparece más claramente como heredera del pensamiento iluminista, si bien hay un aspecto esencial del cual prescinde y que marca las fronteras entre una etapa y otra, es decir que el pensamiento liberal clásico abandona la posición crítica negativa, propia del Iluminismo y que posibilitó el surgimiento del nuevo Estado y el nuevo Derecho Penal.

Por el contrario, el liberalismo clásico es eminentemente constructivo, pero, al igual que el Iluminismo, parte fundamentalmente de la razón especulativa y no de la observación y la comprobación de las observaciones, que sería la característica del segundo período, el de la ciencia. Ahora bien, esta aplicación de la razón especulativa, como en los iluministas, tiene un sentido práctico, no destructivo, pero sí destinado a la elaboración de un sistema de garantías del ciudadano frente al nuevo Estado para así evitar caer nuevamente en el Estado antiguo.

Uno de los puntos de mayor fricción será el relativo a los alcances de esta postura práctica de los iluministas, que en muchos llegaba hasta el utilitarismo. Sin embargo, este utilitarismo es recogido por algunos, lo que lleva a los planteamientos de prevención general y a los de corrección (o prevención especial), tendencia esta última que consecuentemente llevaba a la vía del empirismo y de poner en primer lugar la consideración del individuo. Pero otros,

los que en definitiva dominan el pensamiento liberal clásico, rechazan, sobre la base de una concepción ética, jusnaturalista o simplemente racionalista, tal posición utilitarista, justamente porque afecta las garantías del individuo frente al Estado. Esta discusión será una de las centrales del derecho, ya que afecta al fundamento mismo del derecho de castigar.

Por último, todos colaboran en la elaboración de un sistema que, teniendo en cuenta el derecho positivo, lleve también al establecimiento de los principios fundamentales que lo informan, que por ello mismo adquieren una trascendencia mayor que el limitado al derecho positivo particular vigente. Es lo que se ha llamado la dogmática del Derecho Penal, que tiene su punto de inicio en la escuela clásica. Tal concepción supone en su punto extremo, que es el racionalismo positivista, circunscribirse estrictamente al derecho positivo y propiciar una política criminal exclusivamente jurídico-estatal, sin consideración de ningún otro fundamento. Lo positivo pasa a ser lo absoluto, con lo cual reemplaza y descarta lo jusnatural y prescinde de lo que sucede en la sociedad. Con ello triunfa en definitiva el pensamiento hegeliano según el cual lo real es racional y lo racional es lo real, de lo cual el derecho positivo es una expresión.

El delito y la pena son entes jurídicos, entre estos extremos queda aprisionado el individuo sin ninguna expresión propia, sino solo en cuanto aparece reflejado en una u otro. De todos modos con el racionalismo positivista, como último eslabón de esta etapa, se ha perdido uno de los aspectos fundamentales de los inicios, que es la existencia de un solo orden absoluto, constituido por el derecho natural o justo. Ahora habrá tantos órdenes absolutos como derechos positivos existan; en esto el racionalismo positivista se asemeja a todo relativismo positivista. Solo la comprobación de los principios que lo rigen puede llegar a validar ciertos resultados comunes sistemáticos para otros derechos positivos, caso típico de ellos son las normas y los bienes jurídicos; pero no ya como leyes naturales justas dadas por Dios, sino solamente como principios de funcionamiento de un sistema. Esto también acerca a los racionalistas positivistas al punto de vista metodológico de todo positivista. Por último, también es común

con ellos el partir de un hecho dado real observable y comprobable, como es seguramente el ordenamiento jurídico positiva de un país. El racionalismo positivista absorbe el punto de vista metodológico positivista en una base racionalista idealista, en el cual domina el mundo de los valores”²¹⁹.

La segunda etapa en el desarrollo de la ciencia penal lo componen las ideas de lo que se denomina según Bustos la Ciencia Positiva y la Ciencia de los Valores²²⁰. En esta etapa se generan diversas tendencias, entre las más destacadas están: a) *la ciencia positiva*, donde encontramos los planteamientos positivistas de Comte, de la escuela italiana, la escuela de Von Liszt, el realismo de Merkel, el correccionalismo de Dorado Montero, entre otros. b) *el eclecticismo italiano o la llamada “Terza Scuola”*. c) *la superación del positivismo*, donde se desarrollaron el tecnicismo jurídico, el planteamiento de la ciencia de valores y el integracionismo valorativo jurídico-penal. d) *positivismo valorativo*.

Pero ¿qué características tiene esta segunda etapa? Bustos expone lo siguiente: “La presente etapa, que se abre hacia la segunda mitad del siglo XIX, significa en el campo de las ciencias penales un cambio metodológico: desde el delito al delincuente. Hasta la época del positivismo, fundamentalmente en relación con el problema criminal, solo se había usado el método racional y abstracto; ahora se trata de destacar la importancia de la ciencia, del método empírico, de lo concreto. Ello lleva a transformar, entonces, el estudio del problema criminal en el contenido de una nueva ciencia social, la criminología, cuyo objeto será el hombre delincuente: su conducta no es explicable en sí, como lo han pretendido el Derecho Penal y la teoría clásica, sino solo a partir de él. En adelante no solo la filosofía tendrá un lugar en el pensamiento de los penalistas, sino también la ciencia. De ahí que Von Liszt, principal penalista representante de

²¹⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob.cit. Tomo I. Ara Ediciones, Perú, 2004, pp. 378 - 380.

²²⁰ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob.cit. Tomo I. Ara Ediciones, Perú, 2004, pp. 381 – 418.

aquella época, propicie una “gesamte Strafrechtswissenschaft” (ciencia penal conjunta).

Por ello es por lo que todos los penalistas de la época, aún cuando partan de todos modos del delito y no del delincuente, lo estructuran sobre bases provenientes de las ciencias naturales o sociales. Es así como dentro del sistema Liszt-Beling los tipos y la acción se basan en la causalidad natural y la culpabilidad en un estricto psicologismo. Y, más aún, dado los nuevos conocimientos científicos, la sanción no podrá estar constituida solo por la pena, sino también por las medidas de seguridad y prevención, que tienen por misión aplicar los avances de las ciencias naturales y sociales a la defensa de la sociedad respecto del delincuente. Luego, con el sistema Liszt-Beling, el tecnicismo jurídico da el primer paso para la absorción del naturalismo positivista por la dogmática. Pero dicho naturalismo aparece todavía muy descarnadamente dentro de la teoría del delito. Por eso, a la ciencia de los valores llega a corresponderle desdibujar su fuerza e importancia como sustrato. Es así entonces como se sustituye una orientación causalista naturalista por una causalista valorativa. La máxima expresión de ella es Mezger, para quien el proceso causal es valorado desde el tipo y considerado jurídicamente, y en que el psicologismo de la culpabilidad, que se expresa en el dolo y la culpa, queda inmerso dentro de la valoración del reproche, en la valoración de la determinación.

En definitiva, pues, desde fines del siglo XIX hasta mediados del presente se produce una lenta absorción por parte de la dogmática de principios naturalistas expresados por el positivismo, de modo que no aparezca contradictorio con un sistema que se basa en el delito y no en el delincuente. La profundización de tal línea del pensamiento llevó al establecimiento de un sistema de la doble vía, ya presentado por Von Liszt, conforme al cual, junto a la pena se consideran también medidas de seguridad y corrección que permitan una mejor defensa social teniendo en cuenta la personalidad del delincuente. En otros términos, a un sistema naturalista se superpone un sistema valorativo. Las complejidades y contradicciones que ello provoca dará origen a críticas tanto

desde el campo que lleva al irracionalismo antiliberal como del que da origen al intento de superación del causalismo valorativo”²²¹.

Posteriormente, y como tercera etapa en la evolución de la ciencia penal, se encuentran las tendencias del jusnaturalismo, el teleologismo y el finalismo. Estas tendencias se generan a partir de la profunda crisis en la dogmática penal que hasta ahora se había desarrollado, había además un acentuado ideologismo y un interés marcado por superar la crisis dogmática como el ideologismo. Esta etapa se caracteriza por la superación de las verdades absolutas que el ideologismo (nazismo) había impuesto²²².

²²¹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob.cit. Tomo I. Ara Ediciones, Perú, 2004, pp. 417-418.

²²² En palabras de Bustos: “Este período se caracteriza por una fuerte crisis de la dogmática, un acentuado ideologismo y por los intentos de superación tanto de la crisis como del ideologismo.

El cientificismo imperante en el período anterior, que había provocado la incorporación al Derecho Penal tanto del positivismo naturalista como del neokantismo valorativo, lo que a su vez estaba dentro de la orientación general de la época de sobre evaluación de la ciencia, había llevado también a introducir al Derecho Penal un conjunto de verdades superiores no susceptibles de discusión, pues eran científicas.

Esto había dado origen a una gran cantidad de contradicciones dentro del sistema, y que el mantenimiento de tales verdades impedía resolver. De ahí entonces que surgiera una gran cantidad de críticas desde diversos ángulos contra la dogmática penal, teniendo muchas de ellas, justamente por negar tales verdades, a una negación total y absoluta de la racionalidad científica. Es esta la línea que adopta y profundiza la llamada escuela de Kiel, abjurando de todo pensamiento analítico y racional, poniendo el acento en el pensamiento globalizador y esencial y en especial en la intuición, con lo que en definitiva termina por exaltar la irracionalidad como principio estructurador del sistema penal: el sentimiento del pueblo. Pero esto, a su vez, es causa de la introducción en el sistema jurídico y en el penal de todo un planteamiento específico de carácter político sobre el destino del pueblo alemán en el mundo. Se trata, pues, de una ideologización llevada hasta sus últimas consecuencias del sistema jurídico penal, y de ahí su violento ataque a la dogmática, como pensamiento liberal. El problema se ve antes que nada como una lucha entre dos ideologías, la liberal y la que en el momento inspiraba la conducta del pueblo alemán, la nacionalsocialista.

En definitiva, el excesivo racionalismo y cientificismo habían provocado como reacción el despertar del irracionalismo y del ideologismo. Pero junto a tal reacción también surgía una serie de otras tendencias que intentaban, sin renunciar a la racionalidad y científicidad, superar los dogmatismos y contradicciones en que había caído la dogmática. Ahora bien, ciertamente hay asimismo una respuesta cargada de emoción frente al significado real del nazismo, que se encauza simplemente por una vuelta al jusnaturalismo. Pero junto a ella está el planteamiento finalista, que recoge todos los aportes de los intentos serios de superación de los fallos de la dogmática tradicional.

El finalismo representó una renovación de la dogmática tanto en sus bases filosóficas como científicas, permitiendo una reestructuración más coherente del sistema penal”. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob.cit. Tomo I. Ara Ediciones, Perú, 2004, pp. 439 - 440.

Más tarde, hay un resurgir de la política criminal. El derecho penal se enfoca a analizar los fenómenos que acontecen en la sociedad y para ello hecha mano a las distintas ciencias que le pueden entregar conocimientos útiles para entender el período histórico en el que se vive. Se intenta además generar vinculación con la realidad social a la que se dirige el derecho penal, para que sea realmente efectivo y se convierta en la tan deseada ciencia penal integrada que añoraba Von Liszt²²³.

En esta época, la dogmática penal deja de ser un sistema cerrado de verdades absolutas (como lo había sido en la época anterior), y se constituye en un sistema de conocimientos abiertos, profundos y reevaluados no solo en consideración de los inagotables cambios de legislación, sino también en razón de los cambios de la realidad social que las ciencias sociales habían recogido²²⁴. Existía una mayor precisión y claridad en las finalidades político-criminales. Se intentaba construir un Derecho Penal con su respectiva labor político-criminal, a la altura de los Estados democráticos y sociales que veían con horror lo acaecido durante la Segunda Guerra Mundial, y que pretendían establecer el imperio del Estado de Derecho, cerrando así cualquier cabida a sistemas cerrados en verdades absolutas e inmutables, y dando pie a lo que en palabras de Bustos es un “sistema abierto, en continua rediscusión y profundización de sus planteamientos, cuyo objetivo fundamental solo puede ser la dignidad del ser humano”²²⁵.

A través del desarrollo de la ciencia penal, hay una clara intención de dar a la persona (entendida como sujeto perteneciente a la especie humana) una herramienta de protección ante el ius puniendi e intervencionismo propio del Estado, pues las consecuencias de no restringir su intervención, tuvieron en el siglo XX, nocivas consecuencias.

²²³ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob.cit. Tomo I. Ara Ediciones, Perú, 2004, pp. 441 y ss.

²²⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob.cit. Tomo I. Ara Ediciones, Perú, 2004, pp. 481

²²⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob.cit. Tomo I. Ara Ediciones, Perú, 2004, pp. 481.

Hoy, se sostiene que el derecho penal se ha modernizado²²⁶, que ha proseguido la evolución pertinente al momento histórico que vivimos. Desde fines del siglo XX, ha experimentado un cambio radical respecto del ideal liberal del derecho penal volcándose a un “expansionismo” crónico e irracional.

Los principios que fundan el Derecho Penal propio de un Estado democrático y de Derecho²²⁷, en palabras de Juan Bustos, son los siguientes²²⁸:

a) Respeto de las garantías penales en la creación de normas:

- i) **Principio de la absoluta necesidad de intervención:** incluidas en él, la *consideración del control penal desde sus consecuencias* (que no sea perjudicial para las personas utilizar el ius puniendi del Estado); el *principio de extrema ratio* y de *subsidiariedad*; el *principio del carácter fragmentario del derecho penal* (es decir, no es posible utilizarlo frente a cualquier situación lesiva del bien jurídico, sino solo de hechos muy determinados y específicos); el *principio de proporcionalidad*; el *principio de non bis in idem*; y, el *principio de alternatividad* (ante una determinado hecho deben establecerse penas, medidas y controles penales alternativos).

²²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En Torno de la Cuestión Penal*. Editorial B de F. Montevideo - Buenos Aires. 2005. pp. 157 y ss.

²²⁷ Véase BARATTA, A. “*Criminología crítica y política penal alternativa*”, *Revue Internationale du Droit Penal*, N° 1, Año 49, 1978; BARATTA, A. “*Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal*”, en NFP, N° 34, 1986, Bogotá, Colombia, pp. 421-435; BARATTA, Alessandro. “*POLÍTICA CRIMINAL: ENTRE LA POLÍTICA DE SEGURIDAD Y LA POLÍTICA SOCIAL*” en *Delito y Seguridad de los Habitantes*. México,D.F.: Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, 1997; BARATTA, Alessandro. “*Principios de Derecho Penal Mínimo*”, en “*Criminología y Sistema Penal (compilación in memoriam)*”, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. “*La Contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal Garantista*”, en *Ciencias Penales Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 10, N° 15, diciembre 1998, <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2015/diez15.htm>

²²⁸ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob.cit. Tomo I. Ara Ediciones, Perú, 2004, pp. 545 – 575.

- ii) **Principio de la dignidad de la persona.**
- iii) **Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.**
- iv) **Principio de culpabilidad.**
- v) **Principio de legalidad.**

b) Respecto de las garantías penales en la aplicación de las normas:

- i) **Principio del debido proceso:** se entiende que este principio está compuesto por cuatro axiomas: *nulla culpa sine indicio* (en el que se comprenden el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a un proceso con todas las garantías, el principio de publicidad en el proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva; *nullum iudicium sine accusatione* (existencia de una acusación formal); *nulla accusatio sine probatione* (principio de presunción de inocencia); y, *nulla probatio sine defensione* (donde se comprenden la prohibición de la indefensión, el derecho a la defensa y el principio de igualdad de las partes).
- ii) **Principio de necesidad de la pena.**
- iii) **Consideración del delito desde el bien jurídico** (vinculación con la realidad social).
- iv) **Principio de la dignidad de las personas.**
- v) **Principio de legalidad.**

Estos principios representan el resultado del proceso de evolución y crítica del Derecho Penal. Sin embargo, desde hace ya unas décadas atrás, producto del sistema económico imperante, del fenómeno de la globalización y de la constitución de la “sociedad del riesgo”, estos principios se han visto vulnerados por la tendencia dogmática que Jakobs encabeza, y a la que se ha hecho referencia durante todo este trabajo de investigación. Esto es, el Derecho Penal del Enemigo.

Como se expresó en el Capítulo I de este trabajo, las características del Derecho Penal del Enemigo son:

- xix) **Anticipación de la punibilidad de aquellos actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros.**
- xx) **Desproporcionalidad de las penas.**
- xxi) **Restricción e incluso anulación de garantías y derechos procesales del imputado.**
- xxii) **Las leyes que componen al derecho penal del enemigo, más que ser normas penales, son normas de “lucha o combate”.**
- xxiii) **Restricción de derechos penitenciarios y endurecimiento de las condiciones de presidio de los enemigos.**
- xxiv) **Disminución de la edad de responsabilidad penal criminal.**

No es difícil darse cuenta, que existe una enorme contradicción entre los principios antes mencionados y las características que posee el Derecho Penal del Enemigo. Y es precisamente por esto, que se niega la posibilidad de entender a este tipo de legislación como una tendencia que desarrolla la evolución del derecho penal, sino que por el contrario, se sostiene, que representa en forma aberrante y nítida, una clara involución del derecho penal y de su espíritu liberal.

El Derecho Penal del Enemigo es propio del momento histórico que hoy se presenta. Es muy similar al derecho de emergencia, pero lo que cambia es que no busca ser transitorio, sino que permanente. Además, el Derecho Penal del Enemigo se construye a partir de la legitimación de la opinión pública, puesto que nace en Estados democráticos, en los que sus propios ciudadanos claman por su creación y aplicación.

Los gobernantes, democráticamente elegidos, a través de distintas técnicas comunicativas²²⁹ logran poner en boga una sensación de miedo e inseguridad, para que sus representados les soliciten acción contra aquellos “focos de peligros”. Dichos gobernantes, al tener la venia de la ciudadanía comienzan a legislar sin miramiento alguno a los principios propios del derecho penal como lo son el principio de legalidad, de última ratio y de dignidad de las personas.

Hassemer expone que “la intensidad con la que estamos amenazados por la violencia será discutida por tiempo indefinido entre expertos y ciudadanos: la percepción de la violencia es un fenómeno político y comunicativo. Mucho se habría ganado si esta noción se difundiera; pues entonces sería más difícil hacer política mediante la dramatización de la violencia”²³⁰.

Las nuevas leyes penales, en apariencia, miran al interés público y dan respuesta a la demanda de la sociedad de la tan añorada seguridad ciudadana y mundial, pero en la realidad lo que hacen es sobreponer los intereses personales de los gobernadores al costo que sea.

La ciudadanía tiene, hoy, una percepción social de violencia inusitada. Por los medios de comunicación lo que único que se ve, escucha o lee son mensajes que nos muestran lo inseguro que es el mundo y lo cuidadoso que hay que ser para no

²²⁹ HASSEMER, W. *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento y límites de la prisión preventiva*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 47 – 65.

²³⁰ HASSEMER, W. ob. cit. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 64.

ser víctimas de un acto delincencial. Los medio de comunicación son los encargados de difundir las necesidades sociales de protección y, con ello, de fomentar la política criminal que se basa en el desconocimiento de los principios del un Estado de Derecho.

Los poderes políticos, estando en conocimiento, y de hecho provocando esta sensación de inseguridad muchas veces injustificada e irreal, tienen como respuesta a la demanda ciudadana la inmediata creación de normas penales que violan y vulneran los Derechos Humanos, los principios de un Estado de Derecho y la dignidad de las personas. Crean leyes que dejan conforme a la población, pero que en ningún caso atacan los problemas de inseguridad a los que se apunta con su dictación (derecho penal simbólico). Además se exagera el punitivismo y cada vez crecen las penas y las personas a las que se dirigen las leyes, porque ya no son los hechos los que se sancionan, sino a quienes posiblemente puedan cometer los actos que se tipifican.

En términos económicos, el Derecho Penal del Enemigo, es propiciado por el sistema productivo que hoy gobierna al mundo y por la ideología subyacente a él. La acumulación de riquezas, la mercantilización de todos lo bienes jurídicos y las políticas neoliberales de libre mercado generan una exclusión tal, que se debió crear una legislación que combatiera a quienes pedían reivindicaciones sociales por no tener acceso a las necesidades básicas que cualquier persona debe tener cubiertas. No tener dinero, significa no tener derechos ni participación a un extremo tal que se ha llegado incluso a negar la condición de persona de los excluidos.

Mucho se podría decir respecto de cuáles son los factores que determinan el origen y aplicación del Derecho Penal del Enemigo, pero no es la idea de este trabajo indagar exhaustivamente respecto de cuales son dichos factores. Basta solo con enunciarlos para entender que el Derecho Penal del Enemigo no se

ajusta a derecho, es una acción legislativa, política y social que menosprecia al Estado de Derecho, los Derechos Humanos y la Dignidad de las Personas (al no considerarlas como personas a los enemigos, entre otras cosas). Es por esto que lo que aquí se sostiene es la abolición de este tipo de legislación y de su fundamento filosófico legitimante.

No se pretende en este trabajo abolir el Derecho Penal, sino que lo que se busca es adherir a la tendencia reduccionista²³¹ de este derecho, con la intención de que se resguarden los Derechos Humanos y la democracia que con tantas ansias se pretende defender por algunos.

Adherir a la tendencia reduccionista significa aplicar los criterios del derecho penal liberal, pues respetan en plenitud la necesidad de intervención del Estado mediante su ius puniendi y además respetan todos los principios pro personas que al inicio de este capítulo se mencionaron como fundantes del Derecho Penal Liberal.

²³¹ BAILONE. Matías. ***“ABOLICIONISMO, o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo”***, en www.carlosparma.com.ar/abolicionismo.htm

CONCLUSIONES:

A lo largo de esta investigación se han descrito, conceptualizado y caracterizado las circunstancias que determinan al Derecho Penal del Enemigo, particularmente los factores que determinan al sujeto al que se dirige, el enemigo. En ese camino las reflexiones finales son las siguientes:

- Las características del Derecho Penal del Enemigo y su aplicación práctica constituyen un luto social y jurídico. El desprecio a los Derechos Humanos y a la dignidad de las personas tiene legitimidad. Es la misma sociedad la que justifica, legitima y exige su aplicación, haciéndose parte de la vulneración y abuso de las garantías que el Derecho de un Estado democrático y social pretende.
- La globalización es el principal factor de expansión del Derecho Penal del Enemigo, puesto que a través de ella crece la instauración global del sistema neoliberal y, como consecuencia inmediata, la producción de enemigos que serán objeto del Derecho Penal del Enemigo.
- La persona es el sujeto al que se dirige el Derecho, negarlo es un sin sentido en términos doctrinales y prácticos. La no persona sólo puede constituir una aberración a la cultura de los Derechos Humanos y de los Estados Democráticos.

- El Derecho Penal del Enemigo criminaliza la marginalidad social y económica de las personas. Lo que en realidad determina quienes serán enemigos de la sociedad es la carencia económica, pues es esta característica la que le otorga a los sujetos la peligrosidad de la que el Derecho Penal del Enemigo defiende a la sociedad.
- La propiedad es uno de los principios fundamentales y el objeto de mayor protección del neoliberalismo, por lo que cualquier atentado contra ella constituye un atentado contra el soberano en términos de Hobbes, entendiendo que atentar contra el soberano en la actualidad es atacar al Estado y a los principios sobre los que se funda.
- Chile en términos oficiales no posee terroristas, sin embargo, aplica la ley antiterrorista. Recluye a los menores y dicta leyes que los criminalizan y estigmatiza. Esto deja de manifiesto que el Derecho Penal del Enemigo es una realidad en su ordenamiento jurídico y social, donde lo que determina a los enemigos es su marginalidad social, económica y cultural.
- Los próximos enemigos íntimos de Chile serán los inmigrantes y los delincuentes reincidentes habituales. Lo que determina al enemigo es su profesionalidad y habitualidad delictiva. Su ataque contra el soberano de forma decidida y constante constituye un atentado a la seguridad individual y social. Por lo tanto, atentar contra la propiedad en Chile es (como en el caso de los mapuches y adolescentes) lo que determina a los enemigos. Si bien aún no se ha dictado alguna normativa que le de un trato de enemigo a los inmigrantes o a los delincuentes reincidentes habituales, no pasará mucho tiempo más sin considerar enemigos a estas personas. Son marginales y hay que excluirlos.

BIBLIOGRAFÍA:

- *"Terrorismo y contraterrorismo internacional"*, Mundo Fin XX. 2000. www.artehistoria.com/historia/contextos/3661.htm.
- AGUIRRE, Eduardo Luis. *"La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil"*, en <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=15,201,1,0,1,0>
- ÁLVAREZ, F.J. y COBOS, M.A.; *"La legislación antiterrorista: una huida hacia el derecho penal"*, en Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Nº 68, Madrid, 1983.
- BAILONE, Matías. *"Abolicionismo, o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo"* en www.carloparma.com.ar/abolicionismo.htm
- BARATTA, A. – SILBERNAIG, Mario; *"La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el Proceso Penal"*, en Doctrina Penal, año 8, 1985, pp. 559-595.
- BARATTA, A. *"Criminología crítica y política penal alternativa"*, Revue Internationale du Droit Penal, Nº 1, Año 49, 1978.
- BARATTA, A. *"Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal"*, en NFP, Nº 34, 1986, Bogotá, Colombia, pp. 421-435.
- BARATTA, Alessandro. *"POLÍTICA CRIMINAL: ENTRE LA POLÍTICA DE SEGURIDAD Y LA POLÍTICA SOCIAL"* en *Delito y Seguridad de los*

Habitantes. México,D.F.: Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, 1997.

- BARATTA, Alessandro. “*Principios de Derecho Penal Mínimo*”, en “*Criminología y Sistema Penal (compilación in memoriam)*”, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *La Globalización. Consecuencias humanas*. Editorial Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., Buenos Aires, 2005.
- BELTRAN NUÑEZ, Arturo. “*Retos de la Justicia en el Tercer Milenio*”, en http://www.dosorillas.org/iphp/SPIP/IMG/Arturo_Beltran.pdf
- BERGALLI, Roberto. “*¿De cuál Derecho y de qué Control Social se habla?*”, en <http://www.ub.es/penal/control.htm>
- BERGALLI, Roberto. “*Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*”, en BERGALLI, R.; *Sistema Penal y problema Social*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 25-82.
- BERGER, Peter I. *La Revolución Capitalista. Cincuenta proposiciones sobre la prosperidad, la igualdad y la libertad*. Ediciones Península, Barcelona, 1991.
- BERRIOS DÍAZ, Gonzalo. “*El Nuevo Sistema de Justicia Penal para Adolescentes*”, en *Revista de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, N° 6, Año 2005, pp. 162 – 175, y en <http://www.defensoriapenal.cl/archivos/1141679331.pdf>
- BIRRIEL, Bibiana y SUEIRO, Carlos Christian. “*El Terrorismo y sus dos discursos: Del Derecho Penal del Enemigo al Autor por Convicción*”, en <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/terrorismo.htm>
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “*Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho Penal*”, en *Nuevo Foro Penal Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*, N° 62. 1999. pp. 95-118.

- BRAVO, Patricia. “*El cuento del terrorismo mapuche*”. Informe Especial PF N° 537. CEME. Marzo, 2003.
- BUENDIA, Mauricio. “*Absueltos, pero aún presos. La injusticia chilena con el pueblo mapuche*”, en http://www.americas.org/item_22665
- BUENO ARÚS, Francisco. “*Principios generales de la legislación antiterrorista*”, en *Rev. de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico N° 11, 1986, pp. 135- 145, esp. p. 138.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “*Imputabilidad y Edad Penal*”, en http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “*Imputación objetiva y bien jurídico*”, en “*La Ciencia Penal en el Umbral del Siglo XXI*”. II Congreso Internacional de Derecho Penal. Coordinador: Dr. Moisés Moreno Hernández. Editorial Ius Poenale. 2001.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “*Las funciones de la policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos*”. *Nuevo Foro Penal*. N° 56. 1992. pp. 157-166.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “*Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica*”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 56, 1992, pp. 157 – 166.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal Parte General*. Ara Editores. Lima, Perú. 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas. Tomo II. Control Social y Otros Estudios*. Ara Editores. Lima, Perú. 2004.
- CALVO GONZÁLEZ, José. “*La fragilidad de los Derechos*”, en <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>.
- CANCIÓ MELIÁ, Manuel. “*¿Derecho Penal del enemigo?*”, en www.pucdp.edu.pe/escgrad/penal/derecho_penal_del_enemigo.pdf, publicado en JAKOBS/CANCIÓ MELIÁ; *Derecho Penal del enemigo*. Edit. Civitas, Madrid, 2003, pp. 57-102.
- CARMONA RUANO, Miguel. “*11 S: el impacto jurídico*”, en *Revista la Factoría*. Octubre-Enero 2003. N° 19. www.lafactoriaweb.com/articulos/carmona19.htm.

- CILLERO BRUÑOL, Miguel. *“Nulla Poena Sine Culpa. Un Límite Necesario al Castigo Penal de los Adolescentes”*, en [http://www.iin.oea.org/nulla_poena_sine_culpa M. Cillero.PDF](http://www.iin.oea.org/nulla_poena_sine_culpa_M. Cillero.PDF)
- CORTÉS MORALES, Julio. *“Acerca de la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes”*, en http://www.opcion.cl/upfiles/UserFiles/File/Biblioteca_Documentos_Justicia_Juvenil/Responsabilidad_Penal_Chile.pdf
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile. 7ª Edición. 2005.
- CHÁVEZ DE PAZ, Dennis. *“Juventud y Terrorismo”*, en <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/chavez3.pdf>
- DEL BARRIO REYNA, Álvaro – LEÓN REYES, José Julio. *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*. Programa de Derechos Humanos Academia de Humanismo Cristiano. Santiago de Chile. 1990.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *“Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo”*, en PÉREZ ÁLVAREZ (coord.). *Serta in memoriam Alexandra Baratta*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp.1027-1053.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *“El “Derecho Penal del Enemigo” Darf Nicht Sein!. Sobre la legitimidad del llamado “derecho penal enemigo” y la idea de seguridad”*, en Revista General de Derecho Penal, N° 4, noviembre 2005, pp. 1-35.
- DÍAZ, Elías. *“Estado de Derecho y Derechos Humanos (seguido de diez tesis)”*, en Cuadernos de Seminarios Públicos en <http://www.march.es/publicaciones/pasadas/cuadernos/cuadernos.asp>
- DÍAZ, Elías. *“Socialismo Democrático y Derechos Humanos”*, en VV.AA. *Política y derechos humanos*. Fernando Torres editor, Valencia, 1976.
- DÍAZ, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Editorial Civitas. Madrid. 1978.

- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *“La Contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal Garantista”*, en *Ciencias Penales Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 10, N° 15, diciembre 1998, <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2015/diez15.htm>
- DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés. *Terrorismo y Derechos Humanos*. Comisión Chilena de Derechos Humanos. Santiago. Junio de 1990.
- ESER, Albin. *Nuevos Horizontes en la Ciencia Penal*. Editorial del Belgrano. Buenos Aires. 1999.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Misión Internacional de Investigación CHILE- Pueblo Mapuche: Entre el olvido y la exclusión*. Federación Internacional de Derechos Humanos (fidh), N° 358/3, Santiago, Chile, marzo 2003, en <http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl1103e.pdf> .
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Misión Internacional de Investigación CHILE- La Otra Transición Chilena: Derechos del Pueblo Mapuche, Política Penal y Protesta Social en un Estado Democrático*. Federación Internacional de los Derechos Humanos (fidh), N° 445/3, Santiago, Chile, abril 2006, en <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/mapuche.pdf> .
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid. 1995.
- FUNDACIÓN LIBERTAD Y DESARROLLO. *La Cuestión Mapuche: Aportes para el Debate*. Santiago. Chile. Enero 2003.
- GAETE GONZÁLEZ, Eugenio. *“La tipificación jurídica del terrorismo”*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII*. Valparaíso. Chile. 2002. pp. 441-451.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Jurídica de Chile. 2005.
- GÓMEZ BENITE, J. M. *“Crítica de la política criminal del orden público”*, en *Cuadernos de Política Criminal*. 1982. N° 16. pp. 49-92.

- GONZÁLEZ, Felipe; MERA, Jorge; VARGAS, Juan E. *Protección democrática de la seguridad del Estado (Estados de excepción y Derecho Penal político)*. Programa de Derechos Humanos, Universidad Académica de Humanismo Cristiano. Santiago. Chile. Abril de 1991.
- GRACIA MARTÍN, Luis. “*Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”*”, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*. 2005, N° 07-02.
- GRACIA MARTÍN, Luis. “*Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del Enemigo”*”, en *Revista General del Derecho Penal*, N° 2, noviembre 2004.
- GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. “*Los Discursos de Emergencia y la Tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo*”, en http://www.carlosparma.com.ar/cp_d_pg_24.pdf
- GUTIÉRREZ SAHAMOD, L. *La política del estado frente al terrorismo: la legislación Antiterrorista y sus modificaciones*. Cuaderno N° 14 del CED (Centro de Estudios del Desarrollo). Santiago. Chile. Octubre 1991
- HASSEMER, W. *Críticas al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Trad. de Patricia S. Ziffer. Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2003, pp. 47 – 65.
- HASSEMER, Winfred. “*Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*”, en *Nuevo Foro Penal* N° 51. Año X. 1991.
- HENAO CARDONA, Luis Felipe. “*¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?*”, en *Estudio Socio-Jurídico*, Bogotá, Colombia, julio-diciembre de 2004, pp. 501- 533.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Indebido Proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuches en el sur de Chile*. Human Rights Watch. Vol. 16. N° 5(B). Octubre 2004.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *INDEBIDO PROCESO: Los Juicios Antiterroristas, Los Tribunales Militares y Los Mapuche en el Sur de Chile*. Human Rights

Watch, octubre 2004, Vol. 16, No. 5(B). En <http://www.hrw.org/spanish/informes/2004/chile1004/chile1004sp.pdf>

- JAKOBS, Günther. *Criminalización en el Estadio Previo a la lesión de un bien jurídico*. en JAKOBS, G. *Estudios de Derecho Penal*. UAM ediciones. Editorial. Civitas. Madrid. 1997. pp. 293-324.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, en JAKOBS-CANCIÓ MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*. Editorial. Civitas. Madrid. 2003.
- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Editorial Civitas. Madrid. 1996.
- KREBS, Ricardo. *Breve Historia Universal*. Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1989, pp. 243 – 248.
- LAMARCA PÉREZ, C. “*La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Nº 42. Sept- Dic. 1989. pp. 957-988.
- LAMARCA PÉREZ, C. “*Sobre el concepto de Terrorismo (a propósito del caso Amedo)*”, *Anuario de derecho Penal y Ciencias penales*. 1993. pp. 535-559.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Madrid. 1985.
- LANDA, Cesar. “*Los derechos fundamentales como límites a la legislación antiterrorista*”, en <http://www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/cesar%20LANDA.pdf>
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Siglo Veintiuno de España Editores S.A., Madrid, 1990.
- LASCANO, Carlos J. “*La Cruzada de Ricardo Núñez contra el Derecho Penal Autoritario*”, en http://www.carlosparma.com.ar/cp_d_pg_19.pdf
- LASCANO, Carlos Julio. “*La insostenible “modernización del derecho penal” basada en la “tolerancia cero” desde la perspectiva de los países “emergentes”*”, en <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>

- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. “Derechos Humanos y Justicia Penal Juvenil”, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/30llobet.doc>
- MARTÍNEZ CARDOS, Leandro. “El terrorismo: aproximación al concepto”, en *Actualidad Penal*, N° 26, 1998, pp. 479 – 487.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Editorial Civitas, Madrid, España, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. “Límites del normativismo en Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 07-18. 2005.
- PARMA, Carlos. “Bien jurídico en el pensamiento de Günther Jakobs”, en http://www.carlosparma.com.ar/cp_d_pg_04.pdf
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. “Seguridad y Derecho: ¿bienes incompatibles?”, en *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*. Año 18. N° 3-4, pp. 147-156.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. “La Respuesta Judicial a la Criminalidad”, en <http://www.pazciudadana.cl/documentos/analisisempiricodeladelincuenciaencia.pdf>
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “SOBRE LOS ORÍGENES DEL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 75, 2001, pp. 597 – 613.
- PICKERING DE LA FUENTE, Guillermo. *Terrorismo: Aspectos jurídicos, políticos y militares*. Instituto Chileno de Estudios Humanísticos. 1998.
- POLITOFF, Sergio- MATUS, Jean Pierre- RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho Penal Chileno. Parte General*. 2ª Edición actualizada. Edit. Jurídica de Chile. 2003
- PONTI, Filippo. *El sistema industrial como estructura de la sociedad*. Ediciones Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1966.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “El derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, apunte del Master de Derecho Penal. Universidad de Salamanca. Mar del Plata. 2000-2002.

- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “El retorno del derecho penal al estado de naturaleza”, en *Revista Viento Sur*. Nº 83. Noviembre de 2005, pp. 31-44. www.vientosur.info/sumarios/actual/index.php?x=83.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”, en www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf.
- RAMACCIOTTI, Beatriz. “El terrorismo como crimen internacional”, en *Cursos de Derecho Internacional XX-XXI*. 1993-1994. OEA. Comité Jurídico Interamericano, Secretaria General de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. Washington D.C. 1996.
- RAMÓN CHORNET, C. *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1993.
- RAVEN-HANSEN, Peter. “Llevar a los terroristas ante la justicia de conformidad a la ley”, en *Terrorismo: Evaluación de la amenaza, medidas preventivas y políticas*. <http://usinfo.state.gov/journals/ijps/pj63law.htm>
- REINARES, Fernando. “Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas”, en *Rev. Internacional de Sociología*. Nº 5. Mayo-Agosto. 1993. pp. 35-67.
- REINARES, Fernando. “Fundamentos para una política gubernamental antiterrorista en el contexto de regímenes democráticos”, en *Violencia y Política*. Monográfico *Revista Sistema*. Nº 132-133. 1996.
- REINARES, Fernando. *Terrorismo y Antiterrorismo*. Editorial Paidós. Barcelona, 2001, pp. 148 y ss.
- RIQUERT, Fabián L. – PALACIOS, Leonardo P. “El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes”. www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf., publicado en *La Ley*. Revista Universitaria. Año V. Nº 3. Junio de 2003.
- RODRIGUEZ MORALES, Alejandro J. “Derechos Humanos y la racionalización de la Política Criminal como instrumentos para la prevención del delito”, en http://www.geocities.com/cienciaspenales/Derechos_humanos.pdf

- RUIZ-TAGLE, Pablo. *“Constitucionalismo y Terrorismo”*, en AA.VV. *“El derecho como objeto e instrumento de transformación”*. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2003. pp. 89-109.
- SCHIMITT, Carl. *“El concepto de los político”* en www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre1/_2004/poder/modulo3/clase2/doc/concepto.doc
- SÉE, Henri. *Orígenes del Capitalismo Moderno*. Editorial Fondo de la Cultura Económica, México, 1994.
- SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Editorial PPU. Barcelona. 1988.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Edit. Bosch. Barcelona. 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Edit. Civitas. 1ª edición. 1998. 2ª edición 2001.
- SQUELLA, Agustín. *“Sobre la Democracia”*, en http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/sobre_squella.pdf
- TERRADILLOS, Juan. *Peligrosidad social y Estado de Derecho*. Editorial AKAL, Madrid, 1981.
- UNICEF. *“¿Qué es un Sistema Penal Juvenil”*, en <http://www.chicosdelacalle.org/textos/unicef.doc>
- VALENZUELA WAGNER, Patricia. *“TERRORISMO EN EL SIGLO XXI”*. Monografía. Diplomado en Relaciones Internacionales Univesidad de Viña del Mar, en http://www.uvm.cl/sitio_iri/monografias2005/TERRORISMO%20EN%20EL%20SIGLO%20XXI%20-%20Patricia%20Valenzuela.pdf
- VÉLEZ FERNANDEZ, Giovanna F. *“La imputación objetiva: Fundamento y Consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de*

Roxin y Jakobs”, en <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/octubre05/La%20imputacion%20objetiva.pdf>

- VILLEGAS DÍAZ, Myrna. *“Convención Interamericana contra el terrorismo: Entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos”*, en *Revista de Derechos y Humanidades*, Nº 9. 2002-2003, pp. 175-2001 (Universidad de Chile) y en *Nuevas Tendencias del Derecho*, Libro Homenaje a los profesores Avelino León, Fernando Mujica y Francisco Merino. Edit. Lexis Nexis. Julio de 2004. pp. 95-127.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España*. (2 vol.). Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. España. Enero 2002, sin publicar.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna-LAVÍN ESPINOZA, Michel. *Terrorismo e intervención penal en la Red Internet. Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la represión penal del terrorismo*”, en <http://derecho.universidadarcis.cl>. Secc. Apuntes docentes, documentos de investigación, julio 2005.
- VV.AA. *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Juan Carlos Ferré Olive y Enrique Anarte Borillo Eds., Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999.
- VV.AA. *Estructura Económica Capitalista Internacional: El modelo de acumulación de Postguerra*. Editorial AKAL Universitaria, Madrid, 1990.
- VV.AA. *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Editorial Comares. Granada. 2000.
- VV.AA. *Políticas del Miedo: Un balance del Terrorismo en Europa*. Editorial Nueva. 2002.
- VV.AA.. *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. Congreso Internacional sobre Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. UNED, Madrid, 2001.

- WITKER, Iván. *“Occidente ante las nuevas tipologías del terrorismo”*. *Estudios Públicos* 98. CEP, otoño 2005, pp. 227-253.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *“¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?”* En Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, pp. 1077-1091.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En Torno de la Cuestión Penal*. Editorial B de F. Montevideo - Buenos Aires. 2005.
- ZALAUQUETT, José. *“Conceptualización del terrorismo desde un punto de vista normativo”*, en VARAS, Augusto. *Jaque a la democracia: Orden Internacional y Violencia Política en América Latina*. Edit. Gel. Buenos Aires. 1990, pp. 91-123.
- ZAMORA CORDERO, Mario. *“La construcción del enemigo en el derecho penal del enemigo a nivel latinoamericano”*, en <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=13,225,0,0,1,0>
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *“Viejas y Nuevas tendencias Políticocriminales en las Legislaciones Penales”*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (Coordinadores). *DERECHO PENAL DE LA DEMOCRACIA VS SEGURIDAD PÚBLICA*. Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 99-129.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Editorial COLEX, Madrid, 2001.