



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL DERECHO PENAL DEL
CIUDADANO: UN ANÁLISIS DE LA LEY N° 20.000**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

FELIPE NICOLÁS AYALA MANRÍQUEZ

Profesora guía: Rocío Lorca Ferreccio

SANTIAGO, CHILE

2023

Para Aline

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	8
1.1 Presentación.....	8
1.2 Fundamentos iusfilosóficos para la construcción del Derecho penal del enemigo...10	
1.2.1 Bases contractualistas.....	12
1.2.2 El enemigo de Schmitt en el enemigo de Jakobs.....	16
1.2.3 Teoría funcional de la pena.....	18
1.3 El paradigma del enemigo y la disolución del Derecho penal.....	23
1.4 La privación de la ciudadanía.....	26
CAPÍTULO II: EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO.....	30
2.1 Presentación.....	30
2.2 Concepto de Derecho penal del ciudadano.....	31
2.3 El concepto de persona en el Derecho penal del ciudadano.....	35
2.4 El delincuente como un hipócrita en la comunicación personal.....	36
2.5 La pena como confirmación de la identidad de la sociedad.....	38
2.6 Fundamentos iusfilosóficos.....	41
2.7 Algunas diferencias dogmáticas entre el Derecho penal del enemigo y el Derecho penal del ciudadano.....	44
2.8 Derechos fundamentales y Estado democrático de Derecho.....	45
CAPÍTULO III: EL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN PENAL CHILENA. ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA LEY N° 20.000.....	50
3.1 Presentación.....	50

3.2	El tráfico ilícito de estupefacientes en sentido amplio.....	53
	3.2.1. <i>Tipicidad</i>	53
	3.2.2. <i>Justificación. Exención específica de responsabilidad penal del agente encubierto, revelador y del informante policial</i>	55
	3.2.3. <i>Iter criminis</i>	55
	3.2.4. <i>Participación</i>	56
	3.2.5. <i>Penalidad</i>	57
3.3	Tráfico ilícito de estupefacientes en sentido estricto.....	58
	3.3.1. <i>La expresión “traficar” en sentido estricto</i>	59
	3.3.2. <i>Las modalidades de tráfico</i>	59
3.4	Microtráfico.....	60
	3.4.1. <i>La incorporación del tipo penal microtráfico</i>	60
	3.4.2. <i>Elemento negativo del tipo penal microtráfico</i>	62
3.5	El enemigo en la Ley N° 20.000.....	63
	3.5.1. <i>El microtraficante como enemigo</i>	63
	3.5.2. <i>La guerra contra el microtráfico</i>	65
	3.5.3. <i>Falta de proporcionalidad entre el delito de microtráfico y sus penas</i>	67
3.6	Otras manifestaciones del derecho penal del enemigo en la Ley N° 20.000.....	70
	3.6.1. <i>Omisión de denuncia por funcionarios públicos (Artículo 13)</i>	70
	3.6.2. <i>Adelantamiento de las barreras de punibilidad (Artículo 18)</i>	71
	3.6.3. <i>Agravación especial de la pena (Artículo 19)</i>	72
	3.6.4. <i>Improcedencia de reparar con celo el mal causado (Artículo 20)</i>	73
	3.6.5. <i>Entregas vigiladas y controladas (Artículo 23)</i>	73

3.6.6. <i>Restricción de comunicaciones (Artículo 24)</i>	74
3.6.7. <i>Informantes, agentes encubiertos y reveladores (Artículo 25)</i>	75
3.6.8. <i>Secreto de la investigación (Artículo 38)</i>	77
3.6.9. <i>Ampliación especial del plazo de detención (Artículo 39)</i>	78
CONCLUSIONES	80
BIBLIOGRAFÍA	84

INTRODUCCIÓN

Si desde una concepción a secas del derecho penal, éste ha de ser entendido como un conjunto de garantías tendientes a restringir el *ius puniendi* del Estado, se desprende que este Estado, en su reacción penal, tiene el deber de respetar los derechos humanos de los delincuentes. Se trata de un arnés de contención que embozan al derecho de castigar y que, en los hechos, sugieren que, si un individuo actúa de manera bárbara atacando frontalmente los derechos humanos, el Estado, en su reacción penal, no puede actuar con igual crueldad. Sin embargo, la respuesta penal exige, forzosamente, la observancia de los principios en que se sustenta, sean éstos los de subsidiariedad, dignidad de la persona humana, lesividad, culpabilidad o su aplicabilidad de última ratio. Esta concepción liberal clásica del *ius puniendi*, la llamaremos derecho penal del ciudadano.

A propósito de aquello, cabe preguntarse por lo sugestivo y a la vez, provocador, que resulta hablar de un “derecho penal del enemigo”. ¿De qué hablamos cuando hablamos de derecho penal del enemigo? Ciertamente la función de la pena ha de entenderse como netamente represiva, sin embargo, resulta escandaloso que quienes infrinjan la vigencia de la norma sean tenidos por enemigos. Tal como sugiere FERRAJOLI¹, pareciera existir en esto una especie de oxímoron, una contradicción en los términos, o un fraude de etiquetas que, sin más, representa la negación del derecho penal. Ello pues, la figura del enemigo pertenece a una lógica de guerra que, “significa la negación del Derecho, del mismo modo que éste es la negación de la guerra”.²

Luego, la idea de un derecho penal del enemigo aparece como una propuesta del tránsito del ciudadano al enemigo, provocando la ruptura del límite, al menos teóricamente aceptado, entre derecho penal y guerra. Para justificar este traspaso, GÜNTHER JAKOBS³ - autor de la propuesta- sostiene que, frente a la diversidad de enemigos (foráneos e internos), el Estado no tiene más alternativa que reaccionar con un derecho penal del enemigo, al punto que, aquellos que se comporten fuera de la ley, merecen ser tratado como tales.

¹ FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

² Ídem.

³ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005). *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi.

Bajo tal idea enseña Jakobs un modelo de derecho penal -un modelo de *deber ser*- en el que descubre ciertas tendencias y situaciones que él calificó como derecho penal del enemigo, porque en ellos se evidenciaba una quiebra o anulación de principios, derechos y garantías básicas propugnados por la tradición del derecho penal liberal.

Tal como observa PRITTWITZ, “Jakobs fabricó un modelo de derecho penal a partir de la descripción crítica de un Estado del ser, de una descripción de la realidad. Según considera, muchos componentes del derecho penal alemán son derecho penal del enemigo”.⁴

Frente a esta descomposición de ciudadanos en enemigos, que legitima un tratamiento diferenciado para los disidentes del derecho penal del hecho, el Estado puede proceder de dos modos: puede ver en ellos personas que delinquen, es decir, individuos que han cometido un error; o bien, sujetos a los que hay que impedir, mediante coacción, que destruyan el ordenamiento jurídico, abandonándolos a una situación natural de guerra. Todo ello, invariablemente, según la concepción del delincuente como un “enemigo” a suprimir o inocuizar por el interés general, mediante procedimientos inquisitivos que trastocan la naturaleza del juicio penal y que relativizan el sistema de garantías.

Este esquema, como expresa GRACIA MARTIN, “puede aplicarse a múltiples formas de delictuales: hacia los terroristas, los pedófilos, los mafiosos o las diversas categorías de marginados sociales, criminalidad organizada, tráfico de drogas”.⁵

En estos casos, el derecho penal se convierte en *prima ratio*, luego que, ante tan graves formas de criminalidad, el delincuente, ahora considerado enemigo, tiene la aptitud para arrollar todas las garantías del derecho penal, desde el principio de legalidad al de culpabilidad, desde la presunción de inocencia hasta la carga de la prueba y los derechos de defensa. Lo que cuenta es la eficiencia, junto con la idea, propia del sentido común autoritario, de que la justicia debe mirar al reo por detrás del delito, a su peligrosidad antes

⁴ PRITTWITZ, Cornelius (2014). *Derecho Penal del Riesgo y Derecho Penal del Enemigo*. En Revista Digital De Ciencias Penales De Costa Rica 6 (1), p. 11.

⁵ GRACIA MARTIN, Luis (2006). *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”*. En *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión*, coordinadores Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díaz. Buenos Aires: Editorial B de F, p. 62.

que su responsabilidad, a la identidad del enemigo más que a la prueba de sus actos hostiles.

En el presente trabajo, se pretende realizar un análisis de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, a efectos de examinar su contenido y alcance, y determinar si, su marcado rigor punitivo, responde o no a los caracteres del derecho penal del enemigo o, si por otro lado, se enmarca en el derecho penal del ciudadano.

CAPÍTULO I:

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

1.1. PRESENTACIÓN

En los últimos años, las ciencias penales han tendido a acoger, en un ánimo cierto de adecuación a los tiempos que corren, ciertas regulaciones del Derecho penal positivo que, por sus características, parecen desviarse de los principios y reglas del Derecho penal general, así como de los fines más propios de éste. Debido a los destinatarios y de los fines que perseguirían tales regulaciones, estas nuevas tendencias han sido agrupadas en un particular corpus punitivo que ha venido a denominarse como “Derecho penal del enemigo”.

Este adornado esquema del Derecho penal habría sido introducido en 1985 por el prestigioso jurista alemán, GÜNTHER JAKOBS, en la forma de un concepto dogmático y, también, como un postulado jurídico-criminal, cuyo desarrollo y concreción han sido -y siguen siendo- motivo de polémica entre doctrinarios del Derecho penal. Desde una perspectiva general, se podría decir que esta teoría constituye una clara tendencia expansiva o maximalista estaría dada por la creación de nuevos bienes jurídico-penales tutelables, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía.⁶

Debido a sus características, este Derecho penal ha encontrado un rechazo mayoritario, al menos desde una dogmática comprometida con los derechos fundamentales y con un Estado democrático de Derecho. No obstante, parece reconocerse la existencia real de ciertas áreas o campos cubiertos por la criminalidad, que los Estados han dado en resolver a través de un *corpus legal* de enemigos, o como advierte JAKOBS, mediante una legislación abiertamente denominada- “de lucha”.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2007). *Los indeseados como enemigos, la exclusión de seres humanos del status personae*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 16 (1), pp. 1-18. p.4.

Tal como aprecia ROXIN, “En los últimos años, se observa una acentuada tendencia que, basándose en el modelo del “enemigo”, en una legislación de guerra, intenta legitimar la estructura de un derecho penal y procesal sin garantías, la flexibilización de los principios procesales, aquéllos, de corte liberal, que han contribuido a la defensa de la persona: el principio de presunción de inocencia, el fundamento de un proceso legal, el principio *nemo-tenetur*, el derecho a un proceso justo, etc.”.⁷

De ello es que se afirme que, constatada la existencia real de un Derecho penal de tales características – sobre lo que no parece que pueda plantearse duda alguna- la discusión fundamental versa sobre la legitimidad de este. Este aspecto ha suscitado copiosas prevenciones motivados por la indudable carga ideológica, emocional y, si se quiere, peyorativa del término *enemigo*, pues se le asocia con denodada simpleza a los regímenes políticos totalitarios, en que se dictan leyes nominalmente penales sin contenido alguno de justicia, o a un *Estado Policial*, donde el gobierno mantiene un estricto control sobre la sociedad y se establecen “dispositivos de guerra” contra quienes sean etiquetados de enemigos.

A nuestro juicio, una investigación acerca del Derecho penal del enemigo no podría plantearse desde el punto de vista de un régimen autoritario o al margen de los principios democráticos y liberales, puesto que una legislación nacida bajo tal amparo no puede ser partícipe de la idea de Derecho, ni ameritan otro reconocimiento que el de meros artilugios de coacción. El debate sobre el derecho penal del enemigo, en este sentido, sólo puede plantearse -y tener sentido- en relación con el derecho de sociedades democráticas que garantizan y reconocen derechos y libertades fundamentales y que depositan la soberanía en el marco de auténticos Estados de Derecho.

Por lo mismo, de lo que se trata este estudio, es de indagar en torno al diagnóstico, por cierto, fehaciente, de que en las legislaciones actuales se han configurado tipos de comportamiento antisocial que han forzado a las regulaciones penales a hacerles frente mediante un Derecho criminal específico, de características especiales y con reglas

⁷ ROXIN, Claus (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 42.

diferentes de las del Derecho penal ordinario, y a cuyos autores -foráneos e internos- han dado en reputar, deplorablemente, como “enemigos” o “no-personas”, inclusive.

Desde esta óptica, para JAKOBS sí habría individuos que tendrían que ser diferenciados como enemigos. Esta diferencia se establecería con respecto a los ciudadanos. El jurista defiende, bajo la óptica estructural-funcionalista, un sistema que descansa en la contraposición de un derecho para ciudadanos frente a un derecho para enemigos. Se trata de una construcción que reconoce necesaria de implantar -dada las nuevas formas delictuales nacidas a la par de la globalización- y que, ameritan el estatuto de regla general, pues “no existen alternativas a un modelo penal y procesal funcionalista que prime la defensa de la seguridad del Estado y la ausencia de principios liberales”.⁸

De tal modo, la teoría viene en legitimar un modelo inflexible y punitivista fundado en la distinción entre persona y no-persona, al que contribuye decisivamente JAKOBS al descubrir los fundamentos filosóficos que sustentan esa distinción. Estas bases en que descansa se distinguen, como veremos con pormenor, en aquellas de índole *contractualista*, *schmittiana* y *estructural-funcionalista*.

1.2. FUNDAMENTOS IUSFILOSÓFICOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Si bien en los títulos siguientes delinearemos con mayor prolijidad los bordes que le son propios al Derecho penal del enemigo, podemos anticipar que se trata de una especie de *Derecho de policía* complementario al -que también explicaremos más adelante- *Derecho Penal de ciudadanos*, que somete bajo sospecha al individuo considerado como un posible creador de peligros no permitidos.

⁸ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005). *Ob. Cit.* p. 58.

Al pronto, luego de sentar a JAKOBS en el banquillo, CANCIO MELIÁ discurre acerca de una serie de criterios que afirman el núcleo central del Derecho penal del enemigo, todos los cuales pueden agruparse en torno a tres elementos:⁹

- i. En primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, esto es, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es antes prospectiva que retrospectiva, como es lo habitual.
- ii. En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionalmente altas, debido a la pertenencia del sujeto a organizaciones criminales. Ello viola el principio de proporcionalidad de la pena, en el sentido de que no se tiene en consideración la gravedad del hecho cometido para el aumento de la pena, sino que la peligrosidad del sujeto, criterio propio de las medidas de seguridad.¹⁰
- iii. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas, bajo el entendido de que el enemigo no puede ser tratado con los instrumentos del Derecho. De allí que para algunos llamarlo Derecho penal es una falacia argumentativa pues, bajo este precepto, no constituye un sistema de garantías.

Este conjunto de máximas ha dado pie a que la mayoría de la doctrina se muestre severamente crítica frente a los planteamientos de JAKOBS. Y es que el problema fundamental respecto del Derecho penal del enemigo es si es posible legitimar reglas de actuación estatal que afecten la libertad de sus destinatarios sin reconocerles como personas, permitiendo, como señala AMBOS, “una actuación estatal que traspase los límites que impone la condición de persona”.¹¹

Cuando más, el Derecho no puede pasar por encima del ser humano, debe respetar su estructura ontológica, sus cualidades inmanentes, so pena de convertirse únicamente en coacción. Esta estructura ontológica, como esboza UGARTE, está constituida por todo aquello que fundamenta la dignidad humana¹², es decir, debe respetarse la *lex iusti*, aquello

⁹ Ídem

¹⁰ Hasta aquí y combinando las dos características enunciadas, nos encontramos con un verdadero derecho penal de autor.

¹¹ AMBOS, Kai (2006). *Derecho penal del enemigo*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, p. 54.

¹² UGARTE, José (2006). *El Derecho de la vida, el derecho a la vida Bioética y Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

que posee el ser humano por el sólo hecho de su existencia, la que debe ser tomada en cuenta por el Derecho si realmente quiere ser Derecho.

Pese a ello, el Derecho penal del enemigo parece tener el aval de una sólida tradición filosófica invocada, sostenidamente, como antecedente legitimador, y que reconoce la existencia de un derecho garantístico para *personas* y otro, ya sin los clásicos derechos, para las *no-personas*. De esto daremos cuenta en los siguientes renglones.

1.2.1. *Bases contractualistas*

El Derecho penal del enemigo en sentido amplio, es decir, incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad, combate esencialmente peligros, los que son creados por individuos considerados “enemigos” y desprovistos de su calidad de persona. Sobre ellos, antes que pretender estabilizar la norma penal, los coacciona físicamente hasta llegar a la guerra.

Sin embargo, esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no ha de excluir, necesariamente, al enemigo de todos sus derechos. Como advierte PORTILLAS, el sujeto que por su peligrosidad queda sometido a una medida de seguridad, mantiene incólume su derecho de propiedad.¹³Y, en segundo lugar, el Estado no tiene razón para ejercer todas sus potestades punitivas, sino que es libre de autolimitarse, de morigerar el rigor que significa el ejercicio literal de la coacción, de modo de no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz.

Y es que el Derecho penal -y el Derecho en general-, por amplias razones, es la negación del enemigo, luego que surge como el medio por el que las relaciones de convivencia pasan del estado salvaje al estado civil, en el que cada uno es reconocido como persona. En este sentido, la pena es la negación de la venganza, del mismo modo que, el Derecho es la negación de la guerra. Recuérdese el paradigma *hobbesiano*: el derecho es la

¹³ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2004). *El derecho penal y procesal del enemigo: las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*. En *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Jacobo López BARJA DE QUIROGA, José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, 1 (1), pp. 693-720, p. 701.

alternativa al *bellum omnium*, es decir, a la violencia desregulada de la guerra. Con él se sale del estado de naturaleza y la sociedad salvaje se civiliza, de manera que en la sociedad civil ya no existen enemigos y guerras, sino asociados y delitos, “un daño infligido a quien es enemigo declarado no puede calificarse de castigo, sino que habrá de ser considerado como un acto de hostilidad”.¹⁴

De esto, aquel que cree inseguridad y permanezca en estado de naturaleza estando junto a sujetos habidos en estado civil, se autoexcluye, porque infringe el mandato jurídico. No obstante, HOBBS era consciente que, la no sujeción al pacto de sumisión no implicaba para el delincuente la pérdida de su rol de ciudadano. El ciudadano no puede eliminar por sí mismo su estatus. Sin embargo, aclara, la situación es distinta al tratarse de una rebelión, es decir, de alta traición: “(...) pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza (...) y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos”.¹⁵

Distinto era el planteamiento de ROUSSEAU para quien, aquel que infringe el pacto social, adquiere *in actum* la categoría de enemigo. En este sentido, afirma que, “todo malhechor que al atacar el derecho social se convierte con sus fechorías en rebelde y traidor a la patria, cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes, e incluso le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya, es preciso que uno de los dos parezca, y cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo”.¹⁶

Con esto, el infractor, al no respetar el pacto, pierde la condición de persona moral, es un mero ser humano que en su situación pone en peligro a los demás ciudadanos. Por ese motivo, y dado que deja de ser miembro del Estado (instituido sobre la representación de la voluntad general), está expuesto al Derecho de guerra, a la muerte o a la exclusión, “porque la existencia de estos individuos es incompatible con la conservación del Estado”.¹⁷

¹⁴ HOBBS, Thomas (2009). *El Leviathan*. Madrid: Alianza Editorial, p.206.

¹⁵ HOBBS, Thomas (2009). *Ob. Cit.*, p. 208.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques (2014). *El contrato social*. Madrid: Edimat Libros, p. 65.

¹⁷ *Ibid.* p. 95.

Se trata de delitos que suponen la destrucción de elementos esenciales de la vida social, frente a los que el propio ROUSSEAU, les declara la guerra. Ésta, es palabras de KANT, se trata de una, “guerra para mantener alejados a los destructores de todo bien”.¹⁸

Esta idea de exclusión, de lucha, de la guerra contra el infractor, es, precisamente, otra señal de sintonía con la propuesta de JAKOBS. Sin embargo, ROUSSEAU, objeta que cualquier infractor del contrato sea un enemigo que pierde, por eso, la condición de ciudadano. Pese a ello, se acerca a él cuando comparte la categoría “enemigo” como denominador común que infringe el pacto social.

Otro de los autores contractualistas referentes en la tesis de JAKOBS es FICHTE. Para el filósofo alemán, la razón de la pérdida (o privación) de los derechos de ciudadano a raíz de la ruptura del contrato social, reposa en la naturaleza jurídica del sujeto, quien únicamente se convierte en “ser humano” mediante la interrelación social. De esta suerte, el ser racional que descubre la ley contenida en el pacto y que es titular de una libertad inalienable, a su vez advierte que se encuentra relacionado con otros semejantes.¹⁹ Esta segunda consideración no es meramente derivada, sino constitutiva de su personalidad.

Tal como recoge en su *Fundamento del derecho natural*, “todos los derechos positivos que posee el ciudadano sólo los tiene a condición de que los derechos de todos los otros ciudadanos estén seguros ante él; el individuo exige reciprocidad, el hombre sólo es hombre entre los hombres, la intersubjetividad como estado natural”.²⁰

Luego, quien abandona el contrato ciudadano, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto, pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos -o, “muerte civil”-²¹. Ante la infracción del pacto, desaparece su derecho a integrarse en una sociedad de seres racionales y el individuo deja de tener derechos.

¹⁸ KANT, Emanuel (2008). *El conflicto de las facultades*. Madrid: Alianza Editorial.

¹⁹ FICHTE, Johann Gottlieb (1995). *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Madrid: Trotta.

²⁰ *Ibid.* p. 327.

²¹ JAKOBS, Günther (1997). *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. En *Estudios de Derecho penal*, p. 296.

Ello pues, asienta FICHTE, “si el fin del poder del Estado reside en garantizar la seguridad recíproca de los derechos de todos ante todos, entonces, el delito excluye al sujeto de la protección del Estado; en ese caso, el criminal se convierte en proscrito, es decir que ‘su seguridad está tan poco garantizada como la de un pájaro’”.²² Con esto, la privación de derechos aparece como el resultado del fin de la relación jurídica entre el Estado y el individuo.

Otro antecedente garante del concepto de enemigo u *hostis* en el estado de derecho, es el modelo universalista propuesto por KANT. Aquí, el pensador de Königsberg justifica la exclusión del enemigo mediante la idea de la instauración y obligación de pertenencia a un marco jurídico civil que garantice no regresar al estado de naturaleza, entendido éste como un estado de guerra sometido a una constante amenaza de hostilidades e inseguridad.²³

Acá el autor introduce la noción de enemigo injusto, el que cobra sentido en el entendido de que, afirma, los estados se enfrentan en estado de naturaleza como personas morales en igualdad de derechos, y donde cada uno de ellos tiene el mismo derecho a la guerra. Sin embargo, repara, no puede existir enemigo injusto en el estado de naturaleza, pues éste es, propiamente, un estado de injusticia. De allí que distinga entre el enemigo justo y el injusto, siendo éste, “aquel cuya voluntad manifestada públicamente es evidencia de una máxima según la cual no sería posible un estado de paz entre los pueblos, sino que habría de eternizarse el estado de naturaleza”.²⁴

Es decir, corresponde a aquel que viola los tratados públicos y por cuyo actuar, amenaza la libertad de todos, diferenciando entre enemigos justo e injusto, entre enemigo con derechos y enemigo sin derechos.²⁵

Siguiendo este planteamiento, JAKOBS señala que no puede participar de los beneficios del concepto de persona el individuo “que no admite ser obligado a entrar en un

²² FICHTE, Johann Gottlieb (1995). *Ob. Cit.*, p. 354.

²³ Kant, Emanuel (2002). *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Alianza Editorial, p. 14.

²⁴ Ídem.

²⁵ Kant, Emanuel (2006). *Fundamentos metafísicos de la doctrina del derecho*. Madrid: Alianza Editorial, p. 57.

estado de ciudadanía”.²⁶ Lo que se explica, apunta, porque, “el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es la norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación”.²⁷

En síntesis, siguiendo las ideas contractualistas, la tesis de JAKOBS pretende delimitar la frontera entre dos estructuras jurídicas ideales que conviven entrelazadas: el derecho penal de ciudadanos y el derecho penal de enemigos; de modo que, en el primer modelo, se incluyan los infractores del pacto que no persisten ello, manteniendo el estatus de persona, y, en el segundo, los que se desvían por principio, perdiendo esa consideración normativa.²⁸ En ello ahondaremos en las secciones siguientes.

1.2.2. *El enemigo de SCHMITT en el enemigo de JAKOBS*

SCHMITT, siguiendo a HOBBS, sostiene que el Estado produce en su interior una pacificación completa en pos de la paz, la seguridad y el orden, generando así una situación normal que resultase, “el presupuesto necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia en general, ya que toda norma presupone una situación normal y ninguna norma puede tener vigencia en una situación totalmente anómala por referencia a ella”.²⁹

El enemigo *hobbesiano*, en este entramado, no podía limitarse sólo a actuar como tal, resistiendo exteriormente los mandatos del soberano, sino que, siendo afines con las proposiciones absolutistas del autor, debía ser quien con sus ideas o su fe se opusiese al modo impuesto por el soberano. En tal caso, así como la obediencia ordenaba ser externa e interna, también la enemistad podía constituirse en desobediencia externa como interna.

Sirviéndonos de esto, es clara la distinción entre la idea de un Estado liberal y otro de corte absolutista: mientras para el liberalismo sólo hay infractores de ley o delincuentes, para el absolutismo no sólo hay infractores y delincuentes, sino también, enemigos en

²⁶ Kant, Emanuel (2006). *Ob. Cit.*, p. 40.

²⁷ *Ibid.* p. 41.

²⁸ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005). *Ob. Cit.*, p. 21.

²⁹ SCHMITT, Carl (2009). *El concepto de lo político*. Madrid: Trotta, p. 56.

guerra. Luego, el propósito de la política liberal sería asegurar la paz entre los ciudadanos sancionando a los infractores según la gravedad de los delitos; mientras que la función de la política absolutista sería, igualmente, garantizar la paz entre los ciudadanos, pero va más allá, al estimar necesario inocular a los enemigos a través de la guerra, restando invariablemente importancia a la sanción de los infractores. A tales efectos, “sin la neutralización de los enemigos con la guerra no podría haber paz entre los ciudadanos: si el estado perdiese la guerra no podría garantizar su paz interior, y el Estado, en esta concepción, siempre tiene enemigos que le hacen la guerra y contra los que no existe otra alternativa que responderles con la guerra”.³⁰

Tales sean estos postulados, lo que SCHMITT pretende evitar, en última instancia, no es la guerra, sino la pérdida de lo político -el fundamento de la existencia política de un pueblo-, que se instituye mediante la dicotomía amigo/enemigo, o la distinción entre la política interior y exterior. A este propósito, el soberano estatal se convierte en portador de la nueva ordenación del espacio dentro de su territorio y tiene la posibilidad de superar la guerra civil por medio de la decisión soberana.

De esto, el Estado puede definir al “enemigo interior” en estados de excepción; y al hacerlo, determina el “nosotros”, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso, en una decisión que es soberana por antonomasia.

Es evidente que la separación amigo/enemigo, expuesta como una realidad óptica por SCHMITT, es la base de la dicotomía entre el derecho del ciudadano y el derecho del enemigo de JAKOBS. Sin duda, éste asume el planteamiento *schmittiano* que atribuye al Estado el *ius belli*, esto es, la posibilidad de determinar quién es el enemigo y cómo combatirlo, y, en consecuencia, de disponer de la vida de las personas. A tenor de ello, Schmitt alude a, “formas de proscripción, destierro, ostracismo, de poner fuera de la ley, en una palabra, de declarar a alguien enemigo dentro del Estado; formas automáticas o de eficacia regulada judicialmente por leyes especiales, formas abiertas u ocultas en circunloquios oficiales”.³¹

³⁰ Schmitt, Carl (2003). *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cia, p. 25.

³¹ SCHMITT, Carl (2009). *Ob. Cit.*, p. 142.

Igualmente coincide con el autor, cuando, como él, JAKOBS defiende la lucha contra el enemigo en los márgenes del estado civil, fuera de la Constitución civil, esto es, en el estado de naturaleza: si la Constitución, como expresión del orden social, es atacada, la lucha debe ubicarse fuera de la propia Constitución y el derecho a través de las armas -la guerra civil-, siendo, entonces, preciso el rechazo físico e incluso el combate.³²

En el contexto del enemigo, JAKOBS sugiere que la lucha debe ubicarse fuera del marco constitucional ya que, en esos casos, no puede afirmarse que exista un estado real de vigencia del derecho, sino tan sólo un postulado de realización: esto es, rige el estado de naturaleza y ahí no hay reglas.³³

1.2.3. *Teoría funcional de la pena*

El funcionalismo es una corriente metodológica cuya época de auge se desarrolló en la segunda mitad del siglo XX. Ésta se extendió por una diversidad de ámbitos, como la antropología, la sociología, la psicología, la política, alcanzando incluso al Derecho. Su precedente más remoto lo encuentra en el organicismo del siglo XIX, y su raíz más próxima e inmediata, en el pensamiento sociológico de Emile DURKHEIM. El método funcionalista se propone como objetivo la comprensión y explicación de las estructuras sociales, no a partir de su origen histórico y de sus peculiaridades espaciales y temporales, sino tomando como punto de partida, “la observación, análisis y estudio de las funciones que realizan las estructuras sociales dentro de la sociedad o en parte de ella”.³⁴

A partir de las teorías de Niklas LUHMANN, uno de sus principales referentes, JAKOBS resignifica el funcionalismo en pensamiento jurídico, proponiendo una concepción estructural-funcionalista del derecho penal que lo lleva a un continuo escarceo con la teoría de los sistemas. La idea central del funcionalismo de JAKOBS es la necesidad de que el sistema social funcione adecuadamente y tenga los medios precisos para su autoconservación y autodefensa.

³² JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005). *Ob. Cit.*, p. 41.

³³ *Ibid.* p. 54.

³⁴ DURKHEIM, Emile (2009). *Las reglas del método sociológico*. México DF: Fondo Económico de Cultura.

Desde esta perspectiva, el Derecho -especialmente el Derecho penal, que es el que interesa al autor- se inserta en plenitud dentro de la sociedad, teniendo por quehacer el mantenimiento y defensa del sistema social vigente. De ello que, su función, sea dotarlo de cohesión, así como dar resolución a cualquier problema que pueda afectar al funcionamiento de este.³⁵

Atendido que cunden con fervor indisimulado los afanes sistémicos en el derecho penal del enemigo, lo propio es revisar, al menos someramente, las directrices que preconiza este modelo, así como su influencia en la teoría del enemigo de JAKOBS. En primer lugar, conviene señalar que la teoría sistémica de LUHMANN, concibe el Derecho como un instrumento de estabilización social, esto es, “como medio de orientación de las acciones, de institucionalización, de las expectativas, es decir, de aquello que se espera hagan los demás en pro del sistema total; y como instrumento que implica confianza institucional, o sea, credibilidad en el ordenamiento, entendida como forma de integración social”.³⁶

En este concepto, el Derecho se señala como una estructura que facilita la orientación social, y la regula en base a una generalización de expectativas. De esta suerte, el orden fundamental de la sociedad se producirá a través del Derecho, y es misión del Derecho penal el garantizar esa configuración. Así también lo entiende JAKOBS, para quien, precisamente, “para facilitar la orientación del hombre en el mundo hay que crear mecanismos que permitan la reducción de la complejidad, y uno de ellos, es la creación de sistemas sociales, dentro de los cuales el Derecho marca los límites de la configuración que se da a sí misma la sociedad y que la caracteriza de una determinada manera”.³⁷

En este afán de reducción de la complejidad son de suyo relevantes “las expectativas”, las que se crean con tal de favorecer la orientación social. La teoría de sistemas habla de expectativas *cognitivas* y *normativas*. Mientras las primeras hacen referencia a las relaciones del ser humano con los sucesos de la naturaleza; las segundas,

³⁵ JAKOBS, Günther (1996). *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. En Cuadernos de conferencias y artículos N° 13 de la Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. P. 36.

³⁶ LUHMANN, Niklas (1998). *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*. Madrid: Editorial Trotta, p.51.

³⁷ JAKOBS, Günther (1996). *Fundamentos del Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, p. 141.

apuntas a las relaciones del ser humano con los demás miembros de la interacción social. La diferencia entre ambas estriba en que, ante un cambio en la regularidad de la naturaleza, la respuesta que se da es muy distinta a la forma de reaccionar ante un hecho social.

Así, tenemos que, para las normas propias de la naturaleza, esperamos que se cumplan porque sabemos que eso ocurra así, y quien no lo espera, quien las contradice, sufrirá una *poena naturalis*. En cambio, respecto de las expectativas normativas, es un escenario cierto el que sean defraudadas, por lo que carecen de una fuerza propia para estabilizarse ante su contradicción. De aquí que el sistema esté obligado a crear mecanismos que reaccionen frente a ellas mediante, por ejemplo, anticipaciones de punibilidad -sanciones-.

Y es que las normas jurídicas, a diferencia de las leyes de la naturaleza, son meramente contingentes, en el sentido de que yo puedo esperar algo de alguien y, a su vez, esa persona puede esperar algo de mí. Sin embargo, aquella expectativa es meramente contingente, ya que, si se trata de “un esperar algo de alguien”, esto bien puede acontecer como no. Por lo mismo, dada su indemostrabilidad, “su vigencia ha de garantizarse de otro modo, precisamente a través de la sanción”.³⁸

Con la imposición de una *poena forensis*, el sistema reafirma que siguen vigentes unas determinadas expectativas a pesar de su defraudación. Esto permite a las personas poder seguir orientándose sobre la base de que los demás seguirán cumpliéndolas en el futuro, permitiendo con ello la estabilización de las expectativas sociales.

En este contexto comunicativo que es la sociedad, el Derecho penal formula una comunicación particular: “la función del Derecho penal consistente en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad”.³⁹

En esto, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría, según la cual, el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa de la sociedad. Luego, reacciona frente a una perturbación en la sociedad mediante la sanción, la que pune en aras del mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos

³⁸ Ibid. p. 142.

³⁹ Ídem.

sociales, estabilizando nuestros encuentros por la vía de especificar cuáles son las expectativas legítimas.

En este entramado, la persona aparece como una construcción comunicativa determinada por expectativas sociales, cuyas posibilidades de conducirse se hayan restringidas por pautas de comportamiento. Cuando hablamos de “persona” desde este punto de vista, nos referimos a una construcción social que, como tal, es necesaria para el funcionamiento del sistema. Según LUHMANN, las personas garantizan esta continuidad de expectativas a pesar de sus estructuras cognitivas y motivacionales altamente individualizadas.⁴⁰ “Las personas, lo son porque interactúan en la sociedad, cumplen un rol en ella respecto del cual se tiene, por parte del resto de las personas, una expectativa normativa, lo que brinda un reconocimiento como un igual o un miembro de una sociedad. Con los individuos, comprendidos como *no-personas*, sucede lo contrario”.⁴¹

Esto implica que, en todo momento, ha de estimarse a la persona como un sujeto que está mediado por lo social, o como afirma el propio autor, “ser persona significa tener que representar un papel (...) es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible”.⁴²

Luego, la sociedad o sistema social se configura como un mundo objetivo compuesto por personas, o si se quiere, “individuos representados comunicativamente como relevantes (...) que se definen por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo”.⁴³

Así es como se construye la noción de *persona* en el modelo funcionalista de sociedad. Queda por determinar quién *no es persona*. Volvamos a la definición, “personas son los destinatarios de derechos y deberes, y viceversa, (...) es persona quien es capaz jurídicamente (...) una exclusión existe cuando el propio derecho no deja que el individuo

⁴⁰ LUHMANN, Niklas (2008). *Ob. Cit.*, p. 63.

⁴¹ JAKOBS, Günther (1996). *Ob. Cit.*, p. 200

⁴² Ídem.

⁴³ LUHMANN, Niklas (1998). *Ob. Cit.*, p. 314.

avance hasta ser persona en derecho, quedando limitado aquí al enfoque a individuos humanos”.⁴⁴

Siguiendo estos postulados, habría que distinguir, entonces, dos tipos ideales de sujetos: las personas y los que simplemente son sujetos (individuos). Respecto de estos últimos, la comunicación con ellos es instrumental, cosificada, por lo que se le considera que, puede servir a alguna finalidad o no, en todo caso, no se encuentra obligado a nada (y, por tanto, en esa comunicación tampoco es persona).⁴⁵

Por tanto, si la persona es quien cumple un rol dentro de la sociedad, es decir, está en la sociedad porque cumple un rol respecto y en relación con las demás personas, el sujeto *no-persona* es quien no está mediado por lo social, por lo que la comunicación con éste, “es comparable al trato con una máquina: la máquina no tiene derecho a ser utilizada en forma correcta”.⁴⁶

Para ATRIA, las sociedades modernas han encontrado un modo de ordenar las interacciones sociales siguiendo una doble contingencia, cual es, “yo cooperaré contigo si tú cooperas conmigo, pero tú cooperarás conmigo si yo coopero contigo, la que no depende de los lazos entre individuos concretos, sino entre posiciones abstractas como comprador, arrendatario o, generalmente, persona (en el sentido del artículo 55 del Código Civil, esto es, de sujeto de derecho)”.⁴⁷

En la producción de estos vínculos comunicacionales descansa la sociedad y, por tanto, el Derecho penal como subsistema social; y es el sustento de la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo.

⁴⁴ KANT, Emanuel (2006). *Ob. Cit.*, p. 57

⁴⁵ JAKOBS, Günther (1996). *Ob. Cit.*, p- 213.

⁴⁶ MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco (1996). *De máquinas y seres vivos, Autopoiésis: la organización de lo vivo*. Santiago: Editorial Universitaria, p. 48.

⁴⁷ ATRIA, Fernando (2003). *Ubi Ius, Ibi Remedium? La relevancia jurídica de los Derechos Humanos*. En Revista de Estudios de la Justicia N°3 Año 2003, pp. 78-103, p. 96.

1.3 EL PARADIGMA DEL ENEMIGO Y LA DISOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL

Hemos asentado que el Derecho penal del enemigo ha sido ideado para enfrentar, de algún modo, a criminales tan peligrosos que socavan las bases mismas de la existencia civilizada. Tales son los casos del narcotraficante, el mafioso, el terrorista, el delincuente económico, el pederasta, a quienes se les califica como focos de peligro, pues su obrar delictual, no sólo contraria al círculo de la *doble contingencia*, sino que ataca con una intensidad inaceptable la estructura normativa del sistema jurídico-penal, reduciendo a los heteroadministrados a la vana calidad de objetos con tal de obtener infames granjerías o extraer ventajas lúbricas.⁴⁸

Si bien las expectativas normativas siempre serán defraudadas, casos como los sugeridos conviene reducirlos en la mayor medida posible, neutralizando a sus autores con una mayor firmeza que si se tratase de delitos comunes. Desde luego, ante esta cepa de delitos, “ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal -determinado por derechos y deberes-, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente (...) y es este, no otro, el rasgo que lo convierte en una fuente de daño potencial para los demás”.⁴⁹

Al respecto, SCHMITT, distinguió entre amigo y enemigo, para inaugurar una concepción del Derecho penal mucho más dura con ciertos delincuentes.⁵⁰ Esta tesis más tarde será recogida por el propio JAKOBS, quien irgue su propia diatriba en torno a la idea de enemigo, aunque en términos diversos: SCHMITT veía en el enemigo un criminal, JAKOBS hace del criminal un enemigo. De este modo, en JAKOBS el enemigo es siempre un delincuente, mientras que en la obra de SCHMITT no lo es. En esta dirección, el jurista de Plettenberg distingue dos clases de “enemigo”, plenamente identificables:

⁴⁸ JAKOBS, Günther (2003). *Personalidad y exclusión en Derecho Penal*. En Montealegre, Eduardo 2003 (coordinador), Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, *El funcionalismo en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

⁴⁹ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005) *Ob. Cit.*, p. 14.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco (2008). *¿Es el Derecho penal internacional un Derecho penal del enemigo?* En *Revista Penal 21 (1)*. Pp. 93-102.

- i. Uno *externo*, extranjero, habido en su propio territorio y separado de la sociedad⁵¹. El enemigo externo de SCHMITT no es un criminal al que hay que aniquilar, sino un enemigo legítimo al que se le debe profundo respeto. Así lo advierte, al señalar que, “no se le puede eliminar pues, más allá de su desvalor, modela a la persona, es nuestra propia pregunta como persona. (...) no es algo que tiene que ser eliminado por cualquier razón. El enemigo está a mi propio nivel. Por esta razón, tengo que luchar con él, para encontrar la propia medida, los propios límites y la propia personalidad”⁵². Es el *otro* del *ius publicum eurypaeum*, quien vive sin pensar en nosotros sino como un enemigo público espacialmente diferenciado.⁵³
- ii. Y otro *interno*, aunque su referencia es racial, orientada a descalificar a los judíos, gitanos y homosexuales, es decir, a los enemigos del *Reich*, algo que no se encuentra ni remotamente en la obra de JAKOBS. Por el contrario, cuando habla de un enemigo conceptualiza a un individuo, “que se ha apartado de manera permanente del Derecho, y que ya no ofrece seguridad cognitiva sobre su comportamiento personal a quienes sí se mantienen fieles a la configuración del sistema social”.⁵⁴

De esta manera, en JAKOBS la determinación del enemigo pasa, esencialmente, porque éste no ofrece las garantías cognitivas suficientes de que se comportará como una persona fiel al Derecho, lo que supone, en consecuencia, su pérdida de personalidad. En concepto de VILLEGAS, “En el Derecho penal del enemigo, los enemigos se caracterizan primero, por que rechazan por principio la legitimidad del orden jurídico y lo combaten y, segundo, a causa de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, ya que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de una conducta personal”.⁵⁵

⁵¹ SCHMITT, Carl (1991). *Ob. Cit.* P. 78.

⁵² *Ídem*

⁵³ SCHMITT, Carl (2009). *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del “Ius publicum Europaeum”*. Madrid: Editorial Trotta.

⁵⁴ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005). *Ob. Cit.*, p. 42.

⁵⁵ VILLEGAS DÍAZ, Myrna (2007). *El Derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche*. En el Libro Homenaje a prof. Eduardo Novoa. Universidad Central. Foro Norte para el estudio del Derecho y los derechos de los pueblos originarios. P. 17.

El evento central aquí, es la declaración del criminal de no querer mantenerse fiel a la norma y a la configuración jurídica de la sociedad de forma permanente o duradera. En cuanto al Estado procede de esa manera, porque de la persona cree encontrar a su enemigo, “le arrebatada la máscara y con ello, automáticamente lo elimina de su teatro”.⁵⁶

El argumento de JAKOBS aquí es claro: no hay que tratar a los enemigos como personas dado que no pueden reaccionar como tales. De esto, el concepto normativo de persona lleva a identificar al enemigo con aquel que estando fuera del pacto social huye de manera duradera del Derecho debido a su posición, forma de vida, religión o pertenencia a una organización.

Ahora bien, la pérdida de personalidad, en ningún caso, es definitiva. El Estado bien puede seguir tratando al delincuente como persona, siempre y cuando su delito se considere “un defecto personal transitorio”⁵⁷, tal que, pese al crimen cometido, los delincuentes pueden conservar o recuperar su *status personae*, en la medida en que se muestren dispuestos a querer cambiar su conducta brindando garantías cognitivas a los demás de que no serán agredidos. Sin embargo, este tratamiento ya no resulta posible ni deseable, “cuando el defecto personal ocasional se convierte en duradero o cuando diferentes defectos se suceden en una cadena casi sin fin o, en todo caso, incalculablemente larga”.⁵⁸

La crítica que bien puede esgrimirse a esta postura es que la calidad de *hostis* no plantea la necesidad de disponer su aniquilación, pues le quitaría toda legitimidad al Estado para poder sancionar y, con ello, mantener la configuración de la sociedad. Por supuesto que lo puede privar de su *status civitatis*, pero ello no implica que esté autorizado a privarlo de la condición de persona, o sea, de su calidad de portador de todos los derechos que asisten a un ser humano por el mero hecho de serlo.⁵⁹

El trato como cosa peligrosa, por mucho que se lo encubra, incurre en esa privación. Tratar a algunos delincuentes como enemigos es normativamente inaceptable. Pero, además, es también una forma de pesimismo cultural sin ningún fundamento empírico.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio (2007). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar. P. 35.

⁵⁷ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005). *Ob. Cit.*, p. 47.

⁵⁸ JAKOBS, Günther (1996). *Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 10.

⁵⁹ JAKOBS, Günther (2006). *¿Terroristas como personas en Derecho?* En *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Tomo II. CANCIO MELIÁ, Manuel. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda.

Suplir la retribución racional de la pena por *ceremonias de escarnio*⁶⁰ que el propio Derecho repudia, no es sino una especie de retorno a la barbarie.

Como afirmaba Schopenhauer: “Toda retribución mediante la causación de un dolor, sin finalidad de cara al futuro, es venganza y no puede tener otro fin que no sea el de consolarse del sufrimiento que uno mismo padece viendo el sufrimiento ajeno que uno mismo ha causado”.⁶¹ Y aunque sea presentado como un signo de firmeza, una concepción funcionalista radical no representa sino un signo de debilidad y un acto de abdicación de la razón más que del Derecho. Sobre estas perplejidades de la teoría *jakobsiana* ahondaremos más adelante.

1.4 LA PRIVACIÓN DE LA CIUDADANÍA

Se suele señalar que el Derecho penal y los delitos que pune son una construcción social que, como tal, puede bien tener una fundamentación autoritaria o dictatorial de poder, o corresponder a una fundamentación liberal garantista. Las nociones de criminalidad y desviación social utilizadas de modo tradicional en la criminología han sido cuestionadas, para evidenciar su carácter contingente y su origen político.⁶²

Como apunta LESCH, “Estas construcciones no son neutras, corresponden a una concepción y a una manera de tratar a los que no son definidos como delincuentes para dar cumplimiento a los fines del poder”.⁶³ En consiguiente, negar la condición de persona a un individuo de la especie humana también es una construcción social que responde, ideológicamente, a una concepción antiliberal que, históricamente, ha sido el sustrato del que ha emergido el desprecio por la vida humana o, a decir de Hannah ARENDT, el eventual

⁶⁰ NIETZSCH, Friedrich (2005). *El nacimiento de la tragedia*. Madrid: Tecnos.

⁶¹ Schopenhauer, Arthur (2006). *El mundo como voluntad y representación*. Madrid: Editorial Alianza, p. 412.

⁶² SILVA GARCÍA, Germán (1996). *La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica*. En *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 845-863, p. 856.

⁶³ LESCH, Hieko (2000). *La función de la pena*. Bogotá: Universidad de Externado, p. 74.

tratamiento de los seres humanos como entidades “superfluas”⁶⁴, desconociendo la dignidad de la persona humana siendo la fundación de sistemas políticos basados en el terror, capaces de una violencia sin precedentes y que permiten la aplicación de penas indignas u otras atrocidades como el genocidio o la tortura.

BECCARIA, reivindicó que las penas debían ser las mismas para el primero y para el último ciudadano y de su trabajo se deduce que éstas han de ser independientes de la calidad del individuo, al afirmar: “No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repute como cosa”.⁶⁵

En JAKOBS la persona física, es la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una conciencia de las expectativas normativas. La persona es titular de derechos, pero, recíprocamente, tiene el deber de respetar los derechos de los demás, es decir, de no perturbarlos en la posesión jurídica de esos derechos. Esto significa que, tiene deberes negativos (no perturbadores), pero también deberes positivos cuando está obligado a una ayuda debida (deber de auxilio).

A tales efectos, cuando la persona no cumple esos deberes de abstención (negativos), o cuando la ayuda debida (deber positivo) es negada, estamos frente a un delito contra una persona, lo que genera una relación jurídica y no un mero suceso natural. Y aunque esto es indiscutible, la política criminal que se aplique obedecerá a una clara concepción de quienes detentan el poder, para definir las conductas que se consideran delictivas, establecer los destinatarios de la ley penal y señalar las consecuencias jurídicas. Lo anterior depende de la mirada filosófica o política, y de esto la definición acerca de la manera de tratar a quienes rompen las reglas, bien desde una mirada que respeta el principio de igualdad o con un criterio de exclusión social. “Las situaciones de divergencia social enfrentan a personas o grupos con intereses e ideologías dispares, las cuales ejecutan líneas de acción social para alcanzar sus objetivos, lo que genera en muchos casos conflictos sociales, que ponen en evidencia la diversidad social envuelta; frente a lo cual actuará el control social penal seleccionando alguna de las líneas divergentes para definirla

⁶⁴ ARENDT, Hannah (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Editorial Taurus.

⁶⁵ BECCARIA, Cessare (2015). *Tratado de los delitos de las penas*. Madrid: Editorial: Universidad Carlos III de Madrid, p. 47.

como criminal, conforme a criterios sociales, económicos, políticos o culturales, censurando la diversidad que encarna, esto es, sin reconocer de modo pluralista su valor”.⁶⁶

JAKOBS plantea, además, que el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual sino en la comunicación, de tal forma que, sus actores (el autor, la víctima, el juez), todos ellos personas, no las determina un sentimiento individual sino la sociedad. “A quien se le dirige la comunicación personal de naturaleza jurídica -expectativas normativas institucionalizadas de no delinquir-, es un igual, una persona en derecho (porque se le considera una esencia racional o incorporada al contrato social, entre otros).⁶⁷

Con este reconocimiento, la persona -como destino construido comunicativamente-, quede adscrita al Derecho y, por tanto, todo aquel, que niegue su racionalidad o establezca su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de una comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como una persona en Derecho. Aquí es donde JAKOBS se aparta drásticamente de un Derecho penal garantista para despersonalizar al ser humano, al considerar que el titular de derechos y deberes, sólo puede ser tratado, “como persona en la medida que en lo fundamental se conduzca de manera conforme a la norma, porque si se convierte en un enemigo, debe ser tratado como una no-persona”.⁶⁸

De entrada, esta concepción se opone al principio liberal del derecho a la igualdad, que se estableció desde las revoluciones burguesas, tendiente a que todos los miembros de la sociedad debían ser tratados de la misma manera, sin ninguna distinción de sexo, condición, credo, raza, incluida la de los delincuentes. El delincuente para ser tratado como persona en el Derecho penal del enemigo, debe “participar”, hacer su parte, por cuanto debe garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico, es decir, “todo aquél que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado”.⁶⁹ Este Derecho trata al enemigo como, “un sujeto, individuo o espécimen de la raza humana carente de personalidad jurídica, en la medida

⁶⁶ SILVA GARCÍA, Germán (1996). *Ob. Cit.*, p. 860.

⁶⁷ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005). *Ob. Cit.*, p. 214.

⁶⁸ *Ibid.* p. 46.

⁶⁹ JAKOBS, Günther (2006). *La pena estatal, significado y finalidad*. Madrid: Civitas Ediciones, p. 110.

que representa un peligro para la sociedad porque es una fuente de riesgo, sin importar si la amenaza se ha concretado o no”.⁷⁰ Al considerarlo así, “el enemigo puede ser sometido a la privación de la libertad preventiva sin el reconocimiento de la reserva legal y judicial (por simple sospecha o en la ideación o en los actos preparatorios), a la intervención de la intimididad sin orden judicial, a “duros interrogatorios” que permitirían la utilización de la tortura (de lo contrario no serían duros), a la incomunicación y limitación del derecho de defensa, es decir, que se eliminaría el principio de presunción de inocencia para tener como punto de partida la obligación de demostrarla”.⁷¹

Ahora bien, dice JAKOBS, que postular un derecho no es lo mismo que tenerlo. Si los individuos hacen estragos hay que combatirlos, y si existe la posibilidad de que lo hicieran (riesgo o amenaza), hay que tomar medidas preventivas.⁷² En síntesis, ser persona en Derecho es algo sinalagmático, “el otro ha de participar, a menos que se dé la poco frecuente situación que se le tenga controlado como prisionero”.⁷³

Lo dicho anteriormente es el núcleo de la tesis de JAKOBS que rompe al paradigma del concepto de persona. Éste no está unido al nacimiento del ser humano y alejado del concepto de ciudadano por la simple adquisición de la mayoría de edad, sino que pretende considerar como persona a quien, además de tener la calidad de humano, “ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento persona, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real”.⁷⁴

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ Ídem.

⁷² JAKOBS, Günther (1997). *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. En Estudios de Derecho penal, p. 101.

⁷³ Ídem.

⁷⁴ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005). *Ob. Cit.*, p. 37.

CAPÍTULO II: EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

2.1 PRESENTACIÓN

Hasta este punto del trabajo, hemos hecho somera alusión al Derecho penal del ciudadano como uno de los tipos ideales que preconiza el funcionalismo estructural Jakobs, y que el autor presenta como contrapunto al Derecho penal del enemigo. Sabemos que la expresión Derecho penal del enemigo pretende significar aquel conjunto de anticipaciones punitivas que sortean las barreras de lo que debe ser un Derecho penal respetuoso de las garantías ciudadanas, ideadas para componer problemas de seguridad provocados por individuos especialmente peligrosos, bien por cometer actos de barbarie o pertenecer a la criminalidad organizada, o por contrariar el sistema y violentar los derechos humanos de manera duradera e inusitada.⁷⁵

Ante tales formas de criminalidad, donde el individuo no garantiza la seguridad cognitiva mínima, necesaria para el tratamiento como persona, el jurista de Bonn legitima un tratamiento diferenciado para los disidentes de la democracia, que habilita al sistema a concebirlo como un enemigo antes que como un ciudadano. En este punto, JAKOBS diferencia claramente entre lo que, a su juicio, es el Derecho penal del enemigo del Derecho penal del ciudadano, caracterizando a este último como un sistema de imputaciones normativas dirigidas a delincuentes ocasionales, esto es, aquellas personas que le deben obediencia al Derecho, a través de las cuales, se busca afirmar la vigencia de la norma.⁷⁶

Ambos modelos de imputabilidad, no obstante, difícilmente parecen ser llevados a la realidad en términos puros, pues, aun en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio, se entremezcla al menos una leve defensa frente a riesgos futuros; inclusive, el terrorista más alejado de la esfera ciudadana suele ser

⁷⁵ JAKOBS, Günther (2006). *Ob. Cit.*, Madrid: Marcial Pons, p. 120.

⁷⁶ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005). *Ob. Cit.*, p. 88 y ss.

tratado, al menos formalmente, como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano.⁷⁷ Por consiguiente, conviene advertir que, en los hechos, es imposible tratar de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal que, no son sino, las dos caras de un mismo fenómeno o, si se quiere, dos tendencias opuestas dentro de un mismo contexto jurídico-penal.

A su pesar, en la presente sección, estas tendencias que se revelan solapadas y con límites porosos, en un ejercicio puramente analítico, intentaremos diferenciarlas bajo la rúbrica de modalidades de criminalidad contrapuestas, ahondado en la *lex lata* del delincuente incidental.

2.2 CONCEPTO DE DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

Indiscutiblemente, el Derecho siempre 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, como su nombre sugiere, es el Derecho dirigido en exclusivo a los ciudadanos, es decir, a aquellos que en su cotidiano se conducen según el Derecho lo establece. O si se estima, es la respuesta que el *ius puniendi* estatal tiene frente a quienes poseen características tales que, según JAKOBS, le brindan el carácter de ciudadano o *status personae*.

Para entender quién abriga la calidad de persona, primeramente, se debe tener claro a quiénes se aplica. En consiguiente, resulta pertinente enunciar algunas características y supuestos sobre los que recae este tipo de legislación penal.

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 transgrede”.⁷⁸ JAKOBS sostiene que, a través de la

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ JAKOBS, Günther (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Editorial Civitas., p. 18.

tipificación del delito y de la pena, lo que hace este Derecho es, “contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad”.⁷⁹

Este es el llamado *efecto confirmador de la norma* según el que se valida la identidad social que ha sido transgredida. Distinto es lo que ocurre en el Derecho penal del enemigo donde, antes que estabilizar el Derecho, tiene un efecto disuasorio que el autor aduce como justificación de su actuar. Pues bien, la identidad social que reafirma este mecanismo no es otra cosa que el propio estatus de persona de los distintos sujetos. Este carácter es determinado por la capacidad comunicacional que tienen los sujetos de inscribirse o hacerse partícipes de la sociedad, por lo que quienes se autoexcluyen o desempeñan defectuosamente este proceso de comunicación, serán considerados delincuentes e, inclusive, como vimos, se les reputarán bajo la estampa de *no-personas*.

De aquí que el delito sea entendido como una, “comunicación defectuosa cuya imputabilidad se le otorga al autor como culpa suya”.⁸⁰ De esta suerte, en JAKOBS, la responsabilidad del delito o la comisión del mismo, no es endosable a la sociedad, sino que culpa abiertamente a su autor como responsable y culpable de la acción delictiva, atribuyéndole la incapacidad de llevar a cabo un proceso de comunicación personal completo y exitoso, dado que delinquir no es otra cosa que un atentado contra la identidad social.

Ahora bien, para el caso del Derecho penal del ciudadano, el hecho de que se cometa un delito no significa que el autor pierda su calidad de persona, ya que la pena que se le impone como sanción, nuevamente, tiene como objetivo confirmar su identidad social y la autocomprobación (mantenimiento) del sistema social en *stricto sensu*.⁸¹ Cabe entonces preguntarse, ¿cuál es la función del Derecho penal del ciudadano? A esta pregunta, el profesor alemán responde: “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”.⁸² Esto significa que su función es representar una identidad invariable de la sociedad, es decir que, el consenso al que las

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ JAKOBS, Günther (1996). *Ob. Cit.*, p. 16.

⁸¹ *Ibid.*, p. 18.

⁸² *Ibid.*, p. 19.

personas han arribado se confirma, precisamente, en el momento en que se asigna una pena a la persona que comete un ilícito. Por cuanto, su efectiva aplicación ratifica que tales consensos no han sido modificados.

De otro lado, esta confirmación de la identidad normativa cumple, además, la función de resolver el problema social⁸³ planteado luego que, para la teoría funcionalista, a la que JAKOBS adhiere, la constitución de la sociedad y de las personas tiene lugar a través de normas. El Derecho es un factor de identificación y garantía de la sociedad, en consiguiente, la configuración e identificación de la sociedad (en cuanto sistema de comunicación) se lleva a cabo mediante las normas jurídicas. Éstas son las que, dentro de la dinámica social, permiten saber el significado de los comportamientos de la persona y lo que razonablemente puede esperarse de ella. “Hay normas mediante las cuales se puede (co)definir la identidad de una sociedad, de un Estado o de una persona. Entre ellas se encuentran las normas centrales o nucleares del Código Penal, en la medida en que garantizan el derecho a la existencia de cada ciudadano y los principios del orden constitucional”⁸⁴

Según JAKOBS dichas normas, en cada momento, no tienen que ser necesariamente como son, sino que podrían ser de cualquier otro modo. Esta apertura al relativismo hace que, dado el carácter contingente del contenido de las normas, su confirmación, su validez y eficacia se encomienda, sin más, a una medida de fuerza, a una sanción.⁸⁵ Ello explica que, para el jurista, sea fundamentalmente el Derecho penal el que mejor contribuye a identificar y definir el tipo de sociedad de que se trate en cada tiempo y lugar. En este sentido entiende: “Que la pena máxima se imponga por brujería, por contar chistes sobre el Führer o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la sociedad”.⁸⁶

De allí que la sanción, desde esta perspectiva ciudadana, tenga no sólo la función de resolver un conflicto social, sino también de constituir la sociedad, a pesar de que su justificación pasa por considerar que no existen certezas acerca de cuál es la voluntad que debe detentar un sujeto. Al ser indemostrable esta recta voluntad, “se debe recurrir a

⁸³ Ibid., p. 20.

⁸⁴ JAKOBS, Günther (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Marcial pons, p. 63.

⁸⁵ JAKOBS, Günther (1996). *Ob. Cit.*, p. 36.

⁸⁶ Ibid., p. 22.

normas penales que determinen el debido actuar de la voluntad y junto con ello permitan garantizar a través de la sanción el que el debido comportamiento no se vulnere”.⁸⁷

De acuerdo con esta idea, se puede decir que lo que diferencia a una persona de una no-persona o enemigo es que, en el primer caso, “el cometer un delito implica un defecto volitivo aislado de la voluntad expresado en el comportamiento delictivo, pero este no hace temer per se consecuencias negativas (...)”.⁸⁸ Mientras que, en el segundo, “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*”.⁸⁹

Consiguientemente, las normas que emanan del Derecho penal ciudadano intentan establecer un catálogo de buenas conductas que, como aseguran sus críticos, puede llevar a restringir las libertades que se otorgan a las personas, pudiendo otorgarle al Estado una posibilidad de injerencia tal que anule la real manifestación de la voluntad de sus destinatarios. Ante ello, JAKOBS objeta 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”.⁹⁰

En efecto, el funcionalismo sostiene que un sujeto es libre en la medida que ese valor este dado por la sociedad. De aquí que le otorgue al proceso de comunicación, sólo la aptitud de constituir la sociedad y de las personas, sino que además y en forma exclusiva, el mérito de generar libertad den los sujetos, sosteniendo que “sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres (...) 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”.⁹¹

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio (2000). *Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F, p. 144.

⁸⁸ JAKOBS, Günther (1996). *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Editorial Civitas, p. 26.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 28.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 25.

⁹¹ *Ibid.*, p. 32.

2.3 EL CONCEPTO DE PERSONA EN EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

A instancias de lo anteriormente descrito, la noción de persona en el Derecho penal del ciudadano puede ser definida, por un lado, desde la óptica comunicacional de la que tiene que ser parte el sujeto (subjetivo) y, por otro, desde el ámbito de lo normativo (objetivo) entendido como “manual de buenas conductas”. En el primer caso, se ha asentado que la persona es un sujeto mediado por lo social, lo que significa tener que representar un papel, montar un rol en el que portar una máscara. En palabras de JAKOBS “Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible⁹²”.

Desde el punto de vista normativo (objetivo), JAKOBS sostiene que un sujeto se vuelve partícipe de una sociedad, es decir, se define como persona, cuando comunicativamente es representado como relevante, es decir, es tenido por válido en el mundo objetivo, así tiene un rol (papel) que representar, sin importar lo insignificante de éste.

Luego, la subjetividad de un ser humano sólo le será accesible a otro mediante manifestaciones u objetivaciones que serán interpretadas dentro de un determinado contexto. Por lo mismo, el conocimiento que se tenga acerca de un sujeto estará mediado por las normas que una sociedad considere vinculantes, vale decir, será posible cuando se conoce cuál es el sistema de normas que el otro considera vinculante.⁹³ De aquí que se plantee, que el Derecho penal del ciudadano se desarrolle en la comunicación y no en la conciencia individual de las personas. Sus actores son las personas, desde los jueces hasta los autores del ilícito, y quienes le brindan tal calidad, no es otra que la sociedad y en ningún caso el sentimiento individual de cada sujeto.

De esta manera, en la medida en que se conozca el sistema normativo que, asentamos, fija objetivamente si un comportamiento significa una infracción de la norma o un actuar lícito, se produce la vinculación entre los sujetos en términos de ciudadanos, definiéndose a la par, cuándo estamos frente a una conducta defectuosa o ante el

⁹² Ibid., p. 51.

⁹³ Ídem.

quebrantamiento de un rol asignado. Sea lo anterior, “las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta aspectos individuales. Pues como estas expectativas se dirigen a personas, es decir, a portadores de un rol, el requisito mínimo de una defraudación es el quebrantamiento de un rol”.⁹⁴

En definitiva, el Derecho penal del ciudadano, 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.

2.4 EL DELINCUENTE COMO UN HIPÓCRITA EN LA COMUNICACIÓN PERSONAL

La “comunicación personal” tiene por presupuesto el suscitarse entre sujetos iguales. Por tal razón, se deduce que el delincuente es una persona que, como igual, expresa en su actuar un sentido que, efectivamente, tiene validez general pero que, no obstante, se confronta a una sanción, a una pena, consensualmente establecida.

Esta comunicación personal se contrapone a la llamada “comunicación instrumental”, empleada por los sujetos siguiendo una finalidad particular, sin que por ello se encuentren obligados a nada. Ésta, a diferencia de la primera, no cumple el papel de otorgar el estatus de persona a un sujeto determinado ni reconoce al otro como un igual, “como una persona, es decir, como alguien racional que se ha incorporado al contrato social”.⁹⁵

Para iniciar el proceso de comunicación personal y consecuentemente con ello, la transformación en persona debe existir una relación entre sujetos y mediar entre ellos el reconocimiento de, al menos, una regla que los conduzca y que puedan invocar, “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

⁹⁴ Ibid., p. 54.

⁹⁵ Ibid., p. 70.

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 de consideración había sido precisamente exonerado el otro”⁹⁶

Atento lo que ocurre en el transcurrir de individuo a persona, se produce un reconocimiento, por parte de quienes aceptan la norma social independiente de sus propias apetencias (norma social), de que existen también otros seres iguales a ellos mismos, pues también reconocen la norma social. Esta epifanía vierte a la persona en el reconocimiento de sí mismos como seres libres, poseedores de una voluntad que es libre y que no se limita a la pueril administración de sus propias preferencias. Enseguida, es dable concebir que, reconocer a un ser libre, es reconocerlo como parte integrante de un sistema normativo que las otras personas también reconocen. La libertad será, entonces, el límite de los deseos individuales en procura de la vigencia de las normas sociales. JAKOBS lo expone del siguiente modo, “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 como la “voluntad que es libre”, es decir, que se concibe como un centro que ya no se limita a la administración de sus preferencias”.⁹⁷

Las normas hacen el mundo objetivo ya que determinan la comunicación, y lo hacen con independencia de las preferencias actuales de cada individuo. A requisito de esto, no son las personas las que definen la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir a los individuos como personas.⁹⁸ Cabe resolver, entonces, quienes son detentadores de derechos en la sociedad y, particularmente, aquellos que se derivan del Derecho penal del ciudadano. Para JAKOBS, la respuesta a esto se debe a que, “El Derecho se establece para aquellos que pueden ser caracterizados como personas en Derecho. 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;

⁹⁶ MATORANA, Humberto (1990). *Emociones y lenguaje en educación y política*. Santiago: Dolmen Ediciones, p. 62.

⁹⁷ JAKOBS, Günther (1996). *Sociedad, Norma y Persona (...)*. Ob. Cit., p. 76.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 81.

ciertamente, una línea absolutamente recta puede ser muestra de incapacidad de evolucionar, pero las rupturas violentas evidencian hipocresía”.⁹⁹

Este último punto es clave, y bien sirve de corolario de este título: quien delinque se transforma en un hipócrita pues reniega del papel o rol que socialmente ha adquirido. Si bien puede que esta hipocresía sea solo incidental -caso en el cual se aplica el Derecho penal del ciudadano-; puede constituirse en un comportamiento recurrente y continuo que transformará a la persona en enemigo de la sociedad y, en ello, dará sitio a la pertinente aplicación del Derecho penal del enemigo.

2.5 LA PENA COMO CONFIRMACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LA SOCIEDAD

En lo hasta aquí reseñado, se puede constatar como JAKOBS le otorga una menor relevancia al aspecto individual de la infracción en beneficio de la significación social del hecho penal. Vemos que, para el autor, la función de la pena se centra, antes bien, en la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales -porque de ellas depende la propia configuración o identidad de la sociedad-, frente a las conductas que expresan una máxima conductual incompatible con las mismas y que ponen en entredicho la norma como modelo general de orientación social.

En este artefacto funcionalista, la sociedad que castiga ha quedado convertida en un sujeto propio con una identidad propia diferente a los ciudadanos, entendiendo JAKOBS que la pena sólo tiene sentido para ella: “en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa (...)”.¹⁰⁰

⁹⁹ Ibid., p. 80.

¹⁰⁰ Ídem.

Tal es la participación de la pena en el modelo funcional del Derecho penal del ciudadano. Así, JAKOBS nos dice que, “La pena es coacción (...) de diversas clases, mezcladas en íntima combinación. En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado (...) significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente, sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad. En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica, y el autor es tomado en serio en cuanto persona”.¹⁰¹

Esta función -manifiesta- de la norma, de confirmar la identidad de la sociedad, el autor la denomina “prevención general positiva como función latente de la pena”. Sin embargo, en determinados casos, a ella añade un efecto intimidatorio o disuasorio que denomina “prevención negativa”. Es decir, junto a la prevención general positiva, aparece ahora la prevención general negativa donde, “la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena de libertad (...)”.¹⁰²

En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino que quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizá se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad. Por lo tanto, “en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede - en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena- de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo en vez de Derecho penal del ciudadano”.¹⁰³

Este párrafo nos está indicando que la sanción es compleja y la condición de enemigo es gradual. Lo primero porque la pena se incluye en la sociedad en términos de refuerzo de la vigencia de la norma y de la consiguiente identidad normativa de la sociedad,

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. (2005). Ob. Cit., p. 24.

¹⁰³ Ibid., p. 24.

pero, al tiempo, al delincuente tanto o más que hablarle lo que hace es ponerlo a recaudo para que no vuelva a delinquir, al menos en el caso de las penas privativas de libertad. Ese delincuente no cuenta prioritariamente como interlocutor (prevención positiva) sino como “individuo peligroso” del que hay que evitar, mediante su encierro, la comisión de nuevos delitos.

En cuanto al carácter gradual de la condición de enemigo, se observa que:

- i. Todo el que incurre en delito castigado con pena privativa de libertad adquiere la condición de “individuo peligroso”;
- ii. Que ese peligro, si es mayor, puede hacerlo acreedor de una medida de seguridad que lo aísle de la sociedad; y
- iii. Que en algún momento de ese tránsito- que JAKOBS no especifica- ese individuo tenido por meramente peligroso se ha convertido en enemigo.

Lo anterior permite comprender la insistencia de JAKOBS en distinguir entre efectos confirmadores de la pena y los efectos preventivos (instrumentales), es decir, la separación entre la *función abierta* y las *funciones latentes* de la pena¹⁰⁴. Esta ordenación es de enorme importancia, ya que la pena en razón de cada función se dirige a un destinatario diferente. La función confirmadora se dirige a personas, esto es, a participantes en la comunicación. De ello cabe deducir que las funciones latentes se dirigen a delincuentes reales (prevención especial), delincuentes potenciales (prevención general negativa) y a la fidelidad interna de los individuos (prevención general positiva).

La función abierta, entonces, será la más propia del Derecho penal ciudadano o el Derecho “de todos”. Aquí el hecho delictual y la pena se encuentran en el mismo plano: el hecho es la negación de la estructura del sistema social, la pena es la impugnación de esa negación que, con su ejecución, confirma la estructura. “la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ JAKOBS, Günther (2006). *La pena estatal, significado y finalidad*. Madrid: Civitas Ediciones, p. 82.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 112.

Que, además, se produzcan efectos psíquicos individuales o colectivos, como la intimidación, el ejercicio de fidelidad al Derecho -obediencia- u otros, no son esenciales al fin de la pena. La pena tiene pues una función sin que tenga que producir algo psico-socialmente, por lo que su, en última instancia, la función de la pena es confirmar la identidad de la sociedad o la real configuración normativa de la sociedad. Este es el sello del funcionalismo jurídico-penal *jakobsiano*.

2.6 FUNDAMENTOS IUSFILOSÓFICOS

Para poder comprender las bases funcionalistas de la teoría penal *jakobsiana*, cabe considerar algunos de los precedentes filosóficos sobre los que éste irgue. En primer lugar, cabe afirmar la creciente influencia de HEGEL en el pensamiento de JAKOBS. A través de éste, se establece un puente entre la prevención general positiva y las teorías objetivas de la retribución hegeliana o la de la lesión intelectual del delito.

Según ha afirmado el propio JAKOBS, éstas últimas fueron las primeras teorías de la pena que, acertadamente, tuvieron adecuadamente en cuenta la dimensión social del hecho. Y, en efecto, las similitudes saltan a la vista. Como expresa CANCIO MELIÁ, “cabría definir la posición JAKOBS en esta época como la de una revisión funcional de la teoría hegeliana de la pena, habiendo recurrido a un HEGEL secularizado con una concepción del Estado menos cargada éticamente (...), en el que el concepto abstracto de Derecho se ha visto sustituido por la identidad de la sociedad”,¹⁰⁶

En este sentido, se podría definir como un neo-hegelianismo funcional. A consecuencia de ello, JAKOBS va modificando en paralelo su comprensión de los conceptos hegelianos, con base, como explicamos, en la teoría de los sistemas de LUHMANN. Bajo este lineamiento, construye una teoría de la pena basada la “prevención general positiva” y, sobre ella, fundamenta las categorías centrales de la teoría del delito. La cuestión normativa esencial aquí es, ¿para qué se retribuye o, formulado de otra manera, por qué necesita la sociedad confirmar su identidad normativa?

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005). Ob. Cit., p. 123.

En este punto es donde de mejor forma se observa la contribución de HEGEL en el modelo funcionalista de la pena. Para HEGEL, el delito (injusto) es la negación del Derecho mediante un acto de violencia, que sólo podrá ser anulada mediante una violencia jurídica, el derecho penal, a través de lo que en el derecho abstracto señala como castigo (justicia). Luego, el castigo lo entenderá como, “la vulneración que se realiza del derecho como derecho es ciertamente una existencia positiva exterior sin embargo nula en sí. La manifestación de esta nulidad es la aniquilación de esa vulneración que asimismo entra en la existencia, la realidad del derecho como su necesidad mediadora consigo misma por superación de su vulneración”.¹⁰⁷ Es decir, en HEGEL, el castigo no es sino la inocuización que, de manera violenta, se ejerce contra un delincuente quien, con una voluntad libre y de manera consciente, ha decidido vulnerar a otra voluntad libre, honrándosele con una sanción en derecho que retribuya su acción. Tal es la contribución a la visión funcionalista de la teoría del delito, para la cual, “La pena compensa la infracción de la norma. Toda expectativa ante el autor que vaya más allá de la pena apunta a algo más que únicamente a la simple compensación (...) es una acción retributiva que se ejerce de forma violenta sobre el delincuente, y pretende anular la negación del derecho que este ha realizado, restableciendo el derecho mediante la retribución”.¹⁰⁸ De esta manera, el filósofo alemán entendió que hay una voluntad general que está constituida por el derecho abstracto, y frente a ella se contrapone una voluntad particular que, con su comportamiento, niega esa voluntad general.

Para los funcionalistas en el derecho penal, HEGEL fundamenta la idea de justicia retributiva, constituyéndose en la base para la aplicación de cualquier derecho de carácter sancionador, muestre el derecho abstracto como un derecho violento que asegura el restablecimiento de una libertad vulnerada. Así, la imposición de la pena sólo se puede ejercer contra el delincuente, y es tarea del derecho penal la protección de la libertad y la seguridad social del individuo, así como en las condiciones de existencia de la sociedad. Al

¹⁰⁷ HEGEL, G. W. (2009). *Lecciones sobre historia de la filosofía*. México D.F.: Fondo Económico de cultura, p. 340.

¹⁰⁸ Ídem.

respecto, JAKOBS presenta que el contenido de la pena, “es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”.¹⁰⁹

No hay que olvidar que para JAKOBS las normas son la estructura de la sociedad. A partir de esa identificación entre orden social y orden normativo se identifica, a su vez, lesión de la identidad de la sociedad con quebrantamiento de la norma, ya que el Derecho es entendido como la estructura básica del sistema social. Por esa razón, JAKOBS entiende que el autor que quebranta la norma penal está comunicando el mensaje: “¡No esta sociedad!”.¹¹⁰

Esta influencia *hegeliana* reviste a la sanción de una función retributiva que permite la aparición de una forma de control social. Quien comete un delito expresa un especial esbozo del mundo, una especial concepción de este, porque para él no rige el ordenamiento jurídico, sino su voluntad particular (una negación). Con la pena, el Estado contribuye a confirmar la identidad de la sociedad manteniendo de cara al futuro la vigencia de la norma, de modo que, nuevamente, la confirmación de la identidad de la sociedad es exactamente lo mismo que el mantenimiento de la vigencia de la norma.

En definitiva, la teoría funcional de la confirmación de la identidad social de JAKOBS aporta menos contenidos materiales nuevos de lo que parece. Su teoría comunicativa, como apunta SCHUNEMANN, “no supondría nada distinto que una transposición del concepto hegeliano de pena al presente, con un nuevo revestimiento funcional y con una concepción más moderna y liberal del Estado que la mantenida por HEGEL”.¹¹¹

JAKOBS ha conseguido fusionar bajo estos parámetros a HEGEL y a LUHMANN en una teoría muy personal.

¹⁰⁹ JAKOBS, Günther (2006). Ob. Cit., p. 14.

¹¹⁰ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ. Manuel (2005). Ob. Cit., p. 37.

¹¹¹ SCHUNEMANN, Bernd (2010). *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 184.

2.7 ALGUNAS DIFERENCIAS DOGMÁTICAS ENTRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

Tal como hemos acotado, la diferencia más notoria entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo es que el primero mantiene la vigencia de la norma, mientras que el segundo combate peligros. Este distingo surge de la percepción que tendría el Estado frente al ciudadano que comete un delito. En ello, éste realiza una drástica separación entre personas que cometen delitos de forma incidental sin ánimo de pretender derrumbar a la sociedad, respecto de aquellos delincuentes que no muestran un “apoyo cognitivo” suficiente, y que tienen el propósito y la aptitud bastante para causar un grave daño a la comunidad.¹¹² A estos últimos, el Estado los considera tanto un peligro como un enemigo, por lo que buscará combatirlos de modo distinto.

Este significado simbólico que la teoría penal de JAKOBS hace del enemigo, abre la perspectiva para otra característica estructural que lo distingue del derecho penal “*de todos*”: no es sólo un determinado “hecho” ilícito lo que está en base de la tipificación penal, sino también otros elementos que sirven para caracterizar al autor como perteneciente a una determinada categoría: la de enemigo.

Así, a las características elucidadas en el primer acápite (anticipación de las barreras de punición; desproporción de las consecuencias jurídicas; eliminación de garantías procesales), habría que añadir una cuarta que, por su carga peyorativa, hace del derecho penal del enemigo una especie de derecho penal de autor: la función de identificación (mediante exclusión) de una categoría especial de sujetos, los enemigos -en oposición a la de ciudadanos-. De esta forma, el Estado busca aislar a aquellos individuos que se consideran como un peligro para la sociedad.

Distinto es lo que acontece para el caso de los ciudadanos, a quienes castiga por haber incurrido en el quebrantamiento de una norma penal, concibiéndose la pena en los términos anteriormente explicados. Para tales casos, se procura la reinserción de este sujeto a la sociedad una vez cumplido su castigo.

¹¹² JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005). Ob. Cit., p. 136.

En esto, precisamente, descansa la nota definitoria del derecho penal del enemigo, porque la pena no reacciona ni frente a la maldad ni frente a la nuda peligrosidad¹¹³, sino frente a manifestaciones de sujetos culpables que, siguiendo una lógica del tercero excluido, trastocan las cualidades esenciales de la configuración de la sociedad.

2.8 DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La subordinación de la ley penal a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial en las condiciones de validez de las normas, a la vez que es la nota definitoria de los regímenes democráticos.¹¹⁴ En efecto, la elaboración de un sistema general de garantías tiene por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder en el derecho penal. Ya que el sistema penal se inserta en un determinado contexto histórico-político -hoy en día democrático-, a nivel normativo es evidente que éste repercute en su propia configuración.

Es indiscutible que el derecho penal forma parte del ámbito de la política, esto es, de las decisiones que el poder político debe tomar sobre cómo gobernar un determinado ámbito. Situados, por tanto, en el ámbito del ejercicio de poder, éste debe vincularse necesariamente con el tipo de estructura política en el que se inserta. De ello es que sea dable hablar de un vínculo ineludible entre derecho penal y sistema político.

Así también lo entiende WELZEL, para quien un orden social -o sistema social, como es el lenguaje funcionalista- es sólo Derecho, en la medida en que éste sea más que la manifestación de una determinada relación de poder, o como apunta, “sólo si a él se contiene el intento de hacer realidad lo justo y adecuado bajo las condiciones y supuestos de un momento histórico-político”.¹¹⁵ Así puede un orden social enfrentarse con el individuo, no sólo con la coacción, sino con la pretensión de obligarle en conciencia.

¹¹³ Ídem.

¹¹⁴ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2007). *Derechos fundamentales y Derecho penal*. En Revista de Estudios de la Justicia (REJ) N° 9. Santiago: LOM Ediciones.

¹¹⁵ WELZEL, Hans (2001). *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Desalma.

En este contexto, el garantismo representa la más consecuente realización del Estado de Derecho, y tiene el mérito de plantear la necesidad de la vigencia de todas y cada una de las garantías del derecho penal liberal a la luz de las exigencias democráticas de la Constitución. Como expresa ROXIN, “el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución Política del Estado”.¹¹⁶

Luego, no debe sorprendernos que, en los textos del ramo, sea frecuente encontrar conceptos como derechos fundamentales, derechos humanos, principios procesales, entre otros, empleados para referirse a lo mismo, esto es, las garantías procesales fijadas por la Constitución y los instrumentos internacionales.

Ahora bien, la base teórica de la democracia pasa por el aseguramiento de tales disposiciones fundamentales a todos los individuos, incluyéndose aquellos grupos en lucha por el poder político, de modo que la pugna por el “orden social más justo” sea llevada a cabo como una lucha de ideas, sin tratar de aniquilar como enemigo al que piensa de otra manera, tan pronto se han conseguido la mayoría y el poder. Como refiere PUFFENDORF, “En la democracia, todo el mundo tiene el derecho a expresar su opinión, siempre que el mismo esté dispuesto también a escuchar la opinión contraria. La democracia descansa en la idea fundamental de la tolerancia recíproca, no de la tolerancia unilateral, y el mismo principio de la mayoría está subordinado a aquella idea”.¹¹⁷

En este sentido, agrega, la democracia es una *société ouverte*¹¹⁸, recelosa por el aseguramiento de las garantías esenciales frente a aquellos grupos que pretenden utilizar la fuerza para aniquilarla, y que se precisa para evitar la “violencia social informal”¹¹⁹ como “reacciones punitivas espontáneas”¹²⁰ posibles de los ciudadanos injuriados.

Reconociendo el necesario carácter democrático del derecho penal, no hay ninguna base para excluir a ningún ser humano de la sociedad. Esto es lógico, pues, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico no establece distinciones entre los seres humanos en virtud de ninguna calidad, sino que se sitúa en el plano

¹¹⁶ ROXIN, Claus (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 32.

¹¹⁷ PUFFENDORF, Samuel (2009). *La Constitución del Imperio alemán*. Valparaíso: Edeval, p. 161.

¹¹⁸ POPPER, Karl (2011). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona: Paidós., p. 8.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 63.

¹²⁰ *Ídem.*

ontológico de la dignidad del ser humano, ajena a todos por igual que no puede ser negada a ninguno. De suerte que, bajo una organización democrática, la imposición de la pena sólo puede justificarse como un reproche institucionalizado incitado por un déficit de fidelidad al derecho, de modo que ella no puede implicar la negación del reconocimiento a quien la sufre ni mucho menos constituir una práctica de exclusión.

Como bien aprecia WELZEL, la igualdad natural del ser humano no es, como pensaba HOBBS, una igualdad de las fuerzas, sino una igualdad en el derecho, cuyo fundamento radica en la sociabilidad como calidad inherente a la naturaleza humana. Luego, tanto los derechos como las garantías, cabe entenderlos como parte indisolubles de la persona humana, reconocibles a todo ser humano por el mero hecho de existir.

A lo anterior, FERRAJOLI previene que, a partir de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, hombre y ciudadano constituyen dos *status* subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales: “los de personalidad, que corresponden a todos los seres humanos en cuanto individuos o personas, y los de ciudadanía, que corresponden en exclusiva a los ciudadanos”.¹²¹

En cuanto a los primeros, la Declaración enumera en sus artículos 7 a 10 las garantías del *habeas corpus* y todas las garantías penales y procesales. Estas prerrogativas deben considerarse intangibles con respecto a todos, por lo que, su violación, cabe entenderla siempre como un atentado a la dignidad del ser humano. De esta suerte, el derecho penal democrático ha de tratar a todo ser humano como persona digna, y no puede ser lícito ningún mandato estatal que contengan reglas o procedimientos que contravengan la dignidad del ser humano en ningún caso. Como se ha dicho, “Un ordenamiento que incluyera reglas incompatibles con la dignidad sería injusto, y daría lugar a que el Estado quedara desvinculado del Derecho, toda vez que la justicia es un valor superior del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho”.¹²² De este modo, ni siquiera el ser humano puede disponer de su dignidad, porque ésta es una cualidad inseparable de su sustrato ontológico.

¹²¹ Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, p. 567.

¹²² Ídem.

Esta idea de la dignidad vinculante para el Derecho constituye, a mi juicio, el argumento decisivo contra el derecho penal del enemigo. “(...) así como las reacciones y respuestas del mundo físico-natural no conocen nada acerca de su medida ni de su justicia, porque son así y no pueden ser de ningún otro modo, las del mundo social, por el contrario, en la medida en que no son necesarias, sí tienen que ser medidas con los criterios de valor de la justicia y la proporcionalidad”.¹²³

En este marco de contingencia, parece razonable entender que, aun cuando no se espere nada bueno de otro ser humano, la naturaleza quiere que se le trate como “afín y semejante nuestro”¹²⁴ porque esta razón basta por sí sola, aunque no hubiera ninguna otra, para que el género humano forme una comunidad pacífica. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, en muchos de los supuestos que quieren ser absorbidos por el derecho penal del enemigo, se trata de casos típicos de *delincuentes por convicción*.¹²⁵ Como sostuviera WELZEL, “también aquí, y precisamente aquí, el Derecho deberá mostrarse como derecho y no simplemente como poder”.¹²⁶ De manera que, “la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica entre ideas, y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos, por la aniquilación de otro hombre”.¹²⁷

Al hilo de esta reciprocidad social, un derecho penal del enemigo podría encontrar un espacio legítimo únicamente en el caso que el derecho penal ordinario no tuviera como destinatario al ciudadano, comprendido éste como persona constituida en dignidad. Ignorar esta condición inalienable del ser humano, sin duda abriría un espacio de legitimidad para una regulación jurídica que, siendo diferente y excepcional, bien podría entrar en conflicto con todos aquellos bienes jurídicos de titularidad individual.

¹²³ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2005). *La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: Protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal*. En Revista de Derecho y Humanidades 11 (1), p. 245.

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ RADBRUCH, Gustav (2005). *El delincuente por convicción*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 7 (4)., p. 3-15.

¹²⁶ WELZEL, Hans (2001). *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Desalma., p. 211.

¹²⁷ WELZEL, Hans (2010). *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*. Madrid: Aguilar, p. 197.

En tal sentido, una regulación tal, hoy en día, no tiene una fundamentación teórica que lo ampare, salvo el autoritarismo. La dialéctica “ciudadano-enemigo” que teóricamente sustenta derecho penal del enemigo, desde esta óptica, no pretendería sino encubrir bajo un manto de legalidad, un moderno abuso de poder que abandona los principios más básicos del derecho penal. Por otra parte, y como expone DEMETRIO CRESPO, “el vínculo de unión entre el ser y el deber ser del derecho penal (hermenéutica del deber-hermenéutica de la libertad), son los derechos humanos”.¹²⁸

De modo que, toda formulación del Estado de Derecho basada en exigencias de seguridad -o en un estado de necesidad de cualquier tipo- que pase por alto esta consideración, es inaceptable. Y, como he tratado de demostrar, si fuere cierto que el derecho penal a secas no tiene como destinatario a la persona entendida como construcción normativa, sino al individuo humano, entonces, no debe ser posible fundamentar legítimamente ningún derecho penal del enemigo ni ningún ordenamiento diferente y excepcional.

¹²⁸ DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2006). *El Derecho Penal del Enemigo darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad*. En *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión*, coordinadores Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara D.az. Buenos Aires: Editorial B de F., p. 141.

CAPÍTULO III:
EL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN PENAL CHILENA
ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA LEY N° 20.000

3.1 PRESENTACIÓN

La orientación de la política criminal de los años recientes, sentadas que fueran las bases del derecho penal del enemigo en contraste con el derecho penal ordinario o del ciudadano, parece entenderse de acuerdo a un fundamento y un sentido más criminalizador que despenalizador, más *prima ratio* que *extrema ratio*, y con un carácter por fuera de los esquemas del liberalismo penal clásico, lo que supone un Derecho penal principal antes que subsidiario, un Derecho Penal de acabado intervencionista y preventivo a la orden de las modernas sociedades de riesgo.¹²⁹

A lo largo de lo hasta aquí narrado, sabemos que el derecho penal del enemigo, en su afán de inocuización, se plantea en profunda tensión con el concepto de dignidad humana, pues produce la quiebra de todas las garantías procesales. Como describe MAÑALICH, “El derecho penal clásico -garantista y cercado por los principios básicos limitadores- es aceptado y mantenido para el enfrentamiento de la criminalidad cotidiana, tradicional, como el hurto, el robo, el homicidio, la violación, etc.; pero es rechazado, por inoperante, tanto por su carácter mínimo, de recurso extremo y subsidiario, como por su excesiva formalidad, en cuanto instrumento eficaz de lucha utilizable frente a los delitos de la criminalidad organizada, el tráfico internacional de personas o de drogas, la explotación de la pornografía infantil, los delitos contra el medio ambiente, etc.”¹³⁰

Tal orientación parece estar dirigida, primordialmente, a lograr resultados políticos de mayor espectro, como los de satisfacer una necesidad de intervención o respuesta penal ante delitos de peligro abstractos, que a la real protección de bienes jurídicos de titularidad

¹²⁹ Vid. BECK, Ulrich (1998). *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Buenos Aires: Paidós.

¹³⁰ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2005). *Ob. Cit.*, p. 264.

individual. Esto, invariablemente, involucraría una flexibilización de los presupuestos clásicos de imputación objetivos y subjetivos, así como de los principios garantistas propios del derecho penal inmanente a un Estado de Derecho, que a más de avivar una crítica desmesurada, se ha visto afectada a un sinnúmero de peyoraciones y demonizaciones de parte de sus detractores.

Con todo, gracias a la obra de Jakobs, la reflexión jurídico-penal tiene, por primera vez, como objeto de estudio, delitos claramente diversos del paradigma clásico (el homicidio o la delincuencia patrimonial tradicional). Se trata ahora de una nueva categoría de delitos crimonológicamente denominados como “crimes of powerful”, cuya elaboración dogmática se halla aún pendiente y cuya regulación legal está insuficientemente asentada. Todo esto, lógicamente, redundará en una configuración de estos nuevos delitos sobre bases claramente diversas de las configurativas del derecho penal clásico (de la criminalidad pasional o de los “crimes of the powerlerss”).

Si bien las críticas a esto son atendibles -pues el riesgo de desbordarse por los ámbitos de la criminalidad tradicional y generar un cambio esencial de modelo es cierto, o al menos posible-, las ideas del jurista alemán han trascendido las fronteras de su país, instalándose con comodidad en el discurso dogmático, filosófico y político-criminal contemporáneo. En concepto de ZAFFORONI, “El derecho penal ha venido experimentando de un tiempo a esta parte, una desnaturalización de su contenido, viniendo a convertirse en la respuesta (las más de las veces, la única respuesta) a las exigencias de una sociedad cada vez más ávida-precisamente- de derecho penal”¹³¹

Sin duda los nuevos ámbitos inaugurados hoy por la criminalidad plantean problemas tan inéditos como complejos, que no pueden enfrentarse satisfactoriamente con los medios y soluciones del “viejo modelo”, por lo que, más allá de lo divino o profano que sea el derecho penal del enemigo, o de lo irritativa de su terminología, ésta ha contribuido diluir los límites y las configuraciones del objeto de protección legal, siendo un eficaz instrumento político con el que amparar intereses jurídicos universales y difusos como son los delitos de peligro abstracto. Como ha señalado PRITTWITZ, “la diferencia más importante entre el viejo y el nuevo derecho penal reside en que el nuevo derecho penal del

¹³¹ Zaffaroni, Eugenio et., al. (2000). *Derecho penal*. Buenos Aires: B de F, p. 17.

control global protege más bienes y distintos bienes y, además, los protege antes, es decir, en un ámbito previo a la lesión o daño del bien jurídico”.¹³²

Fruto de este matrimonio, entre el derecho penal simbólico y el punitivismo, es la aplicación del derecho penal del enemigo en la “guerra” contra el narcotráfico. Ciertamente representa uno de los casos más ilustrativos en que el sujeto activo que es el objeto de reproche responde ante el derecho penal bajo la enseña de “enemigo”, y es muestra inequívoca de las políticas criminales adoptadas en el último tiempo por el Estado. Como marca SCALIA, “las conductas vinculadas a la droga han venido siendo estereotipadas como uno de los flagelos que azotan a la sociedad actual, por lo que aquellas personas asociadas a esta actividad pasan a ser catalogados de manera automática como ‘peligrosos’”¹³³.

Desde luego, la lucha contra la llamada “criminalidad organizada” dentro de la que se incluye el narcotráfico, se ha convertido en uno de los principales frentes a combatir para el Estado, y su tipificación resulta excepcional en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de uno de los casos más ilustrativos en que el sujeto activo que es objeto de reproche, responde ante el derecho penal bajo la enseña de “enemigo”, y donde el excesivo adelantamiento de las barreras de punibilidad y la posible vulneración de principios clásicos del derecho penal, nos puede llevar a pensar que las personas que realizan estas conductas son vistas por el Estado de forma diferente a los restantes delincuentes.

En el presente capítulo analizaremos los niveles de punición que ha alcanzado en nuestro país el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas a la luz de lo dispuesto por la Ley N° 20.000, de cuya lectura, se extraen variados ejemplos que pueden ser tomados como manifestaciones de la postura teórica de JAKOBS.

Sin pretender criticar ni respaldar el concepto de enemigo, las siguientes ideas buscan aproximarse al concepto de enemigo al que refiere el autor en su obra, junto con determinar la manera en que ha sido recepcionado por la dogmática penal moderna y la política criminal nacional, y cómo esto impacta en la determinación de quiénes son los enemigos penalizados por su participación en ilícitos ligados al tráfico de drogas.

¹³² PRITTWITZ, Cornelius (2014). *Derecho Penal del Riesgo y Derecho Penal del Enemigo*. En Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica 6 (1), pp. 114-132, p. 126.

¹³³ SCALIA, Paolo (2005). *Prohibicionismo, grupos sociales a riesgo y autoritarismo institucional: la censura social hacia los microtraficantes*. En Polis Revista Latinoamericana 11 (1), pp. 1-24, p.12.

3.2 EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES EN SENTIDO AMPLIO

El delito de tráfico ilícito de estupefacientes se encuentra descrito, en su sentido amplio, en el artículo 3 inciso 1 de la Ley N° 20.000, como la actividad de inducir, promover o facilitar, por cualquier medio, el uso o consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de generar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública. De acuerdo a su capacidad para producir estos efectos, la ley establece una pena diferenciada, siguiendo la tradición que distingue entre tráfico de drogas duras y blandas; a su vez que es categorizado como un delito de emprendimiento según se reconozca como un delito de consumación anticipada.¹³⁴

Esta figura amplia abarca al resto de las figuras penales contempladas en dicha ley y que podrán considerarse parte del llamado “ciclo del tráfico ilícito de estupefacientes”, esto es, aquellas conductas especiales que conducen a la puesta indebida de sustancias estupefacientes a disposición de los consumidores finales.¹³⁵ Estas formas particulares de tráfico en sentido estricto se estudiarán en lo siguiente, analizado cada una de las cuestiones que son propias a la dogmática jurídico-penal.

3.2.1. *Tipicidad*

a) Autoría

El autor del delito de tráfico de sustancias estupefacientes es indeterminado. No importa la calidad de quién lo comete sino sólo como circunstancia agravante, tal como indica el artículo 19 letra d) de Ley en comento, esto es, si el delito fuere cometido por funcionarios públicos aprovechándose de su investidura.

b) Objeto Material

¹³⁴ Al consumarse con la realización de cualquiera de las conductas especificadas en el tipo penal, sin requerirse la producción del resultado lesivo, ni la efectiva transmisión para el tráfico.

¹³⁵ Vid. SCS 21.1.2009. En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCII, p. 573.

Los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes contemplan como objeto material las drogas, estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física y psíquica, capaces o no de producir efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, tal como describen detalladamente los artículos 1 y 2 del Decreto 867. De acuerdo a este reglamento, se consideran como sustancias capaces de producir graves efectos tóxicos: las anfetaminas, la cocaína, la resina de cannabis, el cannabis de cáñamo índico, la heroína, el LSD y el opio. A contrario sensu, no producen tales efectos, pero se consideran también sustancias estupefacientes o sicotrópicas prohibidas: el barbital, la codeína, la hoja de coca y la metadona.

Aquí nuestra ley sigue la tradición que distingue entre drogas duras y drogas blandas. Aun así, esto no significa que sólo estas sustancias sean las únicas que se pueden estimar objeto material de estos delitos, sino que también pueden serlo sus materias primas, incluyendo los llamados precursores.

c) Elemento normativo

El especial elemento normativo que la Ley considera es “la falta de competente autorización”. En efecto, quien produce, cultiva, transfiere, suministra o prescribe estupefacientes prohibidos, sólo incurre en el ilícito si dichos actos se realizan sin contar con la competente autorización, en contravención con las disposiciones legales y reglamentarias que rigen su actividad, o fuera del ámbito autorizado dentro del legítimo ejercicio de la profesión. Es decir, cuando la facilitación al consume supone actos que se realizan sin la competente autorización o, si se trata de profesionales médicos o farmacéuticos, cuando éstos se apartan de su propia *lex artis*.

d) Conducta punible y medios de comisión

Dado que, desde la perspectiva del bien jurídico protegido en el tráfico ilícito de estupefacientes, cual es, el peligro de la difusión incontrolada de las mismas, los términos inducción, promoción y facilitación no pueden referirse al uso o consumo de tales sustancias por una única persona determinada o no, sino, al contrario, al uso

o consumo masivo de tales sustancias, es decir, a su uso o consumo por personas indeterminadas.

Según indica la Ley, este delito puede cometerse por cualquier medio, sin especificar cuáles. Sin embargo, por su vinculación con la Convención de Viena de 1988, podemos entender que, tales medios, por cuya virtud estas sustancias son puestas a disposición de los consumidores finales, consisten en la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la venta, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente sin la competente autorización. Cada una de estas conductas se encuentran incorporadas de manera explícita e implícita en las figuras especiales de tráfico ilícito de los artículos 1 a 4 y 6, 7, 8 y 16 de la Ley N° 20.000.

3.2.2 Justificación. Exención específica de responsabilidad penal del agente encubierto, revelador y del informante policial.

Según indica el artículo 25 inciso final de la ley de drogas, los agentes provocadores estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que hayan debido incurrir -o que no hayan podido impedir-, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de esta.

Para efectos operativos de esta norma, se radica en el Ministerio Público la facultad de designar a funcionarios policiales como agentes encubiertos o reveladores y, a propuesta de éstos, informantes policiales.

3.2.3. Iter criminis

a) La tentativa de traficar en general

Franqueada bajo la inteligencia de un ilícito de consumación anticipada, en estos delitos, la tentativa se asimila con la consumación. En efecto, el artículo 18 de la ley

Nº 20.000 establece que los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución.

No obstante, esta disposición es en cierta medida trivial, atendida la naturaleza de los delitos que se tratan, pues, en la mayor parte de ellos, la propia descripción típica iguala a la tentativa con la consumación. Así sucede, particularmente, con los casos de tráfico ilícito de estupefacientes, donde se sanciona por igual tanto la posesión para transferir, como la transferencia misma de las sustancias prohibidas y el favorecimiento del consumo.

b) Formas de tentativa

No conforme con la regla penológica del artículo 18, la ley ha establecido formas particulares de tentativas especialmente punibles, asignándoles una pena propia, con tal de evitar eventuales lagunas de punición. Estas disposiciones son las que se refieren al tráfico de precursores (artículo 2), la elaboración de sustancias prohibidas (artículo 1) y el cultivo de vegetales que las producen (artículo 8). Además, se prevé el castigo de la conspiración (artículo 17) y la asociación ilícita (artículo 16) como formas especiales de hechos colectivos punibles.

3.2.4. *Participación*

a) Se aplica la regla general

La jurisprudencia ha concebido como autor, no a cualquiera que participa en la ejecución inmediata y directa de los hechos, sino sólo aquellos que tienen el poder de disposición sobre las sustancias objeto de tráfico o de decisión sobre los actos ejecutados¹³⁶. Esta regla abre la puerta para aplicar la pena rebajada en un grado del que, según el artículo 5, corresponde al cómplice de un crimen o simple delito o a quienes sin tener ese poder de disposición o de decisión, cooperan en la ejecución de los hechos punibles por actos anteriores o simultáneos.

¹³⁶ Vid. SCA Valparaíso 28.1.1994, GJ 163, 89 y SCA Coyhaique 30.6.2012, RLJ, p. 575.

De esta manera, se calificado como cómplice, “a quien oculta una cantidad de sustancia a pedido de un tercero que actúa sobre ellas con ánimo de señor y dueño”.¹³⁷ Ello, en la medida que, el acto de guardar, “no pueda considerarse parte de una separación del trabajo, donde por el rol que realiza el agente toma parte inmediata y directa en un hecho sobre el que tiene poder de decisión”.¹³⁸ Asimismo, se admite el encubrimiento en los casos donde, sin conocimiento de la naturaleza de la sustancia que guardaba un tercero, descubre ésta posteriormente; y en aquellos casos en que se limitó a ocultar los efectos o instrumentos del delito, con posterioridad a su perpetración.¹³⁹

3.2.5. *Penalidad*

a) Atenuante especial de cooperación

El artículo 27 establece una especial circunstancia atenuante, consistente en la cooperación eficaz conducente al esclarecimiento de los hechos investigados o que permitan la identificación de sus responsables; o aquellas que sirvan para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la ley. Esta circunstancia habilita una rebaja de la pena de hasta dos grados, configurándose así una atenuante especial que opera ex post a la determinación judicial de la pena.

Para la jurisprudencia, hacer efectiva esta atenuación, requiere que la información entregada verse sobre antecedentes proporcionados por el reo, “sin los cuales deben tener la significación de fundamentales en uno de los otros datos de autos, como cuando al momento de la detención se señalan con precisión los nombres y ubicación de los proveedores de las drogas incautadas”.¹⁴⁰

b) Limitación de la atenuante

¹³⁷ SCS 18.8.1992, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXXIX, p. 113.

¹³⁸ SCS 6.9.1995, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCII, p. 252.

¹³⁹ SCS 16.3.1995, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCV, p. 1157.

¹⁴⁰ SCS 5.3.1996, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCII, p. 48.

El artículo 20 excluye la posibilidad de considerar como atenuante en estos delitos la colaboración del condenado en la reparación del mal causado por el delito, como lo había aceptado alguna jurisprudencia anterior.¹⁴¹

c) Agravantes especiales

A su turno, el artículo 19 contempla una serie de circunstancias agravantes, cuyo efecto consiste en elevar en un grado la pena. Entre ellas, pueden mencionarse:

- i) Haber participado en una agrupación de delincuentes (artículo 19 a);
- ii) Utilización de violencia, armas o engaño (artículo 19 b);
- iii) Suministro a menores de edad o a personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas (artículo 19 c);
- iv) Aprovechamiento del cargo público (artículo 19 d);
- v) Cometer el delito en lugares de concurrencia frecuente de personas indeterminadas (artículo 19 f, g y h)

Así, si por concurrir algunas de estas circunstancias, se aumenta en un grado la pena del delito de tráfico de drogas susceptibles de causar efectos tóxicos del artículo 3 inciso 2. Es decir, de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, se aumenta el marco penal a presidio mayor en su grado medio a máximo.

3.3. TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES EN SENTIDO ESTRICTO

El tráfico de estupefacientes representa, por antonomasia, la inducción, favorecimiento o facilitación del uso o consumo de sustancias sicotrópicas. Por tanto, al igual que la figura amplia, el delito de tráfico ilícito se entiende como un delito de emprendimiento. Así también lo ha creído la Corte Suprema al considerar que, “lo sancionado es el tráfico de drogas en tanto conducta habitual de un sujeto en orden a la compra, venta e intermediación de ella, sin una referencia necesaria a la situación en que se encuentra específicamente la droga con que el sujeto sea sorprendido; en otras palabras, se

¹⁴¹ SCS 5.6.1984, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXI, p. 72.

sanciona el tráfico de drogas y no exclusivamente el tráfico de sólo aquella droga con la que sea efectivamente descubierto o aprehendido un sujeto”.¹⁴²

3.3.1. *La expresión “traficar” en sentido estricto*

Por traficar nuestra jurisprudencia ha entendido aquel acto de comerciar, negociar con el dinero y mercancías a cualquier título¹⁴³, lo que permite incluir actos como la donación¹⁴⁴ y excluir la necesidad de acreditar un elemento subjetivo especial, como sería el ánimo de lucro.¹⁴⁵

3.3.2. *Las modalidades del tráfico*

A la luz de lo dispuesto por el artículo 2, se entenderá que trafican aquellos que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten consigo sustancias estupefacientes. Estas conductas no constituyen por sí mismas delitos independientes, por lo que el número de transferencias, importaciones, transportes, etc., que de tales sustancias se detecten, no lleva a la configuración de tantos delitos de tráfico como sustancias se traten, sino únicamente uno sólo: el tráfico de estupefacientes.

Así, las modalidades configuradoras del tipo delictual comprenden:

- i) La posesión y adquisición
- ii) La tenencia, guarda y porte
- iii) La transferencia y suministro
- iv) El transporte, importación y suministro

¹⁴² SCS 23.5.1995, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo CXII, p. 65.

¹⁴³ SCA Valparaíso 28.1.1994. En Gaceta Jurídica N° 163, p. 89.

¹⁴⁴ SCA Santiago 29.9.1987, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXIV, p. 160.

¹⁴⁵ SCA San Miguel 13.6.1995, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCII, p. 147.

- v) La sustracción

3.4. MICROTRÁFICO

3.4.1. *La incorporación del tipo penal microtráfico*

La principal modificación introducida por la Ley N° 20.000 en materia de tipo penal, es la incorporación del delito de microtráfico en su artículo 4. Sin distinguir la naturaleza de la droga traficada, el precepto sanciona con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, a quien, sin la competente autorización, posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerla, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal.

Esta misma pena será impuesta a quienes adquieran, transfieran, suministren o faciliten a cualquier título, pequeñas cantidades de sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.

Recordemos que la pena mínima asignada al delito de tráfico en la ley anterior partía en los 5 años y un día. Es esta una de las principales problemáticas de las cuales se hace cargo la Ley N° 20.000, estableciendo un tipo penal privilegiado en relación con el tráfico de drogas como históricamente se había concebido y castigado. El microtráfico, en este entendido, aparece como una forma de evitar la impunidad de los *dealers* callejeros y, en definitiva, de todos aquellos que incurrieran en conductas de tráfico estando involucradas “pequeñas cantidades” de droga. Como señala MATUS, “Se trata de una figura, cuyo propósito declarado es ofrecer a los tribunales la posibilidad de imponer una pena inferior a los *dealers* callejeros o como los denominó el Mensaje N° 232-241 de 2.12.1999,

que acompañó al texto sometido al congreso, ‘personas que comercializan pequeñas cantidades de droga en poblaciones urbanas’”.¹⁴⁶

Las conductas “microtráfico”, productoras de graves daños sociales, efectivamente, no se encontraban apropiadamente tratadas desde la primera ley especial del año 1973, luego que fueran concebidas para enfrentar a los grandes grupos criminales. Así lo advierte POLITOFF, al señalar que, “En el Mensaje de la Ley N° 20.000, se establecía una necesidad para efectuar un cambio en la legislación de drogas, donde se hacía eco a este problema de aplicación de la ley por parte de los jueces”.¹⁴⁷

El Mensaje, precisamente expresaba que la propia aplicación de la Ley N° 19.366 determinó la necesidad de adecuarla a las actuales exigencias de la realidad nacional. Por lo mismo, el conjunto de propuestas que dispuso tuvo por objeto, otorgar las herramientas apropiadas para endurecer las sanciones y, lo que es más importante, lograr que todos los partícipes sean condenados y que las penas se cumplan efectivamente”.¹⁴⁸

De esta manera, la Ley N° 20.000 resuelve una de las principales problemáticas que demostró la anterior Ley N° 19.366, estableciendo un tipo penal específico y privilegiado en relación con el tráfico de drogas como históricamente se había concebido y castigado, a saber, el llamado delito de “microtráfico”, como una forma de evitar la impunidad de los *dealers* callejeros y, en definitiva, de todos aquellos que incurrieran en conductas de tráfico estando involucradas “pequeñas cantidades” de droga.

Así, este nuevo tipo penal, desde el punto de vista de la técnica legislativa empleada en su construcción, se caracteriza por utilizar una serie de verbos rectores, tales como, poseer, transportar, portar, transferir, suministrar o facilitar, en los que la concurrencia de cualquiera de estas acciones permite configurar el tipo, respondiendo de este modo, al carácter de delito de emprendimiento, tal como lo ha sostenido la doctrina. La sola lectura de los dos primeros incisos del artículo 4, demuestra que las conductas que en él se mencionan no son diferentes de la facilitación de sustancias para el consumo ajeno, el

¹⁴⁶ MATUS, Jean Pierre (2005). *Ob. Cit.*, p. 36.

¹⁴⁷ Politoff, Sergio (2016). *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 152.

¹⁴⁸ ARRIETA CONCHA, Nicolás (2013). Evolución del Derecho chileno en materia de tráfico ilícito de droga. En *Revista Jurídica del Ministerio Público* 45 (1), pp. 149-161.

tráfico en sentido amplio y estricto, salvo por la mención de que éste recaiga en “pequeñas cantidades”.

Ahora bien, el elemento crucial que ha de interpretarse es el de “pequeñas cantidades”, ya que ello marcará en definitiva el límite de una conducta para ser considerada como microtráfico (artículo 4) o bien como tráfico de drogas (artículos 3 y 1), no siendo menor su determinación, toda vez que la diferencia de los rangos de pena son considerables. Al respecto, la ley ofrece una directriz clara: pequeña cantidad es la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, pero destinada a la venta.

Aunque pareciera que una cantidad tal obligaría a sancionar a título de consumo y no de microtráfico, lo cierto es que ésta es precisamente la intención de la ley: “sancionar por esta forma privilegiada al que realiza conductas de tráfico con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor no traficante”.¹⁴⁹

3.4.2. *Elemento negativo del tipo penal microtráfico*

Otro punto conflictivo ha sido el empleo de un elemento negativo del tipo en la parte final del inciso primero del artículo 4, cuando señala “a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”,¹⁵⁰ el que ha sido criticado por algunos autores, porque eventualmente entraría en tensión con la presunción de inocencia.

Al respecto, la jurisprudencia nacional insiste en que la tenencia de una ínfima cantidad de droga no puede apreciarse como notoriamente destinada a un comercio ilícito de estupefacientes, pues no existen en Chile criterios más o menos claros y explícitos, sea de orden médico o jurisprudencial, para determinar qué cantidad de sustancias

¹⁴⁹ POLITOFF, Sergio (2016). *Ob. Cit.*, p, 123.

¹⁵⁰ *Ibid.*

estupefacientes debe considerarse propia de un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.¹⁵¹

3.5. EL ENEMIGO EN LA LEY N° 20.000

3.5.1. *El microtraficante como enemigo*

Como se ha descrito, las conductas asociadas al tráfico ilícito de estupefacientes se reproducen en la sociedad bajo el membrete de ser uno de los mayores provocadores de inseguridad ciudadana, al punto que representa una amenaza cierta para la seguridad y el desarrollo de los países. Tal como recoge SCALIA, los narcotraficantes se erigen como el enemigo número uno de la comunidad, por lo que se les cataloga de manera automática como peligrosos y como los principales responsables de la corrupción moral de la sociedad. Esto se debe, sostiene, a que, “ellos constituyen el único grupo que mantiene una percepción antagónica con respecto a la percepción dominante del problema de la droga”.¹⁵²

En este escenario, estos ilícitos son considerados, lisa y llanamente, como una patología social a los cuales los gobiernos han decidido enfrentar mediante la estrategia de la guerra. Aquí el campo de batalla estará dado por el rol que cumple el sistema legislativo, el que echará mano del último de los recursos para solucionar problemas de incidencia social, como es el derecho penal. De allí lo enérgica de la respuesta al momento de crear la norma, como la Ley N° 20.000, con la que regular y sancionar este tipo de injustos.

Si recopilamos los antecedentes legislativos fidedignos de la elaboración de la norma, vemos que, desde su génesis, se proclamó como una declaratoria de guerra contra las drogas por parte del Estado chileno. De lo transcrito en las actas parlamentarias

¹⁵¹ Vid. AA.VV (2013). *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 13 – Ley de Drogas N°20.000. Santiago: Thomson Reuters.

¹⁵² SCALIA, Paolo (2005). *Prohibicionismo, grupos sociales a riesgo y autoritarismo institucional: la censura social hacia los microtraficantes*. En *Polis Revista Latinoamericana* 11(1), pp. 1-24, p.7.

extendidas durante su discusión, ciertamente queda en evidencia su carácter lucha contra quienes realizan este tipo de conductas, a los que se señalan como los nuevos enemigos del Estado. Para plantear esto, valga la cita de tres legisladores.

En primer lugar, el Senador Sr. Orpis manifestó, “El bien jurídico que hoy se está resguardando en el mundo en relación con el tema de la droga es la integridad de la sociedad, no la relación de la víctima con el victimario. Si aceptamos que ese es el bien jurídico que debemos proteger, la consecuencia lógica es que tenemos que alejarnos de una legislación eminentemente garantista y adoptar una de carácter excepcional, como la que en un tiempo se aplicó en contra del terrorismo. Esa es la batalla que hay que dar hoy contra la droga...en mi opinión, esta visión garantista es la nos lleva a continuar fracasando en la materia”.¹⁵³

Por su parte el Diputado Sr. Mora, “El medio correcto -para combatir la droga- es la acción policial. La prevención y la educación son complementos, así como también la ayuda médica que el Estado proporcione a los adictos. No podemos combatir este flagelo sólo con la prevención y la educación: debemos recurrir directamente a la represión de una de las plagas más nefastas que pueden penetrar en una sociedad”.¹⁵⁴

Por último, el Senador Sr. Martínez, “La droga, los ilícitos relacionados con ella, el tráfico de precursores y toda la escalada de corrupción que trae en torno a ella ya es, gusto o no un asunto de seguridad nacional, porque debilita el aparato del Estado en todas sus líneas”.¹⁵⁵

Así fueren las reflexiones que inspirasen esta regulación, propias de un Estado que, ante una sociedad de riesgos, reacciona mediante legislaciones cada vez más expansivas y flexibles en términos de garantías procesales, resulta válido preguntarse si esta nueva regulación recoge aspectos del denominado derecho penal del enemigo -cuyos planteamientos generales hemos revisado en los capítulos anteriores.

¹⁵³ CHILE. Ministerio del Interior (2005). *Historia de la Ley N° 20.000. Sustituye ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*. [En línea] Disponible en:

<https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5755/>

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ibid.

Desde el comienzo, creemos que, ante la creación del tipo penal del microtráfico, el legislador de manera simbólica hizo suyas las ideas de JAKOBS, creando un nuevo tipo penal e insertándolo en una regulación legal ajena, propia de delitos de mayor gravedad y, con ello, adoptando una respuesta altamente represiva ante el riesgo que implica la droga en nuestra sociedad.

Esta innovación legislativa, “se caracterizan por una relajación en el plano garantístico (...) y por la progresiva espiritualización del objeto de tutela, abundando una regulación propia de lo que se ha denominado por JAKOBS como derecho penal del enemigo, y que viene a plasmar una censura social hacia el grupo de los drogadictos, entendida como lucha contra las drogas”.¹⁵⁶

3.5.4 *La guerra contra el microtráfico*

La estrategema de guerra en contra del microtráfico de estupefacientes, surge a partir de la decisión legislativa de extender a esta figura la regulación propia del tráfico de drogas en los términos que ordenaba la derogada Ley N° 19.366. Si bien es cierto que, el tráfico de pequeñas cantidades trae aparejada una pena menor que la asignada al delito de tráfico de drogas, no es menos cierto que nuestro legislador ha subsumido ambas conductas a una regulación común.

Esto, en concreto, significa correr la línea divisoria que satisface los estándares del derecho penal del enemigo, aplicándolas a conductas dotadas de una menor lesividad, o como indica SÁNCHEZ BUSTOS, hasta abarcar conductas que antes no estaban en su ámbito de competencia.¹⁵⁷

En efecto, al crearse el tipo penal del microtráfico, su regulación quedó entregada a la ya existente en materia de tráfico de drogas. Las nuevas normas que se crearon con la Ley N° 20.000, no hicieron distinción alguna ni plantearon un tratamiento diferenciado para

¹⁵⁶ SCHILLING FUENZALIDA, Mario (2010). *El nuevo derecho penal del enemigo*. Santiago: Librotecnia, p. 52.

¹⁵⁷ SÁNCHEZ BUSTOS, Sergio. (2011). *Aportes para una nueva política de drogas*. Santiago: Ediciones Tierra Mía Ltda.

ambas figuras. Esto tendría por resultado, una regulación absolutamente desproporcionada e infractora de garantías procesales surgidas a propósito de la investigación, juzgamiento y castigo de un simple delito.

Dentro de estas normas destinadas a delitos de tráfico de drogas, extensivas en su aplicación al microtráfico, podemos citar:

- i. El hecho de que la tentativa se castigue como consumada (artículo 18);
- ii. La elevación de las penas a los funcionarios públicos que no denuncien este tipo de delitos (artículo 13);
- iii. La no procedencia de la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N° 7 del Código Penal (artículo 20);
- iv. El hecho de que el plazo de detención pueda ser ampliado hasta en 5 días (artículo 39);
- v. La improcedencia de beneficios de la Ley N° 18.216 a quienes hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito de tráfico de drogas, salvo que se configure una cooperación eficaz (artículo 62);
- vi. La aplicación de agravantes especiales que tienen la aptitud de elevar la pena hasta en dos grados (artículo 19);
- vii. El secreto de la investigación por 120 días, renovables por plazos máximos de 60 días (artículo 38);
- viii. El empleo de técnicas particulares de investigación, como entregas vigiladas o controladas y agentes encubiertos.

Se constata, con esto, una aplicación de la norma penal a los delitos de microtráfico que, en línea con los postulados de JAKOBS, responde a los atributos del derecho penal del enemigo, luego de que el legislador dictase una nueva ley de drogas que, más allá de reafirmar la vigencia de la norma vulnerada, disuade todo actuar patrocinatorio del tráfico ilícito de estupefacientes sin respecto a la gravedad de este.

Para Schilling, esto confirma la aseveración de que el microtraficante, “es un nuevo enemigo al cual hay que combatir, más allá de cualquier razonabilidad y proporcionalidad

en la aplicación de esta respuesta estatal”¹⁵⁸. Si a ello añadimos los propios verbos rectores que configuran las modalidades de tráfico, dentro de los cuales se encuentran el “poseer” y el “portar” pequeñas cantidades de drogas, vemos que ésta, no es más que otro ardid con que el Estado encara esta “*guerra contra las drogas*”, sancionando conductas que no lesionan bien jurídico alguno, o en caso de hacerlo, se trata de bienes jurídicos colectivos, como es el caso de la salud pública. Esto induce a una mayor dificultad al tiempo de conceptualizarlos y así obtener criterios de lesividad material que justifiquen su protección y su consecuente punición. En concepto de GALLEGO SOLER, “Conforme al principio de lesividad o antijuricidad material, sólo pueden ser criminalizadas y sancionadas penalmente conductas que efectivamente vulnere o pongan en riesgo bienes jurídicos fundamentales, en la medida en que protejan derechos y libertades de las personas o condiciones esenciales del orden social. Esto significa que, en un Estado democrático que respeta el pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad, no son punibles comportamientos que pueden ser peligrosos para las personas que los realizan o lo que sean considerados inmorales por algún sector de la sociedad, pero que no representen en sí mismo un comportamiento lesivo para terceros”.¹⁵⁹

Ellos, por cierto, no significa que el Estado no debe intervenir para proteger la salud de las personas, sino que no debe hacerlo usando el derecho penal. La tipificación como delitos de las conductas relacionadas con drogas ilícitas, si bien busca proteger la salud pública, en general las conductas relacionadas con drogas ilícitas no suelen generar daños concretos y de manera directa sobre aquel bien. De allí que el microtráfico, en los términos de la Ley N° 20.000, no sea otra cosa que la tipificación de un delito de peligro abstracto, cuyo adelantamiento de las barreras punibilidad y relativización de garantías procesales, no pueden ser vistas sino como manifestaciones patentes.

3.5.5. *Falta de proporcionalidad entre el delito de microtráfico y sus penas*

¹⁵⁸ SCHILLING FUENZALIDA, Mario (2010). *Ob. Cit.* Santiago: Librotecnia, p. 27.

¹⁵⁹ GALLEGO SOLER, José-Ignacio (2007). *Contexto del tratamiento jurídico-penal del tráfico de drogas*. En *Política criminal y reforma penal*. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (2007). Serie Europa-América, Editorial B de F, pp. 505 y ss.

En virtud de lo visto en los capítulos anteriores y a la luz de la Ley N° 20.000, podemos sostener que la garantía de proporcionalidad en el sentido de principio penal, se vuelve inexistente al ser esta normativa la más lesiva en cuanto a vulneración de derechos fundamentales y que es considerada de forma completa como de intrínseca irracionalidad en la protección penal de la salud.

Si bien en comparación a la antigua regulación de la Ley N° 19.366, hubo una mejora gracias a la creación de la figura de microtráfico, separándolo del tráfico y sancionándolo de forma más leve, si analizamos sus artículos, y en cada delito tipificado, específicamente el recorrido de las penas y su extensión, podemos encontrar que la magnitud de las penas no guarda una coherencia en cuanto a proporcionalidad se trata.¹⁶⁰

Veamos primero la extensión de las penas:

- i. Si una persona planta, cultiva o cosecha sin autorización plantas del género cannabis (cáñamo o marihuana) se arriesga a multas entre 40 y 400 UTM y prisión de cinco a 15 años, salvo que demuestre que esa planta es para consumo personal y próximo en el tiempo. En tal caso, se aplicarán las mismas sanciones que por consumo en la vía pública, a menos que se demuestre que la tenencia de la planta obedece a un tratamiento médico;
- ii. Para el tráfico de drogas: se refiere a los que trafiquen, bajo cualquier título, con drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas o con las materias primas que sirvan para obtenerlas, y a quienes induzcan, promuevan o faciliten el consumo o tales sustancias, sin la competente autorización, arriesgando penas que van desde 5 años y un día a 15 años de presidio, además de una multa de 40 a 400 UTM. Estas mismas penas se aplican a los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas;
- iii. Para el tráfico de pequeñas cantidades (microtráfico de drogas): se refiere a los que posean, transporten, guarden o porten o trafiquen pequeñas cantidades de droga sancionado desde 541 días a 5 años de presidio, además de una multa (10 a 40 UTM), a menos que se acredite que éstas son para

¹⁶⁰ SCALIA, PAOLO (2005). *Op. Cit.*, p. 13.

consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, lo que debe ser determinado por el juez competente;

- iv. El consumo de drogas es una falta (no un delito), por lo que no tiene penas privativas de libertad, sin embargo, el artículo 50 establece sanciones al que consume drogas en lugares públicos o abiertos al público (calles, plazas, pubs, estadios, cines, teatros, bares, entre otros) y a quienes lo hagan en lugares privados, siempre que exista acuerdo previo para hacerlo, las sanciones a las que se arriesgan son las siguientes:
 - a. Multa (de 1 a 10 UTM)
 - b. Asistencia obligatoria a programas de prevención (hasta por 60 días) o tratamiento y rehabilitación en instituciones autorizadas por el Servicio de Salud competente (hasta por 180 días)
 - c. Trabajos en beneficio de la comunidad, puede aplicarse además, como pena accesoria, la suspensión de la licencia de conducir de vehículos motorizados por un plazo de 6 meses. En caso de reincidencia, la suspensión será de hasta un año y, de reincidir nuevamente, podrá extenderse hasta por dos años.

Las mismas sanciones se aplicarán al que porta drogas en los lugares antes señalados, a no ser que se justifique que es para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Para todos los casos si no se logra probar que son para consumo personal, puede haber pena de cárcel y para los casos donde no se aplica el presidio pero sí la multa, quien no pudiere pagar será sancionado con reclusión.

Tras este análisis de la extensión de las penas en abstracto, podríamos considerar que dentro de los mismos ilícitos que se pueden cometer según lo prescrito en la Ley N° 20.000, las penas o sanciones que establece son desproporcionadas atendiendo a que el bien lesionado siempre es la salud pública y las penas recorren desde una simple multa o reclusión, hasta 20 años de cárcel, pareciera ser que el legislador se empeñó en otorgarle una funcionalidad a la pena como intento de disuadir que la ley sea vulnerada, más que a un criterio en razón del daño potencialmente provocado.

3.6. OTRAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA LEY N° 20.000

3.6.1. *Omisión de denuncia por funcionarios públicos (Artículo 13)*

De acuerdo con lo preceptuado por el Artículo 171 del Código Procesal Penal, la persecución criminal tiene su origen en la actuación de oficio del Ministerio Público, o por virtud de una denuncia o querrela. Acerca de la denuncia, en su Artículo 173, ésta es definida como la comunicación que realiza cualquier persona directamente al Ministerio Público del conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que revistiere caracteres de delito y que ameritan la activación del aparato persecutorio.

Si bien, por regla general, la denuncia es voluntaria, la ley dispone ciertos casos obligatoriedad atendida la posición y la investidura de los sujetos que se encuentran en posición de comunicar la ocurrencia de un ilícito a la autoridad, por lo que su omisión, es causal de sanción. En el caso de Ley N° 20.000, la omisión del deber de denuncia de los ilícitos aquí tipificados, está sancionada con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a ochocientas unidades tributarias mensuales, tal como se desprende el Artículo 13, lo que constituye una figura calificada.

Esta disposición, que concursa aparentemente con los Artículo 175 letra b) y 177 del Código Procesal Penal eleva considerablemente este marco punitivo respecto de este último estatuto, en una evidente exacerbación penológica al sancionar estas omisiones con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, aparejándola con una pena altísima de multa. A decir de RIQUELME JAIME, “el tipo penal contemplado en el Artículo 13 de la Ley N° 20.000, viene en términos concretos a exacerbar la reacción penal ante una omisión que el ordenamiento jurídico ya reconocía y sancionaba en la regulación contenida en el Código Procesal Penal”¹⁶¹

¹⁶¹ RIQUELME JAIME, Héctor (2018). *Ob. Cit.*, p. 89.

O lo que es lo mismo, el legislador estimó más grave que un funcionario público omita denunciar la comisión de un delito de microtráfico, que omitir denunciar un robo con violación o con homicidio que pueda tomar conocimiento en el ejercicio de sus funciones, muestra de una eventual inspiración *jakobsiana*. Así, si omite lo primero tendrá una pena privativa de libertad y una altísima multa, mientras que en el segundo caso sólo arriesga una pena de multa similar a las faltas contempladas en el Código Penal.

Esto bajo ninguna perspectiva puede justificarse puesto que, “la omisión de denunciar conductas vinculadas al tráfico de drogas, donde el bien jurídico es uno de carácter colectivo, no pueda poseer un contenido de injusto mayor que la omisión de crímenes que atentan contra bienes jurídicos individuales de mayor relevancia, como lo es por ejemplo la vida”.¹⁶²

3.6.2. *Adelantamiento de las barreras de punibilidad (Artículo 18)*

Según el Artículo 18 de la Ley N° 20.000, con el delito de tráfico y microtráfico se ha pretendido castigar toda hipótesis de transferencia o suministro de droga, incluso adelantando la barrera punitiva a estadios anteriores al tráfico mismo, sancionando, de esta manera, supuestos en los que se entiende el ánimo de traficar. Aquí la tentativa, a nivel de descripción típica, se castiga del mismo modo que la consumación, esto es, desde que haya principio de ejecución, ya que el legislador no espera que se produzca ningún hecho de tráfico para sancionar como traficante a quien transporta sustancias que piensa vender con posterioridad.

Matus y Ramírez explican que, la asimilación de la tentativa a la consumación que establece el Artículo 18 de la Ley N° 20.000, se debe en estos casos a que no es posible conceptualmente la tentativa, y los actos que aparentemente la constituyen, solo pueden verse como actos preparatorios de los cuales solo es punible la conspiración. Además agregan que, a nivel de la descripción típica, tiene como efecto el excluir a sus autores del beneficio del desistimiento, por ejemplo, en el transporte para el tráfico, donde el

¹⁶² Ibid.

desistimiento del transporte no excluye la pena por el delito consumado en la posesión ilícita de tales sustancias.¹⁶³

Esta técnica legislativa, nuevamente, hace eco de un punitivismo que viene a marcar una excepción a las reglas generales contenidas en el Código Penal, en particular, respecto de la regla de aplicación de pena contenida en los Artículos 50 y 52 del Código Penal, norma para la que, el autor de tentativa debe recibir una pena rebajada en dos grados en comparación de aquella recibida por el autor del delito consumado.

Este adelantamiento de la reacción punitiva a etapas iniciales e imperfectas del iter criminis ha sido objeto de innumerables críticas, desde que evidencia problemas de constitucionalidad al igualar, sin mayor justificación, a nivel de pena del delito consumado, conductas que se diferencian por poseer un menor contenido de injusto, así como por equiparar esta consumación con etapas imperfectas de ejecución del delito, lo que viene a tensionar los cimientos de un derecho penal de corte liberal.

3.6.3. *Agravación especial de la pena (Artículo 19)*

El Artículo 19 describe una serie de agravantes especiales, aplicables a la mayoría de los delitos contemplados en esta ley, y cuyo efecto consiste en elevar en un grado la pena. Este incremento debe hacerse desde el mínimo, conservando un marco penal de igual cantidad de grados que la pena inicial, puesto que el texto legal no prevé una limitación como la del Artículo 68 del Código Penal en cuanto a la forma en que ha de hacerse el aumento¹⁶⁴. El inciso final de este artículo 19 dispone, además, que si concurren dos o más de las agravantes que enuncia, la pena podrá aumentarse en dos grados.

Si consideramos que, desde la perspectiva del delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 3, que asigna una pena de crimen de presidio mayor en su grado mínimo a medio, la concurrencia de una o más de estas agravantes eleva la pena en uno o dos grados. Esto, en términos prácticos, refleja que este tipo de conductas asigna las más altas penas en nuestro sistema penal. En este sentido, la inserción de estas agravantes en esta ley especial,

¹⁶³ MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María (2015). *Ob. Cit.*, p. 483.

¹⁶⁴ *Ibid*, p. 494.

viene a configurarse como una excepción al régimen general de aplicación de las penas contemplado en el Código Penal.

3.6.4. *Improcedencia de reparar con celo el mal causado (Artículo 20)*

De acuerdo con el artículo 20, en los delitos contemplados en la ley en comento, no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el número 7 del artículo 11 del Código Penal. Esto es, para cualquier delito tipificado en ella, la atenuante de responsabilidad criminal consistente en *reparar con celo el mal causado* -o impedir sus consecuencias de parte del imputado-, teniendo a la vista, en esto, la regulación existente para los delitos de robo con violencia o intimidación contra las personas.

En relación a esto, no parece del todo justificado y proporcional el hecho de que se haga extensiva esta limitante a conductas que son constitutivas únicamente de simples delitos, como sería para el caso del tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades del artículo 4 de la Ley N° 20.000, igualando su tratamiento penal a delitos que tienen asignada la pena de crimen. Como bien expresa PAVEZ y PRAT, “Aparentemente el legislador optó por dar una señal de severidad al eliminar toda posibilidad de atenuar bajo este concepto la responsabilidad criminal de todos los delitos tipificados en la ley de drogas, sin importar si se trata de simples delitos o crímenes (...)”.¹⁶⁵

Esto, a nuestro parecer, configura un claro caso de *reformatio in peius* contenido en la actual Ley de Drogas, entendiendo que la magnitud de la pena asociada a cada delito debe ser, necesariamente, un parámetro que no puede soslayarse a la época de establecer regulaciones que pretendan tener aplicación general. No obstante, en este caso, el contenido de injusto de las conductas constitutivas de simples delitos es evidentemente mayor que el contenido que llevan asociados las conductas constitutivas de crímenes, atendida la especial inspiración de los delitos tipificados por la Ley N° 20.000.

3.6.5 *Entregas vigiladas y controladas (Artículo 23)*

¹⁶⁵ PAVEZ FARÍAS, Juan y PRAT LOPICICH, Arturo (2006). *Ob. Cit.*, p. 96.

El inciso 1 del artículo 23 señala que el Ministerio Público, el órgano investigador está facultado para autorizar la circulación de remesas ilícitas o sospechosas, tanto si se trata de drogas, precursores químicos, instrumentos o efectos del delito, dentro del país, sea que salga o entren, pues podría tratarse de una diligencia internacional de entrega vigilada o controlada de drogas activa o pasiva.

Esta técnica de investigación fue mejorada respecto de su original redacción. Inicialmente no permitía la intervención del envío, pese a que su regulación en la Convención de Viena de 1988, sí lo admitía. La antigua redacción de la entrega vigilada solo comprendía la circulación autorizada del envío, vigilada por la autoridad, es decir, sin posibilidad de una sustitución total o parcial del envío para asegurar su incautación “La utilidad de esta técnica investigativa está en el hecho que mediante su empleo puede llegar a individualizarse -y eventualmente- a detener a los partícipes de un delito de tráfico de drogas -a quienes conforman la cadena del tráfico en el contexto de este delito de emprendimiento- ya sea dentro del país, o bien fuera del mismo, en el marco de una investigación de índole internacional”.¹⁶⁶

Luego, esta técnica de investigación podrá utilizarse cuando se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo, la individualización de las personas que participen en la ejecución de los delitos previstos en la ley, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies que pueden ser objeto de esta técnica, o sirva para prevenir y comprobar cualquiera de los delitos descritos y sancionados en la Ley N° 20.000.

3.6.6. *Restricción de comunicaciones (Artículo 24)*

¹⁶⁶ VILLEGAS, Díaz, Myrna (2007). *Ob. Cit.*, p. 36

Al tenor del artículo 24, al igual que su antecesora ley de drogas, las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en la ley, cualquiera sea la pena que merezcan, y respetando en lo demás las normas del Código Procesal Penal.

Esta regla viene a regular de manera especial, lo ya disciplinado de manera general en el Código Procesal Penal en los artículos 217, 218, 222 y 266. Dada la gravedad de delitos a los que se aplican -todos con penas de crimen-, estas técnicas de investigación significan prácticas que resultan intrusivas a la intimidad del imputado.

Sin embargo, para el legislador, esta regulación no fue suficiente para efectos de abordar los ilícitos tipificados en la ley de drogas, ya que no sólo hace aplicable estas herramientas de investigación a los crímenes, sino que las hace extensiva a todos los delitos contemplados en dicha ley, cualquier sea la pena que merecen.

3.6.7. *Informantes, agentes encubiertos y reveladores (Artículo 25)*

Al igual que la Ley N° 19.366, la actual legislación regula la figura del agente encubierto e informante -quien es un funcionario policial-, sea como informante propiamente tal o en calidad de encubierto; sin embargo, se innovó permitiendo la actuación de los agentes reveladores e informantes reveladores.

Por agente encubierto, la ley entiende a aquel funcionario policial que actúa en la clandestinidad, generalmente con otra identidad, y que desempeña tareas de represión y prevención del crimen mediante la infiltración en organizaciones criminales a fin de descubrir a las personas que las dirigen, recabando pruebas y prestando testimonio de cargo ante la justicia¹⁶⁷

¹⁶⁷ Muñoz Sanches, Juan (1995). *El agente provocador*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.41.

El empleo de esta técnica de investigación se justifica sólo en la medida que se trate de una organización delictual que tenga como fines el tráfico de grandes cantidades ilícitas de drogas, por lo que, en principio no cabría el empleo de esta para la investigación de un solo traficante o microtraficante. Esto puede leerse desde otra perspectiva: basta que concurren dos personas -concertadas- en la realización de conductas típicas de la ley, para que sea plausible el empleo de esta técnica de parte del fiscal respectivo.

A su turno, el agente revelador se define como, “el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga”.¹⁶⁸

De esta definición podemos concluir que no se busca que el agente o informante en calidad de tal, se introduzca en una organización criminal o agrupaciones con propósitos delictivos (en sentido amplio), sino que se pretende la manifestación o entrega de la droga, para lo cual el agente solo puede simular ser comprador o adquirente de esta. Por la propia dinámica de esta técnica de investigación, ella muestra su mayor incidencia en la investigación del ilícito de microtráfico.

Estas son las principales técnicas investigativas en materia de delitos de tráfico de drogas con las que cuenta el Ministerio Público para sus investigaciones. En ambos casos, es el fiscal quien debe autorizar el nombramiento de un agente encubierto, revelador o informante en calidad de encubierto o revelador, a diferencia de lo que acontece en otros cuerpos legales, donde es el Juez de Garantía quien autoriza esta técnica. Otra muestra de la presencia del derecho penal del enemigo en la ley de drogas, y de las eventuales quiebras a los derechos fundamentales de los imputados. Además como recoge NAVARRO DOLMESTCH, “el funcionario policial es el más proclive a vulnerar los derechos fundamentales del investigado durante su actividad encubierta, entrando y registrando los domicilios de los investigados, o interrogando al imputado, familiares y amigos en forma de conversación, extrayendo información que de otra forma sería imposible obtener, entre otras posibles afectaciones de derechos asegurados en la Constitución, en los Tratados Internacionales y en el Código Procesal Penal”.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Navarro Dolmestch, Roberto (2007). *Ob. Cit.*, p. 102

3.6.8 *Secreto de la investigación (Artículo 38)*

Uno de los principios inspiradores de nuestro sistema procesal penal es el de publicidad. Mediante este, se procura que los actos con que discurre el proceso estén revestidos de una transparencia bastante que irroque de legitimidad al propio sistema. Así lo consiga el artículo 183 del Código Procesal Penal, según el cual, las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretos para los terceros ajenos al procedimiento, lo que abre la posibilidad de que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento tengan acceso a los registros de la investigación.

Ahora bien, pese a que la norma irgue un principio de publicidad, admite la posibilidad de limitaciones en la medida en que resguarden la eficacia de la investigación y el éxito de las diligencias que el fiscal disponga. Tal será el caso del artículo 36. Aquí nuevamente la norma efectúa una regulación especial en relación con el sistema general contemplado en el Código Procesal Penal.

En primer término, con tal de proteger la seguridad de testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperadores eficientes, el artículo 36 de la ley ordena que, en caso que haya riesgo para la seguridad de éstos y, en general, de quienes hayan cooperado eficazmente en el procedimiento, el Ministerio Público, podrá disponer que, determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes.

En esta norma se aprecia el afán protector que, respecto de determinadas personas, la ley pretende establecer dada la especial complejidad que revisten las por delitos de esta naturaleza. Por lo mismo, se señala que, desde una perspectiva constitucional, tampoco se ve afectado el debido proceso, pues, respecto de dicha garantía, “el núcleo esencial de la misma está constituida por la posibilidad de rebatir las pruebas que se esgriman respecto del imputado”¹⁷⁰. Derecho que permanece incólume frente a la norma en comento.

¹⁷⁰ Ibid, p. 103

Particular análisis merece la norma dispuesta en el artículo 38 de la ley. Esta se caracteriza, en primer término, por estar dispuesta con la finalidad de asegurar un mejor resultado de la investigación. Así, resuelve que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 36, la investigación de los delitos a que se refiere esta ley será siempre secreta para los terceros ajenos al procedimiento y también para los terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público.

Con esto, la norma establece para el fiscal la posibilidad de decretar el secreto absoluto. Para que este actuar no se configure como uno arbitrario o carente de fundamentación, sólo será plausible en la medida que mediante dicha herramienta se busque asegurar el éxito de la investigación. Este secreto absoluto tiene un alcance general que abarca todo el contenido de la investigación. Incluso, “puede recaer sobre la declaración del imputado, cualquier actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en que participare el tribunal, y los informes evacuados por peritos respecto del propio imputado o de su defensor”.¹⁷¹ A diferencia de lo que se contemple en el régimen general, el cual dispone que no se podrá decretar el secreto sobre tales diligencias investigativas.

3.6.9 Ampliación especial del plazo legal de detención (Artículo 39)

Dentro del párrafo 3 de la Ley 20.000, sobre las medidas para asegurar el mejor resultado de la investigación, se contempla un plazo especial para que el detenido sea puesto a disposición del tribunal por un término de 5 días. La norma tiene por finalidad asegurar los resultados de la investigación de delitos de narcotráfico, cuyos objetivos serán, entre otros, lograr la incautación del objeto material, asegurar las personas destinatarias de la droga, determinar la existencia de alguna organización importadora de la droga, investigar nuevas redes o rutas para el narcotráfico, etc. Estos objetivos, luego, podrían

¹⁷¹ Guerra Fuenzalida, Manuel (2004). *El secreto de la investigación en los casos de la Ley 20.000* [En Línea] Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/el_secreto_investigacion_le_y_20000_MG.pdf

verse frustrados por la demora o conocimiento que se tenga de la realización de una audiencia de control de detención.

Asimismo, la norma contiene una cláusula de urgencia que dispone que el juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición. Entendiéndose, por tanto, que no es necesaria una audiencia para decretar el plazo. Además la norma expresamente reconoce que la ampliación puede ser formulada y resuelta por cualquier medio idóneo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9 del Código Procesal Penal, de lo que se concluye que no se requiere audiencia.

En virtud de lo anterior, es norma viene a establecer una excepción al régimen general previsto en el artículo 132 del Código Procesal Penal que, igualmente, contiene una ampliación del plazo de detención, aunque en este caso podrá ser de hasta tres días. Situación similar ocurre respecto de las conductas catalogadas como *terroristas*, donde también la legislación estableció una excepción al sistema de plazos generales contemplados en dicho artículo y, en donde la noción *jakobiana* del enemigo no deja espacio para la duda.

De allí las críticas a esta disposición, pues hace la excepción al principio contradictorio presente, de modo transversal, en todo nuestro ordenamiento procesal penal. Una medida de esta naturaleza, sin duda, tensiona este espíritu del Código Procesal Penal, omitiendo de plano la participación e injerencia del abogado defensor en su petición -luego que sea concedida de oficio por el juez de garantía.¹⁷²

¹⁷² Villegas Díaz, Myrna. (2007). *Ob. Cit.*, p. 98

CONCLUSIONES

En el curso del presente estudio, y siguiendo los planteamientos de GÜNTHER JAKOBS, así como de sus predecesores y comentaristas, hemos defendido la tesis de que, quien actúa como persona o ciudadano en sus encuentros espontáneos debe, a la sazón, ofrecer una garantía cognitiva que haga sugerir que, su actuar, se apegará estrictamente al orden legal propuesto por un Estado de Derecho de corte liberal.

En caso contrario, esto es, de rehusar expresamente a ofrecer ese mínimo de seguridad, entonces el derecho penal se ve obligado a modificar sus contenidos habituales. Así, entonces se pasa de una respuesta penal que actúa ante la acción de sus miembros, a la reacción contra un enemigo que lo hace perder, no sólo sus derechos como ciudadano, sino también aquel sustrato ontológico que le brinda la calidad de ser humano.

Como subraya el autor alemán, si ya no existe la expectativa seria de un comportamiento personal determinado por derechos y deberes, “la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente”.¹⁷³ Ello significa la aparición nuda del individuo peligroso: el enemigo.

Esta idea de sujeto se inserta en plenitud en el desarrollo de la teoría de sistemas y sus principios filosóficos, en la cual, la condición jurídica de persona se adquiere, exclusivamente, merced a una posición jurídica tal que le reconoce titularidad de derechos y obligaciones; un estatus que, como vemos, no se mantiene a toda costa. Proteger la seguridad cognitiva se convierte, así, en la finalidad principal del derecho penal del enemigo, esto es, la conservación del ordenamiento de las personas frente a todo lo que provoca un grave trastorno interno social.

Este nuevo esquema de derecho penal, que modifica sustancialmente la estructura de la culpabilidad y la pena, transformará al sujeto en una emanación de peligro, un riesgo para la seguridad y, en virtud de ello, en enemigo del ordenamiento jurídico. Esa potencial peligrosidad, dado el paradigma vigente de una sociedad de riesgos, podrá conjurarse, únicamente, mediante una legislación penal preventiva que sólo atiende a la eliminación del

¹⁷³ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. (2005). *Ob. Cit.*, p. 302.

riesgo generado por el “individuo peligroso” y que se concreta a través de medidas de seguridad, la relativización de las garantías procesal-penales y una indisimulada represivización de los autores.

En este trabajo, quisimos subsumir bajo los preceptos más propios y típicos del derecho penal del enemigo, la Ley 20.000, que castiga el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, por cuanto, desde su génesis, se planteó como una legislación de *lucha* o *guerra* contra un peligroso enemigo: la droga y el microtraficante. En esto constatamos que, varias de las normas allí contenidas, están redactadas como un régimen excepcional al estatuto general establecido, tanto en el Código Penal, como en el Código Procesal Penal.

Ejemplo de lo anterior son:

- i. La elevación de las penas a los funcionarios públicos que no denuncia los delitos contenidos en la Ley 20.000 (artículo 13);
- ii. El adelantamiento del castigo a conductas en estado de desarrollo imperfecto, sancionándolas como consumadas (artículo 18);
- iii. La creación de agravantes especiales, aptas para elevar la pena hasta en dos grados con relación a la pena asociada en abstracto al delito respectivo (artículo 19);
- iv. La improcedencia de la atenuante de responsabilidad criminal del artículo 11 N° 7 del Código Penal (artículo 20);
- v. La consagración de técnicas de investigación excepcionales dentro de nuestro sistema procesal penal, tales como entregas vigiladas o controladas, agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes e interceptaciones telefónicas (artículos 23, 24 y 25); y
- vi. La ampliación del tiempo para decretar el secreto de la investigación, así como del plazo legal de detención (artículo 38 y 39).

Lo debatible en esta regulación es el nivel de punición que se ha alcanzado para evitar la posibilidad de lesión del bien jurídico salud pública. No cabe duda que ha existido un proceso de expansión del derecho penal, y uno de los tantos ejemplos es el reproche

penal del tráfico de drogas. No obstante, una normativa tal se distancia no sólo de la lesión, sino también del peligro ocasionado al bien jurídico tutelado.

Así, por ejemplo, los verbos rectores “poseer” y “portar” sustancias ilícitas enunciados en el tipo penal, sancionan conductas que no lesionan bien jurídico alguno, o en caso de hacerlo, se trata de bienes jurídicos colectivos, y no individuales, como resulta ser el tratamiento penológico que se le asigna.

Esto, en la práctica, significa una dificultad mayor al momento de obtener criterios de lesividad material que justifiquen su protección y su consecuente punición, y refleja que la Ley 20.000 fue ideada bajo la consigna de un *ius puniendi* maximalista que tipifica delitos de peligro abstracto y que adelanta las barreras de punibilidad, todas estas manifestaciones patentes de un derecho penal del enemigo.

Desde nuestra óptica, estimamos que dentro del concepto de enemigo existen matices y, por ende, individuos incorregibles, especialmente peligrosos y portadores de una barbarie incalificable que no ofrece las garantías mínimas de seguridad cognitiva. No obstante que, moralmente, nos resistimos a admitir las leyes penales dirigidas al enemigo, la actual globalización y expansión de grupos criminales especialmente peligrosos -como las bandas de narcotráfico-, nos obliga a reconsiderar las románticas aspiraciones garantistas y reconocer esta clase de crímenes a través de una demarcada reglamentación, diferente a la ordinaria, que sea capaz de contenerla – especialmente si se observa la impotencia de los estados para abatirlas-.

Quienes destrozan las vestiduras criticando el derecho penal del enemigo y sugiriendo su abrogación, generalmente rodean su discurso con elementos garantistas oriundos de la ilustración, lo que hace fácil blanco de críticas a las leyes dirigidas al enemigo; pero difícilmente señalan las soluciones prácticas y razonables para afrontar a enemigos o reincidentes que, de manera permanente, cometen delitos de alto impacto social.

El propio JAKOBS afirma que una legislación especial orientada al *hostis* es imposible eliminarla, pues resulta indispensable, precisamente, para conservar el Estado de Derecho que, paradójicamente, sirve de argumento para criticar el derecho penal del

enemigo. Desde luego, rechazamos cualquier Derecho que socave la dignidad humana. Sin embargo, al observar nuestra realidad, vemos que dejar de aplicar sus severas reglas colocaría a los narcotraficantes en condiciones idóneas para ampliar su poderío, por cuanto el Estado vive una verdadera guerra contra la delincuencia organizada y es necesario dotarlo de las herramientas necesarias para combatirlo.

Por tanto, aceptamos la realidad legislativa sin falsos sueños de esperanza para su abrogación, pero reconociendo garantías constitucionales para el enemigo y acotando el fenómeno para casos de excepción. Asentada que sea esta óptica, se evitaría la tentación siempre latente de implementar reglamentación de esta naturaleza como una careta a la represión y que facilite su aplicación en contra de cualquier ciudadano común, por lo que la referida normativa debe estar rigurosamente delimitada de modo de evitar entremezclarla con todo el derecho punitivo.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2006). *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- AA.VV. (2003). *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- AMBOS, Kai (2006). *Derecho penal del enemigo*. Bogota: Universidad del Externado de Colombia.
- ARENDT, Hannah (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Editorial Taurus.
- ARMENTA, Amira, & JELSMA, Martín (2015). *Las convenciones de drogas de la ONU*. *Transnational Institute*, p. 13. [En Línea] Disponible en: <https://www.tni.org/es/publicacion/las-convenciones-de-drogas-de-la-onu>
(Recuperado el 21 de febrero de 2023)
- ARRIETA CONCHA, Nicolás (2013). Evolución normativa del Derecho chileno en materia de tráfico ilícito de droga. En *Revista Jurídica del Ministerio Público* 45 (1), pp. 149-161.
- BACIGALUPO, Andrés (2021). *Despenalizar la salud. Cómo salir de la ilegalidad del cannabis*. Santiago: Asociación Pensamiento penal.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo y HENAO CARDONA, Luis Felipe (2005). *Sociedad del Riesgo y Bien Jurídico Penal*. Santiago: Aremi Ediciones Jurídicas.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2007). *Derechos fundamentales y Derecho penal*. En *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)* N° 9. Santiago: LOM Ediciones.

- BECCARIA, Cessare (2015). *Tratado de de los delitos y de las penas*. Madrid: Editorial: Universidad Carlos III de Madrid.
- BECK, Ulrich (1998). *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Buenos Aires: Paidos.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1995). *Coca Cocaína. Política criminal de la droga*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur.
- CASAS, Lidia et. al. (2013). *Ley 20.000: Tráfico, microtráfico y consumo de Drogas: Elementos Jurídicos y sociológicos para su Distinción y Defensa*. Santiago: Universidad Diego Portales N° 8.
- CURY, Enrique (2020). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2006). *El Derecho Penal del Enemigo darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad*. En *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión*, coordinadores Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara D.az. Buenos Aires: Editorial B de F.
- DURKHEIM, Emile (2009). *Las reglas del método sociológico*. México DF: Fondo Económico de Cultura.
- FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi (2008). *El principio de lesividad como garantía penal*. En *Revista Nuevo Foro Penal* 8 (79), pp. 100-114.

- FICHTE, Johann Gottlieb (1995). *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Madrid: Editorial Trotta.
- GALLEGO SOLER, José-Ignacio (2007). *Contexto del tratamiento jurídico-penal del tráfico de drogas*. En *Política criminal y reforma penal*. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (2007). Serie Europa-América, Editorial B de F.
- GARCIA CAVERO, Percy (2006). *Existe, y debe existir un Derecho Penal del Enemigo*. En *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- GRACIA MARTIN, Luis (2006). *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”*. En *Derecho Penal del Enemigo, El discurso penal de la exclusión*, coordinadores Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díaz. Buenos Aires: Editorial B de F.
- GRACIA MARTÍN, Luis (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GUERRA FUENZALIDA, Manuel (2014). *El secreto de la investigación en los casos de la Ley 20.000*. [En Línea] Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/el_secreto_investigacion_ley_20000_MG.pdf (Recuperado el 2 de marzo de 2023).
- HEGEL, G. W. (2009). *Lecciones sobre la historia de la filosofía*. México D.F.: Fondo Económico de cultura.
- HOBBS, Thomas (2000). *De cive*. Madrid: Alianza Editorial.

- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005). *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi.
- JAKOBS, Günther (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- JAKOBS, Günther (1997). *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas Ediciones.
- JAKOBS, Gunther (1997). *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. En Estudios de Derecho penal.
- JAKOBS, Günther (1996). *Fundamentos del Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- JAKOBS, Günther (1996). *La imputación objetiva en Derecho penal*. Madrid: Civitas Ediciones.
- JAKOBS, Günther (1996). *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. En Cuadernos de conferencias y artículos N° 13 de la Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá.
- JAKOBS, Günther (2006). *La pena estatal, significado y finalidad*. Madrid: Civitas Ediciones.
- KANT, Emanuel (2002). *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Alianza Editorial.
- KANT, Emanuel (2006). *Fundamentos metafísicos de la doctrina del derecho*. Madrid: Alianza Editorial.
- KANT, Emanuel (2008). *El conflicto de las facultades*. Madrid: Alianza Editorial.

- LESCH, Hieko (2000). *La función de la pena*. Bogotá: Universidad de Externado.
- LUHMANN, Niklas (2008). *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*. Madrid: Editorial Trotta.
- LUHMANN, Niklas (1998). *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos Editorial.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2005). *La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: Protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal*. En *Revista de Derecho y Humanidades* 11 (1) , pp. 245 – 288.
- MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco (1996). *De máquinas y seres vivos, Autopoiésis: la organización de lo vivo*. Santiago: Editorial Universitaria.
- MATUS, Jean Pierre (2005). *El delito de microtráfico de estupefacientes del artículo 4° de la ley 20.000 como figura privilegiada del de tráfico, en sentido amplio y estricto, de su artículo 3°, atendida la “pequeña cantidad” de las sustancias en que recae*. En *Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la ley 20.000*. Santiago: Informe al Fiscal Nacional del Ministerio Público.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María (2015). *Lecciones de Derecho Penal chileno: Parte Especial*. Santiago: Thomson Reuters.
- MONTEALEGRE, Eduardo (2003). *El funcionalismo en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- MUÑOZ CONDE, Francisco (2003). De nuevo sobre el Derecho penal del Enemigo. Buenos Aires: Hammurabi.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2008). *¿Es el Derecho penal internacional un Derecho penal del enemigo?* En *Revista Penal* 21(1) pp. 93-102.
- MUÑOZ SANCHEZ, Juan (1995). *El agente provocador*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- NAVARRO DOLMESTCH, Roberto (2005). *El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas del artículo 4º de la ley N° 20.000*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 26 (1).
- NIETZSCHE, Friedrich (2005). *El nacimiento de la Tragedia*. Madrid: Editorial Tecnos.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1993). *Derecho, Justicia y Violencia*. En *Obras escogidas. Una crítica al Derecho Tradicional*. Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, p.48.
- NÚÑEZ LEIVA, José. Ignacio (2009). *Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario*. *Política Criminal* 4 (8), pp. 383-407.
- ONU (2014). Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito Viena. *Los tratados de fiscalización internacional de drogas*. [En Línea] Disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Ebook/The_International_Drug_Control_Conventions_S.pdf (Recuperado el 13 de febrero de 2023)

- PAVEZ FARIÁS, Juan y PRAT LOPICICH, Arturo (2006). *Análisis crítico de la Ley N° 20.000*. [En Línea] Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107682> (Recuperado el 2 de marzo de 2023).
- POLITOFF, Sergio (2016). *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POLITOFF, Sergio, RAMÍREZ, Cecilia y MATUS, Jean Pierre (2006). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POPPER, Karl (2011). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona: Paidós.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2004). *El derecho penal y procesal del enemigo: las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*. En *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Jacobo López Barja de Quiroga, José Miguel Zugaldía Espinar, 1 (1), pp. 693-720.
- PRITTWITZ, Corenlius (2014). *Derecho Penal del Riesgo y Derecho Penal del Enemigo*. En *Revista Digital De Ciencias Penales De Costa Rica* 6 (1).
- PUFENDORF, Samuel (2009). *La Constitución del Imperio alemán*. Valparaíso: Edeval.
- RADBRUCH, Gustav (2005). *El delincuente por convicción*. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7(4), pp. 3-15.
- RIQUELME JAIME, Héctor (2018). *Análisis dogmático y político criminal de la conspiración en la Ley N° 20.000*. En *Revista de Estudios Ius Novum* 11 (1), pp. 66-106.
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura De La Teoría Del Delito*. Madrid: Editorial Civitas.

- ROXIN, Claus (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (2014). *El contrato social*. Madrid: Edimat Libros.
- SÁNCHEZ BUSTOS, Sergio. (2011). *Aportes para una nueva política de drogas*. Santiago: Ediciones Tierra Mía Ltda.
- SCALIA, Paolo (2005). *Prohibicionismo, grupos sociales a riesgo y autoritarismo institucional: la censura social hacia los microtraficantes*. En *Polis Revista Latinoamericana* 11(1), pp. 1-24.
- SCHILLING FUENZALIDA, Mario (2010). *El Nuevo derecho penal del enemigo*. Santiago: Librotecnia.
- SCHMITT, Carl (1991). *El concepto de lo político*. Madrid: Editorial Trotta.
- SCHMITT, Carl (2003). *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cia.
- SCHMITT, Carl (2009). *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del “Jus publicum Europaeum”*. Madrid: Editorial Trotta.
- SCHOPENHAUER, Arthur (2006). *El mundo como voluntad y representación*. Madrid: Editorial Alianza.
- SCHUNEMANN, Bernd (2010). *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Buenos Aires: Hammurabi.
- SILVA GARCÍA, Germán (1996). *La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica*. En *Memorias congreso internacional. Derecho*

público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio.
Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 845- 863.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Buenos Aires: B de F.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006). *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Buenos Aires: B de F.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María (2007). *Los indeseados como enemigos, la exclusión de seres humanos del status personae.* En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 16 (1).
- SOLARI PERALTA, Tito (1986). *Delitos sobre estupefacientes (Legislación Comentada).* En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 10 (1).
- UGARTE, José (2006). *El Derecho de la vida, el derecho a la vida Bioética y Derecho.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna (2007). *El Derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche.* En el Libro Homenaje a prof. Eduardo Novoa Universidad Central. Foro Norte para el estudio del Derecho y los derechos de los pueblos originarios.
- WELZEL, Hans (2001). *El nuevo sistema del Derecho Penal.* Buenos Aires: Desalma.
- WELZEL, Hans (2010). *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material.* Madrid: Aguilar.
- ZAFFARONI, Eugenio et. al. (2000). *Derecho Penal.* Buenos Aires: B de F.

- ZAFFARONI, Eugenio (2007). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, Eugenio (1993). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Temis.
- ZAFFARONI, Eugenio, SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro (2006). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema

- SCS 23.5.1995, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo CXII.
- SCS 5.3.1996, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCII.
- SCS 5.6.1984, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXI.
- SCS 18.8.1992, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXIX.
- SCS 6.9.1995, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCII.
- SCS 16.3.1995, XCV.

- SCS 21.1.2009, RJL.

Corte de Apelaciones

- SCA Valparaíso 28.1.1994. En Gaceta Jurídica N° 163.
- SCA Santiago 29.9.1987, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXIV.
- SCA San Miguel 13.6.1995, En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCII.
- SCA Valparaíso 28.1.1994, GJ 163, 89 y SCA Coyhaique 30.6.2012, RLJ.

Tribunal Constitucional

- STC Rol N° 993-07 de 13 de mayo de 2008.

NORMATIVA

- CHILE. Ministerio del Interior (2005). *Historia de la Ley. N° 20.000. Sustituye ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.* [En Línea] Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5755/> (Recuperado el 23 de febrero de 2023).

- CHILE. Ministerio de Justicia (2022). *Código Penal*. Santiago: Thomson Reuters.
- CHILE. Ministerio de Justicia (2022). *Código Procesal Penal*. Santiago: Thomson Reuters.