

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. EL PROBLEMA DE SU LEGITIMIDAD A LA LUZ DE ALGUNOS DE SUS DEFENSORES Y DETRACTORES*

*Criminal Law of the enemy. The
problem of its legitimacy in the light of
some of its defenders and detractors*

RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ**

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un análisis de lo que en doctrina se ha denominado *derecho penal del enemigo*, manifestación del derecho que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características que dan vida a esta polémica forma de entender el ejercicio de la fuerza estatal. En ese contexto se efectúa una síntesis de diversas posturas, tanto a favor como en contra, de esta forma de entender el derecho penal, con especial énfasis en la recepción

* Este texto constituye una parte de la tesis titulada *Manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en la Ley N° 20.000*, elaborada por el autor para optar al grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Penal y Director Académico del Diplomado en Derecho Aduanero, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. <rhrios@gmail.com>.

Artículo recibido el 15 de abril y aprobado el 11 de junio de 2012.

favorable que ha tenido la misma en nuestro país. Así, una vez presentado este escenario, y a modo de conclusión, asumir una postura en torno a la legitimidad de dicha concepción en los parámetros de un Estado democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal – Derecho penal del enemigo – Günther Jakobs – ciudadano – legitimidad

ABSTRACT: This article is an analysis on that in doctrine has been named *criminal law of the enemy*, manifestation of the Law that is characterized by a reduction of the barriers of affectation of the fundamental guarantees, advancement of the barriers of punishment, and a marked punitive rigor, between other characteristics that give life to this polemic way of understanding the exercise of the state force. In this context there is effected a synthesis of diverse positions, so much to favor as in against, of this way of understanding the criminal law, with special emphasis in the favorable receipt that the same one has had in our country. This way, once presented this scene, and like conclusion, to assume a position concerning the legitimacy of the above mentioned conception in the parameters of a Democratic Rule of Law.

KEY WORDS: Criminal law – Criminal law of the enemy – Günther Jakobs – citizen – legitimacy

INTRODUCCIÓN

En doctrina se ha denominado *derecho penal del enemigo* (DPE), a la manifestación del Derecho que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, un adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características. Para entregar una imagen global de esta concepción presentaremos los enunciados fundamentales de quien acuñó este concepto, el profesor alemán Günther Jakobs. Acto seguido, para hacer de inmediato un contrapunto, expondremos algunas de las principales críticas y reacciones que han surgido, en distintas latitudes en el mundo académico. Así, expondremos los reparos formulados por Manuel Cancio Meliá, destacado como uno de los principales críticos al pensamiento de Jakobs en lo que dice relación con el DPE. Luego, pasaremos revista a los argumentos planteados por el destacado penalista alemán Bernd Schünemann, quien resta todo tipo de valor a este tipo de manifestación, en especial, por erosionar los cimientos del derecho penal en un Estado de Derecho. Hecho este contrapunto, interesante será mostrar la recepción favorable que esta tesis ha tenido en nuestro país. Para ello hemos escogido la visión de dos autores

nacionales, a saber, los trabajos de los profesores Juan Ignacio Piña Rochefort y Mario Schilling Fuenzalida, cuyas tesis constituyen excelentes muestras de lo anterior, con el adicional de que cada una de ellos construye su adhesión a la tesis de Jakobs desde posturas totalmente diversas. El primero, haciendo eco del aporte de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann –con el puente necesario para llegar al pensamiento de Günther Jakobs–, mantiene una fidelidad total a dicha visión funcionalista radical aplicada al Derecho. Por su parte Schilling Fuenzalida se aleja por completo del camino lógico planteado por Piña Rochefort, intentando buscar una legitimación al DPE desde la construcción teórica del filósofo alemán Hans Jonas, justificando su adopción y utilización en las sociedades actuales en aras de una mayor seguridad y paz social. Este recorrido por las distintas opiniones a nivel doctrinario será el aspecto central de la primera parte de nuestro trabajo.

Luego, en un segundo momento, se asumirá una posición en torno a la propuesta de admitir (y legitimar) un DPE como parte del derecho penal que hemos conocido históricamente, dando o no cabida a los postulados planteados por Günther Jakobs y sus seguidores, para lo cual necesariamente presentaremos nuestros reparos respecto de aquellas posturas presentadas en la primera parte que nos merezcan tal reflexión crítica, con especial énfasis en los aportes brindados por los autores nacionales seleccionados en este trabajo.

I. EL PLANTEAMIENTO DE GÜNTHER JAKOBS¹

De acuerdo al profesor Günther Jakobs, la afirmación (tradicional) de que los seres humanos se vinculan entre sí en cuanto personas a través del Derecho corresponde a *“una cómoda ilusión”*.² Cómoda en cuanto se abstiene de comprobar cuándo dichas relaciones son jurídicas o ajurídicas, e ilusoria en cuanto a que si un *“esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social”*.³ De igual forma, señala, ocurre respecto a la persona, en cuanto institución creada por el Derecho. Según Jakobs, *“si 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*

¹ Las explicaciones que aparecen a continuación remiten, en lo esencial, a lo expuesto en JAKOBS y CANCIO MELIÁ (2003), texto que presenta la ventaja de haber sido concebido por sus autores precisamente con el fin de exponer el concepto de DPE, así como algunas de las objeciones al mismo.

² *Idem.*, p. 13.

³ *Ibidem.*

cognitivamente"⁴, interpretación que transforma a dicho individuo en peligroso; es decir, en enemigo.

Entrando en materia penal en propiedad, el profesor Jakobs procede a desglosar los elementos del concepto de DPE partiendo por lo que entiende por pena a este respecto. Pena es coacción de diversas clases; primero, en cuanto portadora de significado, de respuesta al hecho de una persona natural en cuanto desautorización de la norma, haciendo irrelevante dicha desautorización y confirmando la norma, siendo, en consecuencia, tanto el hecho como la coacción medios de interacción simbólica. La pena, no obstante, no sólo significa (algo), sino que también produce algo físico: un efecto de aseguramiento, a través de la prevención especial que supone el lapso efectivo de la pena privativa de libertad; en este ámbito, la pena no pretende significar nada sino ser efectiva, dirigiéndose no contra la persona del infractor –en cuanto persona en Derecho– sino contra el individuo peligroso.

En tal sentido, Jakobs distingue una doble perspectiva, una que mira hacia el hecho pasado sometido a juicio –y la que referiría la pena en cuanto simbólica–, y otra hacia el futuro mediante la medida de seguridad, la cual no actúa como comunicación sino como lucha contra el peligro; por primera vez, Jakobs introduce la noción de DPE, por oposición al *derecho penal del ciudadano* donde la palabra *Derecho* significa algo distinto en cada caso.⁵ Así, Jakobs, "*denomina 'Derecho' al vínculo de personas que son titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con los enemigos no se determina por el Derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del derecho penal*".⁶ De ello, Jakobs desprende que cualquier pena se dirige contra un enemigo, para lo cual esgrime antecedentes iusfilosóficos. En especial, se desprende lo anterior de autores que han utilizado la noción de contrato para fundamentar el Estado, representando al delito como una infracción al contrato, excluyéndose el delincuente de los beneficios de éste al excluirse de la relación jurídica.⁷

⁴ *Ídem.* p. 14.

⁵ *Cfr. Ídem.* pp. 14, 23 y 24. Diferenciación que no implica que el DPE deje de ser parte integrante del derecho penal.

⁶ *Ídem.*, pp. 25 y 26.

⁷ Así ROUSSEAU señala que el malhechor que ataque el *derecho social* deja de ser miembro del Estado al hallarse en guerra contra éste y se le hace morir "*más como enemigo que como ciudadano*". Por su parte –continúa *Ídem.*, pp. 26 y 27– en FICHTE se observa un planteamiento similar, en el cual "*quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano,*

Esbozando una crítica a dichos planteamientos iusfilosóficos, Jakobs señala que al separar radicalmente al ciudadano y su Derecho, por un lado y al injusto del enemigo por otro, los conceptos de Rousseau y Fichte son demasiado abstractos. El ordenamiento jurídico, sostiene Jakobs, ha de mantener al criminal dentro del Derecho por una doble razón: el delincuente tiene el derecho de arreglarse con la sociedad, ante lo cual deberá mantener su *status* de persona; y tiene el deber de reparación, deber que emana también de su condición de persona, no pudiendo por lo demás arbitrariamente desvincularse de la sociedad a través de su hecho.⁸

Jakobs, a continuación, expone el planteamiento de Kant, indicando que éste, al *“hacer uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal”*.⁹ Señala Jakobs que en la concepción de Kant *“toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana”*.¹⁰ De esta forma, todo aquél que se resista a entrar a dicha constitución debe ser expelido (o impelido a la custodia de seguridad), pero pudiéndosele tratar, en todo caso, como a un *“enemigo”*.¹¹ De esta forma, tanto Hobbes como Kant despersonalizan a quien amenaza la constitución existente¹², lo que implica que ambos reconocen una distinción entre el derecho penal del ciudadano y el DPE, reconociéndole al ciudadano su *status* de persona y desconociéndosela al enemigo. Para Jakobs, no obstante, ambos son *“Derecho”*, en sentidos disímiles: partiendo del supuesto de que tanto el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos peligrosos, como los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado las medidas respectivas que garanticen su derecho a la seguridad, Jakobs sostiene que el *“reo de alta traición”* de Hobbes y aquél que *“permanentemente amenaza”* de Kant no se encuentran contenidos dentro de este último derecho, lo que conceptualiza en la fórmula *“el derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el DPE el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, basta llegar a la guerra”*.¹³

y pasa a un estado de ausencia completa de derechos”; siendo la ejecución del culpable, coherentemente, no una pena sino una medida de seguridad.

⁸ *Ídem.*, p. 28. En definitiva se le resta el efecto comunicativo que lleva aparejada la realización del delito, entendiendo la misma como una forma de manifestación, de parte del ejecutor, apta para desligarse socialmente.

⁹ *Ídem.*, p. 30.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ídem.*, p. 31.

¹² *Ídem.*, p. 4.

¹³ *Ídem.*, pp. 32 y 33.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del DPE, Jakobs plantea dos posibles limitaciones, a saber, que el Estado no excluye al enemigo sometido a custodia de seguridad de su condición de propietario de cosas, y que asimismo puede contenerse en su libertad de hacer todo lo que puede en su contra, dejando abierta la posibilidad de un acuerdo de paz. No obstante, ello no modifica el hecho de que la medida contra el enemigo no significa nada, sino que es pura coacción; en resumen, el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma; el DPE combate peligros.¹⁴ Ahondando en su conceptualización, Jakobs, basándose en el concepto de *ius naturale*¹⁵ de Hobbes, parte sosteniendo que aquel estado de naturaleza nada tiene en común con el delito, pues no existiendo un orden definido de manera vinculante, dicho orden no puede ser quebrantado, es decir, no existen las condiciones de posibilidad para la realización de delito alguno. Es sólo en el Estado que el delito es posible, cuando “no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable”.¹⁶ El delincuente no pretende derrumbar al Estado o sus instituciones; de hecho, aspira a la protección de la vida y la propiedad que el Estado ofrece¹⁷, comportándose de manera autocontradictoria, o, como sostiene Jakobs, “optando (...) por un mundo insostenible, y ello no sólo (...) desde el punto de vista práctico en una determinada situación, sino ya en el plano teórico”.¹⁸ En consecuencia, el Estado moderno no ve al delincuente como un enemigo, sino como a un ciudadano que ha dañado la vigencia de la norma, lo que debe equilibrarse mediante la pena que restablezca dicha vigencia, “mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que (...) mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma”.¹⁹

Para que lo anterior tenga sentido debe esperarse que el autor, aparte de su hecho, ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, que actuará en fidelidad con el ordenamiento jurídico. En palabras de Jakobs, “del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera

¹⁴ *Ídem.*, p. 33.

¹⁵ En el cual, *Ídem.*, p. 34, sólo hablamos de un *ius* así denominado, pero en el cual no existe correspondencia con ninguna *obligatio*, siendo sólo una denominación de un estado normativamente ilimitado y sólo circunscrito por la violencia física de cada individuo.

¹⁶ *Ídem.*, p. 35.

¹⁷ Conforme *Ibidem.*, pone el ejemplo del sobrino que mata a su tío por la herencia, quien precisamente desea hacerse valer de una institución civil, como es la sucesión por causa de muerte, lo cual obviamente presupone la permanencia y no el quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ídem.*, p. 36.

completamente contrafáctica, tampoco la personalidad".²⁰ Así como respecto a la vigencia de la norma, aquélla necesita de cierta corroboración cognitiva para ser real, en el sentido de que la conducta conforme a la norma, y no su infracción, debe ser lo esperable en lo fundamental de las demás personas²¹, lo mismo ocurre respecto a la personalidad del autor del hecho delictivo, es decir, ésta tampoco puede mantenerse de manera puramente contrafáctica, sin corroboración cognitiva. En particular, Jakobs entiende dicha corroboración como *"no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción o insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito"*.²² Jakobs sostiene, remitiendo al ejemplo de la custodia de seguridad, que es apreciable que en muchas reglas de Derecho se disminuye la tendencia a tratar como persona a quien defrauda de manera duradera la expectativa sobre su comportamiento personal. Ello además se demuestra en que el legislador ha pasado abiertamente a una legislación "de lucha" en diversos ámbitos –criminalidad económica, narcotráfico, terrorismo, crimen organizado, etc.–, combatiéndose en estos casos a individuos que en su actitud *"se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona"*.²³ En este punto Jakobs ve un paralelo con la diferenciación kantiana entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza, porque en estos casos no se trata de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro; adelantándose la punibilidad al ámbito de la preparación y dirigiéndose la pena al aseguramiento de hechos futuros más que a la sanción de los cometidos.²⁴ Ulteriormente, *"el individuo que no admite ser obligado a entrar a un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona"*²⁵, dándose que el estado de naturaleza es uno de ausencia de normas, determinando qué es norma quien gana la guerra y debiendo el perdedor someterse a dicha determinación.

Intentando clarificar estas cuestiones, y tomando como punto de partida los hechos ocurridos el día 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica, el profesor Jakobs aborda la dificultad de tratar como persona

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ídem.*, p. 37. *Cfr.* con la concepción de KANT.

²² *Ídem.*, p. 38.

²³ *Ídem.*, p. 40.

²⁴ *Ibidem.*, reconstruye la reflexión del legislador del siguiente modo: *"El otro me lesiona ya por... [su] estado [en ausencia de legalidad] (statu iniusto), que me amenaza constantemente"*.

²⁵ *Ibidem.*

que actúa erróneamente al terrorista en vez de como a un individuo peligroso. Jakobs no niega que el terrorista pueda ser representado como delincuente por parte del Estado que declare que sus hechos son delitos, pero, según Jakobs, debe inquirirse si *"la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura –precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona– que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada"*²⁶, declarando que, de hacerse de ese modo, no ha de sorprender que se mezclen los conceptos *guerra* y *proceso penal*²⁷ o dicho de otro modo, quien no quiera privar al derecho penal del ciudadano de su vinculación a la noción de Estado de Derecho debiera reconocer como diverso aquello que hay que hacer contra los terroristas, es decir, DPE, *"guerra refrenada"*.²⁸ En síntesis, para Jakobs el derecho penal reconoce dos polos: el trato con el ciudadano y el trato con el enemigo. En el primero se espera hasta que el ciudadano exteriorice su hecho para reaccionar; en el segundo, se intercepta al enemigo en un estadio previo.²⁹

En cuanto a las implicancias procesales de esta polarización, expone Jakobs que éstas pueden verse tanto en la caracterización del procesado como *"sujeto procesal"* como en la *"desnuda coacción"* a la que el procesado es sometido.³⁰ Al respecto, sostiene Jakobs, ello ocurre *"no porque el imputado deba asistir al proceso –también participa en el proceso una persona imputada, y por convicción–, sino porque es obligado a ello mediante su encarcelamiento"*.³¹ La coacción, coherentemente con lo planteado, no es hacia la persona, que *"no oculta pruebas ni huye"*, sino hacia el individuo, quien puede poner en peligro el resultado del proceso, actuando a ese respecto como un enemigo.³² De igual modo que en el derecho penal sustantivo, señala Jakobs, *"estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados (...) son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado,*

²⁶ *Ídem.*, pp. 41 y 42.

²⁷ *Ídem.*, p. 42.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ Conforme a *Ídem.*, p. 43, Jakobs pone el ejemplo del homicidio en el Código Penal alemán (StGB), §§ 21, 22, el autor comienza a ser punible sólo cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo; por oposición, en el caso del cabecilla de una asociación terrorista, quien resulta punible desde que funda la asociación, es decir, eventualmente años antes del hecho (StGB, § 129 a).

³⁰ *Ídem.*, p. 44.

³¹ *Ídem.*, pp. 44 y 45.

³² *Ibidem.*, pone los siguientes ejemplos extraídos del Código Penal Alemán: la prisión preventiva (StGB, §112, 112 a), la extracción de sangre (§81 a) la intervención en las comunicaciones (§100 a), otras investigaciones secretas (§100 c) y la intervención de agentes encubiertos (§110 a).

*siendo las regulaciones más extremas aquellas que se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas”.*³³

Recapitulando, Jakobs sostiene que el trato del delincuente como persona que ha cometido un error o como individuo al que ha de impedírsele mediante coacción que destruya el ordenamiento jurídico son dos perspectivas que tanto pueden ser legítimas como *“usadas en el lugar equivocado”*.³⁴ No obstante, la construcción de la persona de manera contrafáctica no puede ser permanente, al punto que quien no presta *“seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal”* no sólo no puede, sino que no debe ser tratado como persona, pues vulnera el derecho a la seguridad de las demás personas. Por tanto, sólo el DPE puede tratar con aquellos individuos que se niegan a entrar en una constitución ciudadana. Sin embargo, Jakobs objeta la inclusión de *“líneas y fragmentos”* de este DPE en el derecho penal general, creándose un DPE *“superfluo”* que amenaza de igual manera, v. gr., al presunto terrorista que a cualquier autor de un delito.³⁵ Insistiendo en la necesidad de entender como persona sólo a quien ofrece *“una garantía suficiente de un comportamiento personal”*, en íntima conexión con el fundamento cognitivo del ordenamiento jurídico, en cuanto realmente vigente y no meramente ideal, Jakobs expone la común suposición de la existencia de un *“orden mínimo jurídicamente vinculante en el sentido de que no deben tolerarse las vulneraciones de derechos humanos elementales, con independencia de dónde ocurran, y que, por el contrario, ha de reaccionarse frente a tales vulneraciones mediante una intervención y una pena”*³⁶, siendo ejemplos de ello los Tribunales para la ex Yugoslavia, el

³³ *Ídem.*, pp. 45 y 46, señala los parágrafos 31 y siguientes de la ley introductoria de la Ley de organización de los órganos judiciales (EGGVG) alemana. Un ejemplo atinente en este punto sería lo ocurrido a partir de los eventos del 11 de septiembre de 2001, en palabras de JAKOBS: *“en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento –y sólo hasta el momento– no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros –¿Delincuentes? ¿Prisioneros de guerra?– muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra”*.

³⁴ *Ídem.*, p. 47.

³⁵ *Ibidem*, expone al respecto la evolución de la preparación del delito en los códigos alemanes, desde la no punición de la preparación en los Códigos penales prusiano de 1851 y del Reich (RStGB) en 1871, pasando por la introducción en 1876 del parágrafo 49 a, sobre actos de preparación de delitos gravísimos, agravado el año 1943 –es decir, en la época nacionalsocialista– que vinculó la pena a la del delito planeado; regulación vigente a la fecha de que Jakobs escribiere el texto que nos ocupa.

³⁶ *Ídem.*, p. 51.

Estatuto de Roma, etc.; respecto a lo cual Jakobs argumenta que dicha pena es más una instancia de creación de vigencia de la norma que de su mantenimiento. Luego, respecto a los autores de vulneraciones de derechos humanos, quienes no ofrecen seguridad suficiente de ser personas se puede hacer todo lo necesario para asegurar el estado comunitario-legal, conduciéndose a su respecto la guerra y no acciones de policía. Jakobs concluye que, al tratarse al autor como persona, o sea, de igual modo que a cualquier delincuente en cuanto ciudadano y bajo el pretexto de mantener la ficción de la vigencia de los derechos humanos, se encubre que en realidad se crea un orden en vez de mantenerlo –el orden “comunitario-legal” de una Constitución mundial– que no aplica penas contra personas culpables sino que persigue enemigos, en este caso de la vigencia de los derechos humanos; realidad que Jakobs considera debe ser llamada por lo que es: un DPE.³⁷

1. Reacciones al planteamiento de Jakobs

Como es de esperarse, las reacciones contra el concepto de DPE han sido vigorosas³⁸ y desde los más variados puntos de vista. A continuación se expondrán un par de objeciones, lo cual permitirá dar una visión más amplia del tema en debate, destacando en este apartado los trabajos realizados por Manuel Cancio Meliá, cuya obra se ha presentado como una de las más críticas en relación con la adopción de un modelo de DPE, y las argumentaciones del profesor alemán Bernd Schünemann, quien contribuye desde el plano dogmático a deslegitimar la adopción de esta manera de entender el derecho penal en la actualidad.

A) MANUEL CANCIO MELIÁ

El profesor Manuel Cancio Meliá ha señalado el contexto “*de expansión*” en que parece moverse el derecho penal moderno. Esta expansión corresponde a una de los supuestos de criminalización previa a la lesión de bienes jurídicos, acompañada de penas muy altas, conduciendo a un derecho penal de la puesta en riesgo, de rasgos antiliberales. Esta evolución presenta dos vertientes, que Cancio Meliá caracteriza bajo las denominaciones *derecho penal simbólico*

³⁷ *Ídem.*, p. 55.

³⁸ Si bien las referencias a las que se puede acudir son muy numerosas, en esta oportunidad se ha trabajado con una selección de las que han parecido ilustrar mejor la resistencia que ha despertado el concepto de DPE. Por de pronto –y como se había adelantado– resulta obvio referirse primero a la exposición de Cancio Meliá, que presenta la inestimable ventaja de encuadrarse dentro de un diálogo articulado *ex profeso* con el profesor Jakobs para el debate del concepto que nos ocupa.

y *resurgir del punitivismo*, que considera nucleares en el DPE.³⁹ Sobre lo que denomina *derecho penal simbólico*, señala que si bien los elementos de interacción simbólica son inherentes al derecho penal⁴⁰, entiende por dicha caracterización el que persigue como objetivo dar “*la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido*”, es decir, en la que prima la función latente sobre la manifiesta.⁴¹ La preeminencia de dicha función se ve en la criminalización de meros actos de comunicación en diversos sectores de la regulación. Luego, lo que Cancio Meliá denomina como *resurgir del punitivismo*, busca tanto la introducción de nuevas normas penales que sí sean aplicadas, como la intensificación de la aplicación de las normas ya vigentes.⁴² Este movimiento gira de dirección respecto al movimiento despenalizador en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, suponiendo “*el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal*”.⁴³ Lo novedoso de este resurgimiento, según Cancio Meliá, es que por primera vez parece ser transversal, en el sentido de no corresponder al viejo eje izquierda política/demandas de descriminalización – derecha política/demandas de criminalización.⁴⁴ Los dos fenómenos descritos, continúa el profesor español, no pueden ser operativamente distinguidos con nitidez, toda vez que la introducción de legislación punitivista tiene inmediata incidencia en las estadísticas de persecución criminal, sin perjuicio de lo esencial de la motivación simbólica del legislador; y viceversa, las normas “simbólicas” pueden perfectamente dar lugar a procesos penales “reales”.⁴⁵ El derecho penal “simbólico” no se detiene sólo en la identificación de un “hecho”, sino también (o más bien sobre todo) en un específico tipo de autor que no es definido como un igual, sino como otro. A la norma, que persigue esta definición de un “otro”, excluido de la identidad social, se asocia un punitivismo incrementado. Ambos rasgos unidos permiten entender el surgimiento del DPE.

Entre los posibles enfoques críticos, en primer lugar cabe recurrir a fundamentos externos a lo jurídico penal, en razón de constitucionalidad; en segundo lugar, cabe referirse a consideraciones fácticas en cuanto a su

³⁹ *Ídem.*, p. 64.

⁴⁰ *Ídem.*, p. 67 indica que CANCIO MELIÁ menciona enfoques como el de la criminología crítica y el de la prevención general positiva, por citar ejemplos disímiles.

⁴¹ En virtud de *Ídem.*, p.68 la expresión es de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ citado por CANCIO MELIÁ.

⁴² *Ídem.*, p. 69.

⁴³ *Ídem.*, p. 75. *Vid.* el caso extremo, descrito por CANCIO MELIÁ, de la regla estadounidense del *third strike* (cadena perpetua efectiva en caso de tres condenas criminales sucesivas).

⁴⁴ En lo señalado en *Ídem.*, pp. 70 a 75. *Vid.* la exposición de Cancio Meliá sobre el caso de la derecha e izquierda en términos políticos en España.

⁴⁵ *Ídem.*, p. 76.

efectividad preventivo-policial.⁴⁶ No obstante, Cancio Meliá se concentra en una tercera esfera de cuestionamiento, en cuanto a si el DPE –existente fácticamente– forma parte conceptual del derecho penal moderno.⁴⁷ Para negar dicha posibilidad, es decir, para delimitar nítidamente ambos conceptos, plantea la existencia de dos diferencias estructurales. La primera crítica sostiene que el DPE supone una reacción internamente disfuncional, en cuanto a la función de la pena. Dicha reacción ignora que la percepción social de los riesgos no guarda relación con su dimensión real. De los posibles “enemigos” –terroristas, narcotraficantes, etc.– no se desprende que alguno pueda seriamente poner en cuestión los fundamentos de la sociedad, al menos, sostiene Cancio Meliá, en los términos militares o cuasi-militares en que se plantea dicha condición de “enemigos”, lo que resulta patente si se compara en su dimensión meramente numérica las lesiones de bienes jurídicos producidas por las conductas catalogadas dentro del DPE con aquellas de mucho mayor masividad y sin embargo consideradas “normales”. Por tanto, ha de buscarse en otra parte la fundamentación de la concepción de Jakobs. Para Cancio Meliá, la respuesta remite a *“comportamientos delictivos que afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión”*⁴⁸, pero precisamente no por un riesgo fáctico exacerbado sino en un plano simbólico, en el que resulta crucial la relación entre norma y su quebrantamiento. En tal sentido, sostiene que los supuestos de conducta de “enemigos” se refieren al quebrantamiento de normas que versan sobre configuraciones sociales esenciales, pero especialmente vulnerables; así, el punitivismo, v.g., en materia de drogas arranca de la debilidad de la fundamentación axiológica y la poca efectividad de las políticas respectivas; en materia de crimen organizado, de su capacidad de infiltración en el tejido político y económico, amenazando al propio sistema institucional, etc.⁴⁹

De lo anterior, Cancio Meliá desprende una crítica al DPE, en cuanto a que si las conductas frente a las que responde (el derecho penal) afectan a elementos especialmente vulnerables de la configuración social, la respuesta jurídico-penal funcional no puede estar en un cambio de paradigma, sino precisamente en la manifestación de normalidad, es decir, en la reacción proporcionada según los criterios de un sistema jurídico-penal “normal”, negándosele al infractor la capacidad de cuestionar los fundamentos que amenaza, dejando fuera de su alcance la posibilidad de autoexclusión en cuanto “enemigo” por ser su cualidad de persona una atribución del Estado; en términos de Cancio

⁴⁶ *Ídem.*, p. 89.

⁴⁷ En *ídem.*, pp. 91 y ss., resulta interesante la discusión que plantea Cancio Meliá.

⁴⁸ *Ídem.*, p. 95.

⁴⁹ *Ídem.*, p. 97.

Meliá, “no cabe admitir apostasías del status de ciudadano”.⁵⁰ Por ello, cabe afirmar que el DPE es disfuncional porque reconoce la competencia normativa del infractor, en vez de negársela; la demonización de los autores es lo que precisamente da resonancia a sus hechos.⁵¹

B) BERND SCHÜNEMANN⁵²

Bernd Schünemann, profesor de la Ludwig-Maximilians-Universität München, ha desarrollado una importante crítica a los planteamientos formulados desde el funcionalismo sistémico de parte de Günther Jakobs, en lo que dice relación con el DPE.⁵³ Señala que Jakobs realiza una diferenciación entre las categorías de DPE y aquel correspondiente al ciudadano, mostrando a ambos como modelos ideales, que en la práctica no se presentan de manera pura, sino que se plasman de manera combinada, dependiendo de las decisiones que se tomen en cada Estado. Luego, Schünemann realza los rasgos característicos del DPE de Jakobs, indicando, como primero de dichos rasgos, que en él se presenta una “anulación de la posición de sujeto de derecho de todos aquellos ciudadanos que hayan sido caracterizados como enemigos por algún representante del poder estatal”⁵⁴, dando como ejemplo de esta primera constatación los casos de Estados Unidos de América e Israel, en relación a la forma en que se han desenvuelto en Guantánamo y Palestina, respectivamente.⁵⁵ Luego, nos señala que Jakobs sostiene que los enemigos deben ser tratados como “no-personas actuales”, lo cual implica en consecuencia un trato que no diferiría con el tratamiento que tendría que dárseles a los animales salvajes. Ante esto, Schünemann replica con dureza. El Estado al hacer uso de la fuerza en estas condiciones, el reproche del análisis debe centrarse en él, y no el presunto terrorista, por cuanto al adoptar un decisión en este sentido

⁵⁰ *Ídem.*, pp. 97 y 98.

⁵¹ *Ídem.*, p. 100.

⁵² Tomamos como referencia los planteamientos esbozados en SCHÜNEMANN (2010).

⁵³ *Ídem.*, pp. 153 y 154 señala que “Mientras que Günther Jakobs primeramente había presentado su concepto del DPE sólo a grandes rasgos, en el año 2003 publicó un artículo de doctrina más detallado sobre “Derecho penal del ciudadano y de Derecho penal del enemigo”, tanto en Alemania como en España. En efecto, la publicación no sólo ofrece claridad sobre la propia posición de Jakobs, sino también ha convertido el término DPE, tan discutido y criticado en los últimos años, en una categoría filosófico-jurídicamente elaborada. Ahora también se puede ubicar esa categoría claramente en la historia, a través de las líneas vinculantes que Jakobs tan sutilmente ha trazado con la Filosofía del Derecho de la Ilustración”.

⁵⁴ *Ídem.*, p. 145.

⁵⁵ *Ídem.*, pp. 145 y 146 sostiene que ambos países practican este derecho penal del enemigo, “los Estados Unidos de América lo han practicado en Guantánamo, e Israel lo practica en Palestina aún más radicalmente a través de una guerra selectiva no disimulada, con asesinatos de presuntos terroristas y de aquellos que se encuentran en sus cercanía”.

para combatir este tipo de peligros, sería el propio Estado quien estaría cayendo "al nivel de un animal salvaje"⁵⁶, y en ese plano, el actuar estatal carecería de toda legitimidad.⁵⁷

Acto seguido, Schünemann crítica el enfoque que Jakobs hace a la hora de determinar el objeto de combate en el contexto del DPE, por cuanto el profesor de la Universidad de Bonn instaría por una lucha contra enemigos basada en amenazas de penas previamente formuladas (exacerbadas), junto con un alto rigor en la aplicación de medidas a nivel procesal penal, todo basado en la condición de enemigo que ostenta aquel que realiza este tipo de conductas (crimen organizado, narcotráfico, terrorismo, entre otros). Así, para Schünemann el énfasis no debe estar puesto en el sujeto (enemigo para Jakobs), sino en el peligro específico asociado a conductas delictivas de crimen organizado, peligro que en definitiva requiere de acciones determinadas por parte del Estado para combatirlo, entre las cuales podría justificarse alguna reducción de garantías procesales penales, o bien que el legislador eleve el rigor penal de la sanción aplicable, pero todo en un contexto de respeto por las garantías y derechos que cimientan el derecho penal. En otras palabras, podría justificarse la adopción de medidas como las destacadas por Jakobs, pero sólo en la medida en que dicha justificación se base en al carácter del delito realizado, más no así cuando la decisión de adoptar tales medidas se base exclusivamente en el carácter de peligroso del sujeto –el enemigo– que realiza tal conducta, o bien que se dispone a realizarla.⁵⁸

En segundo término, Schünemann destaca otro rasgo del DPE como digno de llamar la atención, el cual vendría dado por la "extensión de los medios estatales de poder en el procedimiento penal".⁵⁹ Esta extensión de los medios de control a nivel penal, debe necesariamente –según Schünemann– enmarcarse en los parámetros del Estado de Derecho. La evolución de la respuesta penal ante esta nueva forma de criminalidad organizada, debe ser eso, una evolución, y no una involución en el camino recorrido y avanzado en torno al reconocimiento de derechos y garantías en el contexto del proceso penal⁶⁰, por ende la dificultad planteada es netamente un "problema de modernización de

⁵⁶ *Ídem.*, p. 146.

⁵⁷ Señala *Ídem.*, p.146 que esta situación "la legitimación del monopolio de fuerza estatal, que sólo puede ser establecido por el Derecho, se pierde".

⁵⁸ Como señala *Ídem.*, p. 147, "[p]or consiguiente, no se trata de modo alguno de la clase especial de individuos, sino del peligro específico del delito organizado como causa de una reacción específica del Estado necesaria que, a su vez, debe naturalmente ser controlada por el Estado de Derecho".

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ *Ídem.*, p. 149 indica que "Frente al delito organizado, incluyendo al terrorismo moderno, debe ser reforzada la fuerza instrumental de la justicia penal. Pero ese aumento del poten-

la justicia penal como respuesta a una modernización del delito”⁶¹, por lo que la obtención de estas finalidades –en las cuales se enmarca esta ampliación de los medios de coerción tradicionales– debe hacerse siempre desde el “Estado de Derecho del derecho penal”.⁶² En este sentido, lo que Schünemann cuestiona de la concepción de Jakobs es esencialmente el tratamiento que se hace respecto del sujeto que es catalogado como enemigo. Crítica en particular su total anulación en cuanto sujeto procesal, dejando de lado una serie de garantías y derechos que deberían serle reconocidos en caso de no mediar esta condición de no-persona. Por ende, en caso que se acepte esta injerencia en la libertad del individuo⁶³, deben establecerse “controles que actúen ya en un momento en el que el afectado no pueda ser aún informado de la investigación iniciada en su contra, si es que no se quiere perder de entrada el éxito de las investigaciones”⁶⁴, con lo cual descarta cualquier concepción de protección absoluta respecto de derechos y garantías procesales penales.

Volviendo a la génesis de la concepción de Jakobs, Schünemann enfatiza que su principal desacuerdo estaría en la “tesis central para la diferenciación normativa entre derecho penal del ciudadano y DPE”⁶⁵ estableciendo que en el primer caso dicho derecho penal mantendría la vigencia de la norma, en cambio, en aquel enfocado en los enemigos, se combatirían derechamente peligros. Con este desacuerdo, Schünemann quiere destacar la vuelta atrás que significa adoptar la tesis de Jakobs en este punto, por cuanto ve en la idea de mantención de la vigencia normativa a través del derecho penal resabios de concepciones absolutas (retribucionistas) de la pena, dejando de lado lo que en esencia debe ser la tarea del derecho penal, a saber, proteger de manera preventiva bienes jurídicos, y, como consecuencia de ello, evitar peligros.⁶⁶

Ahora, desde una perspectiva empírica, Schünemann acomete contra la tesis de Jakobs concentrándose en las premisas que la sostienen. La principal de estas proposiciones asume que “no todo delincuente es un opositor en

cial de fuerza debe ser hecho soportable mediante una paralela extensión de las reservas de Estado de Derecho”.

⁶¹ Ídem., p. 147.

⁶² Ídem., p. 148.

⁶³ Se señala en SCHÜNEMANN (2010) pp. 149 y 150 que “[l]a criminalidad organizada depende de una comunicación interna elaborada, de modo que las tecnologías modernas para controlar la comunicación deben ser indefectiblemente incorporadas a los instrumentos de persecución penal, como ya ha ocurrido también en numerosos Estados. Sin embargo, ese amplio control de la comunicación social entraña, al mismo tiempo, peligros imprevisibles para la libertad del individuo”.

⁶⁴ Ídem., p. 150.

⁶⁵ Ídem., p. 161.

⁶⁶ Ídem., p. 162.

*general del orden jurídico, sino que existiría una propia categoría de individuos delincuentes que se habrían apartado del Derecho presuntamente de modo permanente, al menos en forma decidida".*⁶⁷ Este exceso de individualismo a la hora de analizar el comportamiento desviado, a criterio de Schünemann, resulta por lo menos llamativo, por cuanto Jakobs se ha caracterizado en su historia y desarrollo intelectual por un fuerte apego a la teoría de sistemas⁶⁸, lo cual no resulta coherente con esta visión individual del comportamiento, desprovista de las implicancias de las relaciones sistémicas que a partir de allí puedan generarse. Luego, estos delincuentes que se han apartado del Derecho⁶⁹ hacen que esta tesis se torne insostenible en términos semánticos, por la razón de que no existen personas que reúnan esta característica (orientadas de manera general en contra del sistema jurídico). Para refutar esto, Schünemann da un ejemplo en el plano de la criminalidad organizada, destacando el hecho de que *"un jefe de la mafia puede ser un marido y padre que atiende las disposiciones del derecho de familia"*⁷⁰, con lo cual se muestra, en un caso extremo, cómo un delincuente –que objetivamente podría ser catalogado como enemigo, siguiendo los parámetros entregados por la tesis del DPE– sí en otros aspectos de su desarrollo como persona responde de manera satisfactoria a las expectativas normativas que sobre él recaen, y que en el caso del ejemplo, dicen relación con obligaciones legales de familia, lo cual derrumba, ya sea a nivel fáctico o bien a nivel psicológico, la pretensión de Jakobs de que existirían personas que estarían orientadas de manera general en contra del Derecho.

Por lo anteriormente señalado, Schünemann es de la idea categórica de rechazar al DPE como una manifestación del derecho penal. Haciendo la advertencia de que dicho rechazo no conlleva en lo absoluto la proscripción de todas aquellas medidas que surjan desde el Estado para combatir delitos graves como lo son aquellos asociados al crimen organizado, terrorismo o narcotráfico, entre otros, básicamente para no pasar por alto el mayor peligro que tales conductas llevan aparejado, *"por eso, la sospecha de un delito más grave justifica medidas más intensas de investigación, del mismo modo que su prueba legítima una pena más grave. Sin embargo, también con un delito grave*

⁶⁷ *Ídem.*, p. 163.

⁶⁸ Aquí en RODRÍGUEZ y ARNOLD (2007) p. 130, la referencia habría que entenderla hecha a la Teoría de Sistemas Sociales de Niklas LUHMANN, quien *"plantea la hipótesis de que las sociedades modernas, incluida la sociedad mundial, están constituidas a nivel estructural por sistemas especializados en cuanto a sus funciones, ya sea en problemas o en formas típicas de reducción de complejidad. Se trata, por consiguiente, de sistemas sociales autorreferenciales y autopoieticos, donde se autoproducen los elementos (comunicaciones, decisiones, temas, etc.), con los cuales se producen los elementos que los reproducen. Es decir son sistemas cerrados y autónomos"*.

⁶⁹ *"Personas básicamente delincuentes"* como las cataloga JAKOBS.

⁷⁰ SCHÜNEMANN (2010) p. 164.

queda siempre dotado el inculpado de derechos y recursos jurídicos propios. Él queda como ciudadano, aun cuando recaiga sospecha en su contra de que se ha comportado de modo enemigo. En un Estado de Derecho no puede existir un enemigo como no-persona".⁷¹

2. Posturas a favor del DPE

A continuación revisaremos dos posiciones doctrinarias que desde distintas esferas buscan justificar y legitimar entre nosotros los planteamientos de Günther Jakobs en relación al DPE. Primeramente nos avocaremos a exhibir los argumentos del profesor Juan Ignacio Piña Rochefort, quien desde una posición funcional-estructuralista mantiene un hilo conductor con el pensamiento de Jakobs, respondiendo a la misma matriz desde la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann. Luego, sintetizaremos los principales aspectos de la tesis de Mario Schilling Fuenzalida, quien desde una perspectiva totalmente distinta a las anteriores, busca una legitimación para el DPE desde la ética de Hans Jonas, en base al principio de responsabilidad estatal y la heurística del temor.

A) JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT

Desde una perspectiva funcional-estructuralista, Juan Ignacio Piña elabora una postura de defensa de la concepción del DPE de Jakobs, tomando como principales argumentos las herramientas conceptuales de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann.⁷² La tesis del profesor Piña, la rescatamos desde el libro de su autoría, titulado *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad* (2010), siendo con esto uno de los pocos autores nacionales que han tomado postura sobre el tema, y en particular, una posición a favor de los alcances del concepto de DPE. Veamos a grandes rasgos en qué consiste la defensa de Piña Rochefort. En primer término sitúa la discusión en torno a esta manifestación del derecho penal y una eventual tensión con el principio de igualdad. Antes de esbozar una respuesta ante esta interrogante, Piña opta por una vertiente descriptiva para abordar la existencia del DPE, señala que estamos ante "*un episodio de*

⁷¹ *Ídem.*, p. 166. GARCÍA (2006) p. 926, al hacer referencia a la crítica realizada por Schünemann señala que el autor alemán considera la formulación del Derecho penal del enemigo como incorrecta ya desde el plano analítico y reprochándole ser consecuencia de aquella circularidad propia de la dogmática penal a la que califica de ausente de consecuencias.

⁷² Para adentrarse en la teoría del profesor de la Universidad de Bielefeld, puede consultarse el trabajo elaborado por los discípulos de Luhmann, RODRÍGUEZ y ARNOLD (2007). También útil como introducción al pensamiento luhmanniano, podemos citar el Glosario, elaborado por los profesores CORSI *et al.* (1996). Sin perjuicio de lo anterior, si se quiere directamente adentrarse en las tesis más importantes del profesor alemán, puede consultarse su obra traducida al español LUHMANN (1998) y el trabajo realizado por GIMÉNEZ (1993).

*nuestra realidad legislativa y político-criminal, (que) es innegable (...) la afirmación de que actualmente parece existir –y difundirse vertiginosamente– un sector del derecho penal que incorpora en su regulación consideraciones que calzan con este concepto es difícil de negar”.*⁷³ Luego, al igual que todo autor que decida adentrarse en el tema, realiza una síntesis de los aspectos centrales que caracterizan al DPE⁷⁴, para luego constatar que dicha tesis ha sido objeto de abundantes críticas en sus afirmaciones descriptivas (existencia del DPE) y valorativas (legitimidad de esta manifestación del derecho penal).

Asumiendo que el DPE existe, Piña Rochefort, se enfoca en torno a la legitimidad de dicha manifestación, para ello indica que se hace necesario afrontar de manera previa dos temas: “(a) cómo se construye el DPE y (b) Si su construcción surte efectos en el resto de las estructuras del Derecho penal”.⁷⁵ Acto seguido, destaca la afirmación (crítica) de uno de los principales opositores de la posición de Jakobs, a saber, Manuel Cancio Meliá, en cuanto éste señala que “desde la perspectiva del sistema jurídico-penal actualmente practicado, el concepto de DPE sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no-Derecho penal presente en las legislaciones positivas”⁷⁶, ante lo cual Piña agrega un “por ahora”, advirtiendo con ello que es cosa de tiempo para que esta forma de legislar pase a ser –legítimamente hablando– parte del derecho penal. Es más, desde la constatación de la adopción de estas técnicas legislativas (la que reúne las características del DPE) se puede observar claramente una reconfiguración del sistema jurídico penal “mediante la reconfiguración de estructuras que éste utiliza en sus operaciones”⁷⁷, lo cual no es más que la forma normal en la cual los sistemas se reestructuran, y el sistema jurídico-penal no es la excepción. Ahondando en esta reestructuración sistémica, agrega que la estructura de “persona” se está reconfigurando desde el momento en que se ha dado un reconocimiento a la figura del *Hostis* como un “entorno no deseado”. Esta reconfiguración

⁷³ PIÑA (2010) p. 233.

⁷⁴ *Ídem.*, pp. 233 y 234 señala que “[l]as características del DPE ya han sido sintetizadas adecuadamente: (a) en él puede encontrarse un amplio adelantamiento de la punibilidad (b) asociada a penas desproporcionadamente altas (y que no consideran relevante esa anticipación para reducirla) y (c) flexibilización o supresión de determinadas garantías procesales”.

⁷⁵ *Ídem.*, p. 234 indica que para abordar una interrogante acerca de la legitimidad del Derecho penal del enemigo pueden usarse diversos caminos, citando para ello por ejemplo, líneas argumentales referidas a semánticas externas (como la *dignidad humana* o *derechos fundamentales*) las cuales obstarían insubsanablemente a la legitimidad de una construcción de esta naturaleza (y que han sido las bases argumentativas de mayor peso a la hora de criticar la concepción de JAKOBS).

⁷⁶ Citado por *Ídem.*, nota al pie n° 862, p. 234.

⁷⁷ *Ibidem.*

opera como tal, a pesar de que se busque restringir la estructura de *Hostis* a “malhechores archimalvados”, pasando este *Hostis* a ser la excepción del concepto de “persona”, es decir, al definir “persona” tendremos presente la exclusión de este concepto de aquellos que identifiquemos como *Hostis*, es decir, con exclusión de la estructura de “enemigo”.⁷⁸

Luego, Piña utiliza un argumento en pos del DPE basándose en su potencialidad. Así sostiene que “cualquier afirmación que cuestione que el llamado DPE pueda formar parte conceptualmente del derecho penal, debe considerar que ello es una pregunta que tiene sentido en este momento pero que es posible que en un futuro deba contestarse con un sí rotundo. La presencia de su lógica, si bien aislada, no será posible de mantener en una ‘cuarentena’ permanente pues ya en los episodios en los que aparece reconfigura estructuras del sistema jurídico-penal”.⁷⁹ Acto seguido, lanza el siguiente pronóstico: “Si el DPE es un derecho penal de autor y no del hecho, quiere decir que nuestro derecho penal está reconfigurando sus estructuras de imputación al autor (aunque recién asistamos al comienzo de dicho proceso)”.⁸⁰ Este proceso en génesis, tiene claro eso sí el lugar y rol que le corresponde a aquel que es catalogado como enemigo. Estos enemigos, a la luz de la tesis del DPE, son pura

⁷⁸ *Ídem.*, p. 234.

⁷⁹ *Ídem.*, pp. 234 y 235.

⁸⁰ Señala PIÑA (2010) p. 235 que “[a] mayor abundamiento, cuando se denuncia que la cualidad de persona, en cuanto “atribución” corresponde a todos los seres humanos en virtud de su condición humana y que no puede haber “exclusión” sin ruptura del sistema, parece no repararse en que la propia cualidad de persona es la que se está reconfigurando “incorporando la exclusión”. Más que ruptura del sistema, hay que temer a su reconfiguración sobre la base de nuevos conceptos de enemigo y persona.

"contingencia⁸¹ generadora de riesgo⁸²", por cuanto no ofrecen las garantías mínimas de seguridad cognitiva en relación a su comportamiento personal.⁸³

Ahora bien, en lo que dice relación a la categorización empleada por Jakobs para referirse a los enemigos como "no-personas", señala que no puede tomarse tan a la ligera esta afirmación, por cuanto a través de dicho concepto se permite reconfigurar el concepto de "persona", incorporando la "exclusión", cambiando para siempre lo que hemos venido entendiendo por "nuestro garantista y buen derecho penal liberal".⁸⁴ Luego, Piña invierte el argumento utilizado por los críticos del DPE, en cuanto a que éste debe concebirse fuera de los márgenes del derecho penal ordinario, por cuanto

⁸¹ *Ibidem.*, indica que "[l]a contingencia significa algo que puede o no ser. En el caso de la actividad humana, este problema está ligado al de la voluntad y la capacidad de negación. La eterna pregunta de la sociología, ¿cómo es posible la sociedad?, está íntimamente ligada al problema de la contingencia y a mecanismos tales como normas, valores, socialización, etc., cuyo objetivo central es el de reducirla (...) La contingencia es propiedad de los sistemas y está en relación con la gama de posibilidades de acción de que ellos disponen. El problema de la contingencia se encuentra, virtualmente, siempre presente cuando está dado un sistema psíquico que experimenta sus posibilidades de acción y la necesidad de actuar selectivamente con ellas (...) Luhmann toma el concepto de contingencia de Santo Tomás, para quien contingente es algo no necesario ni imposible. Remite, por consiguiente, a la impredecibilidad del comportamiento humano, es decir, a la experiencia que todo puede también ser distinto a lo esperado (...) Un hecho es contingente cuando es visto como selección entre otras posibilidades, las que, a pesar de la selección, de alguna forma permanecen en cuanto posibilidades". LUHMANN citado por RODRÍGUEZ y ARNOLD (2007) pp. 103 y 104, "[c]ontingente es aquello que no es ni necesario ni imposible; es decir, aquello que puede ser como es (fue, será), pero que también puede ser de otro modo. El concepto designa, por lo tanto, lo dado (experimentado, esperado, pensado, imaginado) a la luz de un posible estafo diferente; designa objetos en un horizonte de cambios posibles. Presupone el mundo dado, es decir, no designa lo posible en sí, sino aquello que, visto desde la realidad, puede ser de otra manera". Cfr. LUHMANN (1998a) pp. 115 y 116.

⁸² LUHMANN (1998b) p. 163 señala que "[e]l concepto de riesgo se refiere a la posibilidad de daños futuros debido a decisiones particulares que se toman en el presente (decisiones que son tomadas sin tener conciencia de lo que sucederá en el porvenir), por consiguiente, es una forma para realizar descripciones presentes del futuro desde el punto de vista de que uno puede decidirse, en atención a los riesgos, por una alternativa u otra".

⁸³ PIÑA (2010) p. 235, siguiendo a Jakobs, señala que "su comportamiento (el de los enemigos) ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad. Desde el momento que se les define en términos de posibilidades cognitivas, se les ha excluido de la cobertura normativa de 'persona' tal como se hace con un animal fiero o con un rayo. Desde ese momento cobra sentido y coherencia no adscribirle el estatus de persona, tal como no se incorporan en él a los animales o a los eventos de la naturaleza. Contra ellos no se re-estabilizan normas sino que se neutraliza la fuente de riesgos. El DPE es al enemigo lo que la jaula al tigre de Bengala o el pararrayos a la tormenta: pura neutralización".

⁸⁴ *Ibidem.*

de la constatación que se haga de cada aplicación de esta lucha contra los enemigos, tenemos que asumir, que lejos de estructurarse fuera de los límites del derecho penal, el DPE se consolida día a día como parte integrante de este proceso de reconfiguración de las fronteras del derecho penal (formando parte del mismo, y legitimándose como tal).⁸⁵ Concluye Juan Ignacio Piña que entonces el DPE primeramente no es un derecho penal que sea excepcional, y en segundo término, tampoco es un derecho dirigido a no-personas. Estas premisas deben ser dejadas de lado, por cuanto el enfoque principal no debe estar en los aspectos del DPE, ya que este si se ve la práctica cada día recibe mayor aplicación, por lo que es útil plantearse el hecho de que es el derecho penal “ordinario” el que ha cambiado, y dentro de esto, el concepto de persona ya no puede entenderse de la misma manera en la cual se la ha venido concibiendo, “*si esto es deseable o no ya no es un asunto jurídico, sino de orden político (y la política no parece estar mayormente alarmada por esto). De este modo, el rechazo visceral del DPE por la mayoría de la doctrina no surte ningún efecto ni es capaz a estas alturas de controlar su consolidación silenciosa en el plano de las estructuras de imputación*”.⁸⁶

B) MARIO SCHILLING FUENZALIDA

Schilling desarrolla su tesis a lo largo de su obra *El nuevo Derecho Penal del Enemigo*.⁸⁷ Sostiene, ante la abundante y copiosa crítica que ha surgido en torno a la construcción teórica de Jakobs, que la expresión DPE “*no es una expresión diabólica del Estado autoritario como se la pretendido pintar. Respeta el ordenamiento jurídico, es acorde con el respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho. Tal vez si Jakobs no hubiera utilizado las distinciones de ‘persona y no-persona’; y la expresión ‘enemigo’, sus ideas no habrían provocado la ira internacional de los académicos*”.⁸⁸ Luego, nos presenta cuáles serían los fundamentos filosóficos del DPE, sintetizando los mismos en ocho premisas, a saber: “*El derecho penal del ciudadano y el DPE se yuxtaponen como dos tendencias de un mismo derecho penal; El DPE es indicativo de una pacificación insuficiente tanto de los pacificadores como de los rebeldes; El DPE es, en todo caso, Derecho y no mera violencia estatal punitiva; En el*

⁸⁵ Se señala en *Ídem.*, p. 236 “[c]ada vez que se toman en cuenta consideraciones excluyentes en el ámbito del Derecho penal sustantivo, del Derecho procesal penal o incluso del Derecho penitenciario, es el propio sistema el que refuerza la selección, consolidando la estructura ‘enemigo’ y reconfigurando todas las demás que tienen relación con él (desde el iter criminis hasta la proporcionalidad; desde las reglas probatorias hasta las privaciones de libertad durante los procesos judiciales; desde las normas de ejecución penitenciaria hasta la entronización de la dispersión de presos)”.

⁸⁶ PIÑA (2010) p. 236.

⁸⁷ SCHILLING (2010).

⁸⁸ *Ídem.*, p. 190.

*DPE se procede con medidas de seguridad más que penas. Se lucha contra un peligro, en lugar de comunicación; El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico; Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo como tal, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; No todo delincuente es un enemigo; Los enemigos no son personas”.*⁸⁹ Schilling a partir de esta premisas –tomadas del planteamiento de Jakobs– busca la conexión de las mismas con el principio de responsabilidad desarrollado por Hans Jonas, intentando en definitiva (re)construir una tesis que permita legitimar el DPE desde la ética del Estado “en su rol de garante de la paz y seguridad individual de las personas”⁹⁰, y con especial énfasis en la prognosis de responsabilidad estatal en relación con las futuras generaciones. Aquí, sostiene Schilling, el riesgo ya no vendría dado por los avances tecnológicos, en los términos de una sociedad del riesgo en la nomenclatura de Ulrich Beck⁹¹, sino derechamente que el mismo provendría de una fuente social (no tecnológica) como lo sería la criminalidad contemporánea, lo cual redundaría en una reformulación del concepto de DPE desde una “dimensión ético-política”.⁹²

Para justificar el puente argumentativo entre la tesis de Jakobs y los postulados de Hans Jonas, Schilling hace un recorrido por los principales aspectos sostenidos por este último en su obra *El Principio de Responsabilidad. Ensayo para una ética en la civilización tecnológica*. A grandes rasgos, Schilling al citar a Jonas sostiene que éste encamina su ética “principalmente al peligro de destrucción de la vida humana ante el avance técnico, su preocupación no se asocia a los desarrollos sociales ni menos aún al avance progresivo de la delincuencia, por peligrosa que ésta sea”.⁹³ Constatado los énfasis de la ética jonasiana, en el sentido de circunscribirse a los riesgos asociados a la naturaleza (catástrofes) y a los avances tecnológicos que puedan redundar en la desaparición de la humanidad, Schilling da un paso más allá y da a la tesis de Jonas un carácter de legitimador del DPE. Basa este nexo legitimador en una cierta “analogía” que permitiría aplicar al DPE los principios de la ética de la responsabilidad de Jonas, así como los postulados de la heurística del miedo de dicho autor. Las diferencias que pueden apreciarse en la preocupación

⁸⁹ *Ídem.*, pp. 63 y 64.

⁹⁰ Esta reformulación que propone Schilling toma como cimiento los aportes de Hans Jonas en relación a la responsabilidad y la heurística del temor, *Cfr.* JONAS (1995).

⁹¹ *Vid.* BECK (1998).

⁹² *Vid.* SCHILLING (2010) pp. 151 – 184.

⁹³ *Ídem.*, p. 165.

genuina de Jonas –desastres naturales y avances tecnológicos– y lo que Schilling pretende –solución a problemas sociales asociados a la criminalidad “*peligrosa, organizada, contumaz e incorregible*”– serían más que nada de escalas, por cuanto “*la preocupación de Jonas es la humanidad en cuanto a la vulneración de su derecho máspreciado: la vida y su continuidad como tal*”, lo cual Schilling plasma en un “*derecho a la seguridad de la humanidad y sus generaciones venideras*”.⁹⁴

Entonces el vínculo estaría dado por esta preocupación común: el devenir de la humanidad. La especificación dada por Schilling en la construcción de su ética legitimadora estaría entonces en que esta preocupación por el futuro de la humanidad estaría circunscrita a su seguridad, entendiendo la misma como un derecho humano universal e inalienable.⁹⁵ En este contexto, los “enemigos” para Schilling serían aquellos que logran situarse en una posición tal que mediante sus conductas puedan llegar a “*socavar las estructuras mismas sobre las que descansa el Estado de Derecho*”⁹⁶, tornando a dicho Estado en inoperante y con respuestas ineficaces en relación a las pretensiones sociales de seguridad, las cuales surgirían como una necesidad ante la vulnerabilidad a la cual se vería expuesta la sociedad ante la “*intervención tecnológica del criminal incorregible y peligroso*”. Con ello vemos como en la construcción del concepto de enemigo enarbolada por Schilling (en base a la construcción de Jakobs) existe un alto componente de (potencial) peligrosidad.

Luego, Schilling, echando mano a los derechos humanos, busca reforzar su construcción en el sentido de que tanto la paz como la seguridad se presentan como derechos esenciales en el contexto de una vida en sociedad, y que como tales requieren de una respuesta estatal eficiente a la hora de protegerlos. Así, la respuesta que se deba dar al accionar de “*criminales peligrosos e incorregibles*”⁹⁷ que perturben y/o impidan el ejercicio de tales

⁹⁴ Ídem., pp. 165 y 166.

⁹⁵ SCHILLING (2010) p. 166 señala que “[e]n ciertos extremos como el terrorismo y el uso de armas de destrucción masiva ambas éticas son equivalentes. Jonas desarrolla la heurística del temor ante la vulnerabilidad de la naturaleza sometida a la intervención tecnológica del hombre; nosotros en tanto la aplicaremos a la vulnerabilidad de la sociedad sometida a la intervención tecnológica del criminal incorregible y peligroso que se manifiesta en las formas descritas por Jakobs. Jonas teme a la guerra total y biológicamente devastadora; nosotros tememos al conflicto social moralmente devastador, generado por grupos altamente peligrosos para la seguridad de los ciudadanos. El objeto de responsabilidad humana en Jonas es la naturaleza y, por supuesto, comprendida en ésta el ser humano; nosotros extenderemos esa responsabilidad humana a la paz social. Para Jonas una responsabilidad de la política es atender a que siga siendo posible la política futura”.

⁹⁶ Ídem., p. 167.

⁹⁷ Ídem., p. 168.

derechos, puede plantearse en dos momentos: uno inmediato y otro remoto. En un tiempo inmediato, reconoce Schilling, que no habría una respuesta satisfactoria para repeler tales conductas, es más, el propio DPE resultaría estéril ante ataques de esta índole⁹⁸, por lo que el énfasis debería estar puesto en la respuesta remota que pueda dar el Estado ante conductas provenientes de estos enemigos, por cuanto *"se puede esperar que con la aplicación constante de instrumentos jurídicos más eficientes, las futuras generaciones disfruten de la cosecha, cuya siembra se realizó basada en el principio de responsabilidad (del Estado punitivo)"*.⁹⁹

Para que se pueda llegar al resultado de brindar seguridad y paz a las futuras generaciones, Schilling toma las premisas de Jonas y las reformula contextualizándolas en el problema de la delincuencia. El imperativo jonasiano utilizado correspondería al siguiente: *"obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra"*, o, expresado negativamente, *"Obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de esa vida"*.¹⁰⁰ Luego, concluye Schilling que tales imperativos son completamente aplicables en la fundamentación de un DPE e incluso de otro instrumento jurídico más eficaz para la reducción de la delincuencia, reformulando su enunciación en fórmulas en clave positiva: *"obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténticamente segura en la Tierra"*¹⁰¹, o, en clave negativa: *"No pongas en peligro las condiciones de seguridad de la humanidad en la Tierra"*.¹⁰² De estos imperativos,

⁹⁸ SCHILLING (2010) pp. 168 y 169 señala que *"La limitación a la proximidad espacial y a la contemporaneidad ha desaparecido arrastrada por el ensanchamiento espacial y la dilatación temporal para fines cercanos. Su irreversibilidad, asociada a su concentración, introduce un factor novedoso en la ecuación moral. A esto se añade su carácter acumulativo: sus efectos se suman, de tal modo que la situación para el obrar y el ser posteriores ya no es la misma que para el agente inicial, sino que es progresivamente diferente de aquella y es cada vez más el producto de lo que ya fue hecho. Esto se demuestra en la acción disvalórica del narcotráfico que, al generar un número superior de adictos va aumentando a su vez, los efectos colaterales, con delincuencia violenta contra las personas y sus propiedades, con la corrupción de los agentes del Estado, con la delincuencia económica para evadir el control. Más acumulativos son los daños creados al interior de la sociedad mediante ataques terroristas sistemáticos, por ejemplo, en los países del Medio Oriente. Para qué mencionar la red inteligente de pederastas asociados por las comunicaciones avanzadas, gracias a la técnica contemporánea. La 'nueva acción de la delincuencia' usa la técnica, y todo el poder de la técnica, convirtiéndose la acción criminal en una acción acumulativa"*.

⁹⁹ *Ídem.*, p. 168.

¹⁰⁰ JONAS (1995) p. 40.

¹⁰¹ SCHILLING (2010) p. 171.

¹⁰² *Ibidem.*, aclara que para evitar malos entendidos con la tesis de Jonas, que *"debemos atender a que la diferencia entre la ética jonasiana original y la ética que buscamos se*

extrae Schilling la conclusión de que hay que combatir a un enemigo. ¿Quién sería este enemigo? Sería aquel que pone en entredicho, aquel que viola el contenido del imperativo. Esto Jonas no lo señala de manera expresa, pero, de manera tácita podríamos entender que Jonas “*nos refiere a un enemigo al cual combatir*”¹⁰³, y que en la tesis de Schilling correspondería al “*que obra de tal modo que los efectos de su acción son destructivos para la futura posibilidad de una vida humana auténtica en la tierra*”.¹⁰⁴ Estos que obran de esta manera son los que merecen ser catalogados como “*enemigos de la humanidad*”.¹⁰⁵ Esta constatación de quiénes serían los “*enemigos*” conlleva de plano la necesidad de un actuar de parte del Estado en relación con ellos en un nivel de “*políticas punitivas que sean más efectivas y más severas*”.¹⁰⁶ Este actuar estatal se justificaría siempre en el entendido que se está protegiendo un futuro, un porvenir en el cual la paz y la seguridad son los pilares esenciales para un pleno desarrollo social, y en definitiva, tomados como derechos que reclaman una protección estatal acorde a su condición de esenciales.¹⁰⁷

Junto con el principio de responsabilidad desarrollado por Jonas, Schilling utiliza otra de las concepciones del autor alemán, a saber, la heurística del temor. Jonas entiende por tal a un mecanismo que busca anticiparse y prevenir catástrofes naturales, así como el minimizar el riesgo de desaparición de la vida humana. En este camino, conjugado con la responsabilidad que esta tarea conlleva, se adquiere conciencia de lo que está realmente en juego: la continuidad de la humanidad. Esta toma de conciencia va de la mano con el temor asociado a la no consecución de dicho objetivo, el temor a la destrucción del entorno y de la vida humana de manera consecuencial, resultado que se presenta del todo irreversible. Esto –el temor– no debe implicar una inmovilización de parte de quien la experimente, sino que por el contrario, en base a la responsabilidad que la labor arriba destacada conlleva, debe constituir un

encuentra no sólo en la escala de valores (cuya cúspide de ésta –la vida– en Jonas y –la seguridad– en un Derecho Penal más efectivo) sino además que dichos imperativos corresponderían, más bien, a ser aplicados principalmente por los agentes del Estado punitivo que participan en forma directa en la lucha contra la delincuencia”.

¹⁰³ *Ibidem.*

¹⁰⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁵ Señala *Ibidem.* que estos enemigos en concepto de SCHILLING, serían aquellos que no “*incluyen en su elección presente ni en el objeto de su querer, la futura integridad del hombre*”, por tal razón no queda otra alternativa que tratarlos como enemigos.

¹⁰⁶ *Ídem.*, p. 172.

¹⁰⁷ SCHILLING (2010) p. 173, señala que “*Conocemos plenamente el daño y la inseguridad, por no decir el miedo, que nos provoca las infinitas variedades del delincuente que acecha la sociedad, en sus diversas manifestaciones: el terrorista, el capo de la mafia, el asesino, el pederasta, el narcotraficante, el asaltante, el violador, el estafador, el ladrón, sin que podamos conocer la naturaleza ni la cura definitiva que nos conduzca a la paz y la seguridad comunitaria*”.

acicate a la hora de intentar tal finalidad. *"Solamente la prevista desfiguración del hombre nos ayuda a forjarnos la idea de hombre que ha de ser preservada de tal desfiguración; y necesitamos que ese concepto se vea amenazado –con formas muy concretas de amenaza– para, ante el espanto que tal cosa nos produce, afianzar una imagen verdadera del hombre"*.¹⁰⁸ Entonces, desde esta perspectiva ética, resulta más eficiente cuestionarse desde una perspectiva negativa en relación al porvenir, es decir, no preguntarse acerca de qué es lo que se quiere en relación al futuro, sino más bien indagar en torno a qué es lo que no queremos que ocurra el día de mañana.

Esta es la metodología presentada por Jonas para afrontar el reto de conservación de la humanidad ante los riesgos ecológicos y del desarrollo tecnológico. Schilling toma esta argumentación y la traduce al plano de la criminalidad en el sentido de que debemos plantearnos en la posición de que *"no queremos que el crimen adquiera mayor poder incluso a límites de penetrar el Estado democrático corrompiendo a sus agentes, o que siga creciendo a tasas y nivel de organización, que las futuras generaciones se encuentren con una sociedad aún más insegura que la actual y con un Estado incapaz de protegerlos. Con normas vacías cuyo Derecho Penal sea más bien un inventario de conductas contrarias a los valores de la sociedad antes que un instrumento jurídico que resuelva el conflicto penal de las sociedades democráticas (...) y precisamente el temor a que la acción destructiva y acumulativa de la delincuencia siga progresando es lo que nos sugiere a valorar la seguridad no sólo como bien jurídico sino también como bien moral altamente apreciado"*.¹⁰⁹ ¿Qué rol juega el Estado en esta cruzada de sobrevivencia? Schilling entiende que el rol estatal es crucial para efectos de alcanzar esta seguridad ciudadana. Este papel constituye un *"deber inexcusable"*¹¹⁰ para el Estado que debe responder de la manera más enérgica posible ante esta responsabilidad, para evitar así *"los efectos remotos de la acción destructiva y acumulativa del crimen contemporáneo"*.¹¹¹

Finalmente Schilling hace la constatación de que en la práctica el DPE existe, viendo en él la mejor solución disponible para enfrentar el reto de entregar seguridad y paz social a los ciudadanos en un futuro¹¹², en palabras

¹⁰⁸ JONAS (1995) p. 65.

¹⁰⁹ SCHILLING (2010) p. 174.

¹¹⁰ *Ídem.*, p. 175.

¹¹¹ *Ídem.*, pp. 174 y 175, señala que *"Anticipemos la representación de este mal: terroristas y narcotraficantes más ricos que pueden adquirir todo tipo de armas, incluso de destrucción masiva; pederastas y violadores en serie con un mayor poder tecnológico de comunicación y rastreo de niños y víctimas sexuales; criminales reincidentes con un mayor conocimiento de las técnicas policiales y del Derecho para vulnerar su control"*.

¹¹² *Ídem.*, p. 177, señala que *"El Derecho Penal del Enemigo es una herramienta jurídica que nos permite derechamente evitar un mal supremo. Al menos su razón de ser apunta a*

de este autor, esta “*faceta del derecho penal*” constituiría “*un modo de expresión más apasionado de nuestro deseo social de vivir en paz*”¹¹³, por lo que en caso de que el Estado no adopte las medidas de técnica legislativa, o bien las adopte con una menor intensidad que la requerida, esta omisión o falencia tendrán como consecuencia necesaria efectos a nivel de integridad física y psicológica de las personas, por cuanto permitirían un desarrollo de la criminalidad asociada a estas esferas de protección, implicando en último término una erosión de “*la integridad moral del Estado*”¹¹⁴, lo que denotaría un actuar irresponsable por parte del Estado, al no haber dispuesto de todos los medios disponibles para salvaguardar el derecho a la seguridad personal de cada uno de los ciudadanos. Schilling sostiene que el Estado para combatir a aquella delincuencia asociada a delincuentes no posibles de rehabilitar¹¹⁵, debe utilizar como medio al DPE en términos de Jakobs, por cuanto constituye la principal “*herramienta jurídica para evitar un mal supremo*”.¹¹⁶

Así, de la síntesis realizada por Schilling respecto de lo sostenido por Jakobs en torno al DPE, podemos destacar el hecho de que en la primera de las premisas por él apuntadas, en lo que dice relación a la existencia y ubicación de dicha tendencia, nos señala que es necesario que ésta coexista con el derecho penal como una manifestación del mismo. DPE y derecho penal del ciudadano vendrían a ser parte integrante del derecho penal, donde ambos cumplirían fines distintos, uno aplicado a quienes hayan cometido un error, mediante la aplicación de una pena a su respecto, y el otro, aplicado a los enemigos¹¹⁷, a través de la respectiva medida de seguridad acorde a su peligrosidad.¹¹⁸ La

luchar contra el mal en la sociedad”.

¹¹³ Ídem., p. 175.

¹¹⁴ Ídem., p. 176.

¹¹⁵ Indica Ídem., p. 186 que “[c]ontra ellos, nada funciona más que un Derecho Penal más severo que restrinja su acción destructiva y acumulativa”.

¹¹⁶ Ídem., p. 177.

¹¹⁷ Ídem., p. 189 señala que enemigos serían todos aquellos que no prestan una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, por lo que el Estado debe tratarlos de manera diferenciada (no pueden ser tratados como ciudadanos), ya que de lo contrario se estaría afectando el derecho a la seguridad de las demás personas. “*No todos los delincuentes son enemigos, sino un número muy restringido de ellos. (Jakobs) Concentra su atención en los narcotraficantes, terroristas, criminales sexuales habituales, entre otros. Lo básico es la peligrosidad del individuo y lo que se intenta es neutralizar su acción hacia el futuro, en definitiva, proteger el derecho a la seguridad individual, propia de las personas*”.

¹¹⁸ Señala Ídem., p. 188 que “[e]n el Derecho Penal del Enemigo se procede con medidas de seguridad más que penas. Se lucha contra un peligro, en lugar de comunicación”. *Lo que se aplica al individuo peligroso contra el cual se procede a través de una medida de seguridad y no mediante una pena; se orienta básicamente a que el sujeto peligroso no vuelva a cometer hechos en el futuro. Por eso dice Jakobs se lucha contra un peligro en*

consecuencia de la técnica empleada por los delincuentes habituales, asociados a una peligrosidad mayor en comparación con el delincuente común, ha sido la transformación del "*derecho penal tradicional como un mecanismo insuficiente para neutralizarlos*".¹¹⁹

II. TOMA DE POSTURA EN TORNO A LA LEGITIMIDAD DEL DPE

Hemos intentado plasmar, a lo largo de este trabajo, una visión general de lo que en doctrina se ha llamado el DPE, haciendo un repaso por los postulados realizados por Günther Jakobs¹²⁰, para luego efectuar una aproximación a lo sostenido por diversos autores que se han mostrado partidarios de dicha tesis, buscando una legitimación desde diversas veredas. Así, vimos los planteamientos de Piña Rochefort y Schilling Fuenzalida. Como contrapartida se expuso la visión de otros autores que han planteado fuertes críticas a dicha postura –Cancio Meliá y Schünemann– para de esa forma tener una idea más extensa de los alcances de esta "categoría" del derecho planteada por Jakobs. De esta manera, creemos que lo relevante de este recorrido viene dado por conocer en qué consiste y qué aspectos caracterizan a esta concepción del derecho penal que se enfrenta a "enemigos" (individuos que no prestan seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, negándose a entrar en una constitución ciudadana), entendida como una forma certera y eficaz de enfrentar y abordar el peligro a la sociedad actual que representan las conductas por ellos realizadas. Por lo anterior, más allá de compartir o no en términos teóricos la propuesta realizada por Jakobs, en torno al tratamiento que debe dar el Estado a aquellos sujetos que no respondan a los caracteres de ciudadano en cuanto realicen conductas atentatorias contra la seguridad del resto de la sociedad, la utilidad de tomar en cuenta tales alcances está dada por la constatación de que los mismos pueden ser encontrados en nuestra realidad legislativa. Más allá de la etiqueta que pueda dársele a este fenómeno, es evidente que estamos hoy en día, cada vez con mayor frecuencia, siendo testigos de la creación de leyes en sede penal que se alejan cada vez más de los principios clásicos del derecho penal, los cuales se han tornado en la excepción dentro de esta técnica legislativa de lucha contra enemigos. Es esta constatación-advertencia la que nosotros destacamos de los planteamientos realizados por Jakobs, tal

lugar de comunicación. Esta es una de las distinciones básicas entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano".

¹¹⁹ *Ídem.*, p. 187.

¹²⁰ Recordar que esta postura de JAKOBS puede apreciarse respecto de la misma una evolución, siendo esencial en dicho desarrollo la intervención en el Congreso realizado en Berlín el año 1999, donde tal como señala Cornelius PRITTWITZ, "*Jakobs no sólo constató la presencia del Derecho penal del enemigo en el Derecho penal alemán, sino que justificó su existencia*". Citado por DEMETRIO (2006) nota el pie n° 63, p. 491.

como señala Eduardo Demetrio Crespo, este planteamiento “*ha contribuido a una crítica y revisión general todavía incipientes del derecho penal actual, sus tendencias, y tópicos argumentativos*”¹²¹, lo cual nos debería permitir responder –en un acto de honestidad– la interrogante en torno a si nuestra legislación penal especial está más cerca de los estándares liberales del derecho penal o bien responden, estas nuevas leyes penales, a las necesidades de combatir con rigor punitivo a los enemigos sociales.

Ahora bien, luego de sintetizado el recorrido del presente trabajo, y sin perjuicio de las constataciones allí realizadas, queremos abordar a manera de conclusión, cuál es nuestra postura en torno a la legitimidad del DPE. Para asumir esta pregunta, en primer término podemos señalar que desde la perspectiva funcionalista de Jakobs y sus seguidores, se intenta justificar la incorporación del concepto de enemigo como parte integrante del derecho penal, señalando que estaría operando en la práctica una reconfiguración del concepto de persona, y consecuentemente, una restructuración de lo que debemos entender por derecho penal. Esto se basa en una visión netamente descriptiva del fenómeno, constatando su existencia, y por ende, se busca a partir de allí construir las bases de su justificación, incurriendo derechamente en una falacia valorativa o naturalista.¹²² Más allá de discutir o no la lógica sistémica de reconfiguración de la estructura “persona” a partir de la estructura “enemigo”, debemos partir de la premisa que el derecho penal está dirigido a seres humanos. Ello nos permite plantear que el hecho de que se pueda constatar la presencia de manifestaciones de este DPE en la práctica legislativa no habilita en lo absoluto a sostener que dichas expresiones sean o deban ser consideradas parte del derecho penal. Luego, a nuestro juicio, se requerirá algo más que la mera descripción de la existencia de tales legislaciones de lucha como para sostener que ellas puedan ser consideradas parte de un derecho penal en el marco de un Estado de Derecho. Aquí, siguiendo las prevenciones hechas por Kindhäuser, más que un derecho penal de corte liberal, estamos ante manifestaciones que son más cercanas a un derecho de policía, un Derecho en el cual se parte de la base de lo que se pretende combatir son peligros –encarnados en este caso en la imagen de enemigos– más que hechos que afecten determinados bienes jurídicos. Nadie puede desconocer la necesidad de tipificar y sancionar de manera efectiva la creciente criminalidad que surge en ámbitos de organizaciones criminales, como lo son

¹²¹ *Ídem.*, p. 507.

¹²² Se señala *Ídem.*, p. 506 que “[d]esde el punto de vista metodológico esta ‘teoría’ deduce consecuencias normativas de supuestas consideraciones descriptivas sin justificar el ‘salto’ del ser al ‘deber ser’. O mejor, justificándolo de forma errónea, en la medida en que la validez no puede hacerse derivar de la eficacia. Por el contrario el modelo de Derecho penal del Estado de Derecho encuentra el vínculo entre el ‘ser’ con su ‘deber ser’ a partir del aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento jurídico”.

el narcotráfico, el terrorismo y/o delitos sexuales, tal como han destacado la mayoría de los autores que han realizado estudios en esta materia. Ahora bien, si aceptamos esta necesidad de una mayor represión en este tipo de delitos, con las consecuencias que ello conlleva también a nivel procesal penal –con el aligeramiento de determinadas garantías– esta tolerancia no puede ser en ningún caso absoluta en el sentido que implique sin más el desconocimiento del núcleo duro que está en la base del derecho penal (aquel dirigido a los ciudadanos, tomando para ello la diferenciación de Jakobs). El respeto de tales garantías y derechos –con reconocimiento constitucional y a nivel de tratados internacionales sobre derechos humanos– y la consecuencial dignidad humana, nunca deben ser dejados de lado, y constituyen como tales la piedra de tope para el ejercicio del *ius puniendi*. No compartimos en lo absoluto lo apuntado por Piña Rochefort entre nosotros, en el sentido de que esta problemática no dice relación con la dignidad humana ni menos con los derechos fundamentales, por cuanto sólo se trataría de un problema de reconfiguración de estructuras (de enemigo a persona) y que la noción de persona no debe ser cosificada, por cuanto ella apuntaría únicamente al rol que le corresponde realizar socialmente a cada individuo. Así, quien decide no realizar aquel rol, asumiendo una posición de *Hostis*, debe aceptar en consecuencia ser catalogado bajo el rótulo de enemigo (porque ese es el rol que decidió desarrollar) y aceptar las consecuencias de dicho actuar, que no es otra cosa que la aplicación a su respecto de un derecho penal especialmente diseñado para tales estructuras: El DPE. No compartimos esto, por cuanto, tal como hemos venido señalando, esta problemática no es algo que deba ser resuelto a nivel de coherencia de sistemas, tampoco a si existe una reconfiguración de la estructura del concepto de persona, ni menos qué rol cumplirá la estructura de enemigo en el sistema social.

La cuestión crucial a nuestro criterio radica en la demarcación irrestricta de que el derecho penal debe estar dirigido única y exclusivamente a personas/ciudadanos titulares de derechos y garantías, y que se encuentren en una posición tal que puedan ejercer los mismos tanto a nivel procesal, ya sea a nivel netamente penal, incluso en estadios de cumplimiento de penas, esto es, en sede penitenciaria. Parafraseando aquí a Schünemann, el asumir que debemos aceptar, y legitimar, un DPE, implica a *contrario sensu* asumir que en la otra cara de la moneda existe un derecho penal dirigido a “amigos”, que queremos reflejar con esto, que la antinomia entre ciudadano/persona versus enemigos es impropia.¹²³ Esto queda demostrado incluso con las posteriores explicaciones que el propio Jakobs y sus seguidores han explicitado en torno

¹²³ En este sentido, bien gráfico resulta lo planteado por Cancio Meliá, quien entiende que la expresión “derecho penal del ciudadano” es un pleonismo, mientras que la de “derecho penal del enemigo” sería una *contradictio in adjecto*. Citado por DEMETRIO (2006) nota al pie n° 124, p. 507.

a que se presentaría un fenómeno de “despersonalización parcial” cada vez que nos veamos enfrentados ante un individuo que realice aquellas conductas dignas de ser catalogadas bajo los alcances de este concepto de DPE. Entonces, se asume desde dicha constatación de despersonalización parcial, que incluso el enemigo mantiene aspectos inherentes a su condición de persona (no pierde todas las características que rodean tal estructura, en términos funcionalista-sistémicos). Ello viene a demostrar la inconsistencia de aquella tesis en este punto –semántico si se quiere– pero cuya aceptación conlleva asumir todas las consecuencias penales y procesales penales que se destacan como partes integrantes –y copulativas– de esta manifestación de lucha contra el enemigo. Visto desde otra perspectiva, si se asume que el enemigo no pierde todas las aptitudes inherentes a la estructura de persona, entonces resulta altamente caprichoso el hecho de entender que su rol es sin más el de enemigo, olvidando este núcleo de persona que no se pierde incluso bajo el desenvolvimiento en el rol de enemigo, es decir, perfectamente se puede sostener que aquel “enemigo” sigue siendo “persona”, de lo contrario, habría que aceptar que la condición de persona, en los parámetros de este constructo, se definiría en base a la posesión de determinados porcentajes de aptitudes y condiciones que se prediquen de la misma, y que sean constatables en quién esté en tela de juicio por la realización de determinadas conductas catalogadas como delito.

Surge de inmediato la interrogante en torno a quién define hasta qué punto se es persona, y desde qué otro se pasa a ser enemigo.¹²⁴ Podría asumirse una respuesta y establecerse una certeza al respecto, pero jamás podrá obviarse el hecho –reconocido incluso por el propio Jakobs– de que aquel que sea catalogado como enemigo –en este proceso caprichoso– siempre mantiene aspectos propios e inherentes a una persona.¹²⁵ Ahora bien, ¿cuándo nace este enemigo? el surgimiento de este “enemigo” se constata *ex post facto* al momento de dar aplicación a esta supuesta manifestación del derecho penal, porque tal como sostiene Núñez, se “*construye la categoría de no persona a partir de la violación del derecho penal de los ciudadanos (personas), y, para*

¹²⁴ NÚÑEZ (2009) p. 401 señala que “*el derecho penal de enemigo se termina aplicando a ciudadanos cuya condición se ve degradada por una decisión, normalmente judicial o administrativa – y por tanto no necesariamente representativa de la voluntad popular – de someterlos a tal estatuto. Es una decisión judicial, ni siquiera legal, la que define que seres humanos, y cuáles no, son dignos*”.

¹²⁵ Señala DEMETRIO (2006) p. 494 que “*Buena muestra de ello es, por otra parte, desde la perspectiva procesal, que la decisión acerca de quién es enemigo se toma a priori, es decir, sin que el individuo sepa de qué se le acusa, y sin gozar de ningún derecho, de lo que Guantánamo es el ejemplo tristemente paradigmático e insólito en el “mundo civilizado”*”. También destacar lo que ocurre a nivel de garantías procesales, sobre todo lo que acontece con la presunción de inocencia, la cual se ve absolutamente desplazada en los márgenes del derecho penal del enemigo, en este sentido, *vid.* GRACIA (2006) p. 1058.

infringir el derecho penal de ciudadanos, se debe ser ciudadano y persona. Por lo tanto, el derecho penal de enemigo no tiene destinatarios reales, empíricos, sino que son creados por medio de la aplicación de este derecho penal, no antes".¹²⁶ Justificar lo contrario implica *per se* asumir una segmentación de los miembros de la sociedad, limitando en base a ello el acceso a determinados bienes y ejercicio de derechos y garantías fundamentales.¹²⁷

En este mismo sentido, podemos también plantear una visión de rechazo a la tesis de Mario Schilling, por cuanto la entendemos como una propuesta que en su esencia responde a parámetros netamente antiliberales, por cuanto se presenta como una tesis que aboga por una cesión de garantías individuales en pos de una mayor seguridad de la sociedad, dando por hecho que el resultado de esta disminución de garantías y derechos por parte del Estado redundaría automáticamente en una mayor seguridad y paz social.¹²⁸ Esto es del todo conflictivo de asumir, por cuanto, siguiendo en este punto a Demetrio Crespo, si estamos en la convicción de lo que está detrás del ejercicio de fuerza estatal es la protección de "*bienes jurídicos, bajo la consideración de que cualquier ciudadano puede en un momento dado delinquir, la idea de la seguridad no puede ponerse al servicio de una merma de garantías en ningún caso, porque lo que se está introduciendo es inseguridad*"¹²⁹, a través de todas las consecuencias penales y procesales penales que hemos destacado y que son características del DPE. Schilling funda su tesis en una lógica del peligro, lo cual implica una seria dificultad para concebir a esta técnica legislativa actual como parte integrante del derecho penal, por cuanto su lógica es diametralmente opuesta a los principios y máximas que gobiernan a esta faceta del Derecho. Se resiente desde ya la proporcionalidad que debe imperar en la base del ejercicio del *ius puniendi*, y en la misma medida ocurre un detrimento con la idea de que esta fuerza estatal debe ser la última alternativa de la cual se echa mano para efectos de intentar solucionar conflictos sociales,

¹²⁶ NÚÑEZ (2009) p. 401.

¹²⁷ *Ídem.*, p. 400 que "[e]l Derecho Penal del Enemigo (...) se trata de una regulación jurídica de las relaciones sociales y de las instituciones sociales que tiende excluir del acceso de ciertos bienes – específicamente del ejercicio de algunos Derechos Fundamentales – a ciertos individuos, todo ello, como una medida para proveer una aparente seguridad al colectivo social. En este caso, la privación de los derechos fundamentales de los enemigos".

¹²⁸ *Ídem.*, p. 479 indica que la consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantía y seguridad. En este mismo sentido, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Discurso para la investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha*, 2004, p. 20, citado por DEMETRIO (2006) p. 477, sostiene que las reformas que se realizaron en España al Código Penal en el año 2003, dejaron subyacente en el sistema un modelo "*político-criminal que antepone la seguridad a las garantías*".

¹²⁹ *Ídem.*, p. 480.

transformándolo de facto en un derecho penal de autor, con todas las perniciosas consecuencias que ello puede acarrear en una sociedad que se defina como democrática. En la tesis de Schilling, el fin de la paz social y la anhelada seguridad son suficientes para legitimar un actuar estatal diferenciado entre ciudadanos y enemigos.¹³⁰ Por ello, si el Estado omite actuar o bien actúa de manera deficiente ante tales delincuentes peligrosos, esa omisión o deficiencia “denotaría un actuar irresponsable por parte del Estado” (al no haber utilizado la herramienta jurídica para evitar estas consecuencias: el derecho penal del enemigo). Esta última aseveración de Schilling es errónea a nuestro criterio, por cuanto asume que la seguridad es alcanzable como tal, bastando para ello que el Estado actúe de manera intensa reprimiendo y castigando a aquellos que no pueden ser “rehabilitados”, a los “enemigos”. Esta ecuación: “tipificación de conductas peligrosas + reproche y castigo a enemigos = seguridad” pasa por alto la esencia propia del concepto de seguridad, y por otra parte asume y atribuye al derecho penal un potencial que jamás ha tenido –y tendrá– a saber, garantizar seguridad.

En este escenario entonces, si constatamos que en la práctica existen ciertas manifestaciones legislativas que responden de una u otra forma a los caracteres de esta construcción doctrinaria denominada DPE, ello no nos habilita, tal como hemos señalado previamente, para sostener que aquello sea y deba legitimarse como derecho penal. ¿Qué manifestaciones podemos destacar como representativas de esta forma de entender el derecho penal que existan hoy en nuestro ordenamiento jurídico? Podemos destacar, a modo de ejemplo, la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Ley N° 20.000), la ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad (Ley N° 18.314), así como la regulación del código penal en materia de delitos sexuales, y con mayor énfasis con las reformas efectuadas a dicha materia a través de la ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil (Ley N° 20.526), y la ley que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal (Ley N° 20.507). Merece también una mención el proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público (N° de Boletín 7975-25, 2011), en el cual se proponen una serie de modificaciones, entre las cuales destacan las vinculadas a los códigos penal y procesal penal, así como a la ley sobre control de armas.

¹³⁰ En este punto recordemos que la opinión de Jakobs es que el Estado no puede renunciar a ningún medio para proteger al ciudadano, porque se trata de casos excepcionales en los que debe cumplir su función de protección (cuando se está en presencia de conductas desplegadas por sujetos peligrosos, catalogados como enemigos).

Si tomamos cualquiera de las leyes (o proyectos de ley) que hemos citado a modo ejemplar, podremos encontrar presentes en ellas los caracteres que la doctrina asocia al DPE. Así, si hacemos un barrido por el articulado de la Ley N° 20.000 veremos cómo se da esta situación. Primero que todo, debemos destacar que con la dictación de esta ley se incorporó un nuevo tipo penal que su predecesora no contemplaba: el simple delito de microtráfico. Al crearse este tipo penal (artículo 4°), su regulación quedó entregada a la ya existente en materia de tráfico de drogas (hipótesis sancionadas con penas de crimen), por lo que las nuevas normas que se crearon con la Ley N° 20.000 no hicieron distinción alguna en cuanto a la existencia de algún tratamiento diferenciado en base a la gravedad de la pena asignada a cada tipo de conducta. Por lo tanto, como resultado, tenemos una regulación absolutamente desproporcionada y vulneradora de garantías a propósito de la investigación, juzgamiento y castigo de un simple delito (regulación ideada originalmente exclusivamente para delitos con pena de crimen). Dentro de estas normas que han sido extendidas en su aplicación al microtráfico, y que responden a los parámetros del DPE en términos de requisitos doctrinarios, podemos citar entre otras, el hecho de que la tentativa se castigue como consumada (artículo 18); La elevación de las penas a los funcionarios públicos que no denuncien este tipo de delitos (artículo 13); La no procedencia de la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N° 7 del Código Penal (artículo 20); El hecho de que el plazo de detención pueda ser ampliado hasta en 5 días (artículo 39); 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); La aplicación de agravantes especiales que tienen la aptitud de elevar la pena hasta en dos grados (artículo 19); Secreto de la investigación hasta por 120 días, renovables por plazos máximos de 60 días (artículo 38); Empleo de técnicas particulares de investigación, tales como entregas vigiladas o controladas, agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, interceptaciones telefónicas (artículos 23, 24 y 25); Abogados patrocinantes de casos de drogas tendrán la prohibición de desempeñar cargos públicos (artículo 61).

Teniendo presente la constatación anterior, las cosas son lo que son, y no lo que se predique respecto de ellas. Una práctica legislativa que adelante barreras de punibilidad, que como consecuencia de ello no rebaje de manera proporcionada las penas asociadas este tipo de conductas, y que por el contrario exacerbe la reacción penal ante tales delitos, estableciendo penas del todo severas, luego, que se produzca un relajo o derechamente la supresión de determinadas garantías procesales, o en definitiva, que dicha técnica legislativa sea respuesta de una necesidad puramente simbólica, tal técnica de legislar no merece y no es posible legitimarla como una manifestación propia

de un derecho penal de corte liberal, respetuoso de las garantías y derechos esenciales, en los parámetros de un Estado de Derecho.¹³¹

Si la tendencia actual indica y nos muestra un aumento de esta forma de entender el fenómeno delictivo en relación con el ejercicio de la fuerza estatal, deben tomarse entonces los resguardos a nivel doctrinario con mayor fuerza y energía para efectos de evitar la erosión de los principios que cimientan el derecho penal, y tal como señala Detmold *“el quebrantamiento de la norma no puede obstar a que esa norma siga siendo una norma del sujeto que la ha quebrantado, es decir, a que este sujeto siga siendo ciudadano”*.¹³² Recapitulando, creemos que al asumir una posición crítica ante el DPE, restándole legitimidad por estar en disonancia con la dignidad humana, por enfocarse en un área de irrespeto hacia garantías y derechos fundamentales, y en general en relación con toda la tradición de principios que cimientan al derecho penal liberal, en márgenes democráticos, estamos asumiendo *per se* una posición crítica ante las bases del pensamiento que sustenta a la tesis del DPE, a saber, un rechazo a la fundamentación de la sociedad basada en estructuras y sistemas, en las cuales el ser humano queda al margen de este tramado basado en las comunicaciones que operan entre cada uno de los subsistemas que componen el sistema social, una dinámica autorreferencial que sitúa al ser humano en el entorno de estas interacciones, restándole un protagonismo a la hora de definir el devenir social.¹³³ Así vistas las cosas, al rechazar y restar validez al DPE, debe asumirse –y así lo hacemos– con igual fuerza y coherencia un rechazo a esta visión funcional-estructuralista de la sociedad, por cuanto el apego a las mismas conlleva obedecer y buscar como una finalidad esencial la coherencia y lógica interna del sistema¹³⁴, dejando de lado la esencia propia

¹³¹ DEMETRIO (2006) p. 497 indica que *“[e]s imprescindible no pasar por alto que la modernización del Derecho Penal, si de verdad quiere representar una ‘evolución’ del mismo, debe llevarse a cabo con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho, y no a golpe de las exigencias de “seguridad” de una sociedad que no conoce criterios de ‘razonabilidad’ acerca de la intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada”*.

¹³² DETMOLD, M. J., *Laws as Practical Reasoning*, citado en KINDHÄUSER Y MAÑALICH (2011) p. 125. En este sentido también Peter-Alexis Albrecht, quien destaca, rebatiendo el DPE, la indivisibilidad de la dignidad humana (en alusión a la diferenciación entre personas y no personas o “enemigos”), citado por DEMETRIO (2006) nota el pie n° 41, p. 486.

¹³³ Sostiene HABERMAS (2005) p. 148 que *“el derecho no puede limitarse a cumplir los requisitos funcionales de una sociedad compleja, tiene también que satisfacer a las precarias condiciones de una integración social que en última instancia se efectúa a través de las operaciones de entendimiento intersubjetivo de sujetos que actúan comunicativamente, es decir, a través de la aceptabilidad de pretensiones de validez”*.

¹³⁴ Señala ZAFFARONI (1993) p. 68 que *“[c]abe observar que es explicable cierto éxito de la teoría sistémica en los países centrales, donde el poder ha generado un nivel mínimo de bienestar y donde la prisionización parece recaer cada vez más sobre minorías étnicas,*

del desenvolvimiento del ser humano en sociedad, el cual está teñido siempre por un fuerte componente de subjetividad.¹³⁵

Lo anterior da base para sostener, tal como señala Mañalich –a propósito de la pérdida de la ciudadanía por aplicación de penas aflictivas– que se *"hace imposible legitimar las consecuencias del reproche sobre la base de una actitud reactiva por una falta de lealtad comunicativa"*¹³⁶ cuando este reproche se dirige a no personas, enemigos, o no ciudadanos. Luego, si asumimos que la legitimación necesariamente requiere un reconocimiento de parte del receptor/destinatario de las normas penales, en términos de atribución de libertad comunicativamente hablando¹³⁷, no podemos menos que concordar con Günther y su concepción de "persona deliberativa" como la base de fundamentación de todo sistema penal, y en particular a la pretensión de vinculación a la norma,

salvo en unos pocos países. Allí puede llegar a convencer la idea de que lo importante es el sistema, pero en nuestro margen eso es insostenible y no creemos que pueda convencer a la mayoría". Ahonda en la crítica, ZAFFARONI (2006) p. 273, al sostener que "la propuesta de Jakobs resulta inadmisibles porque: (a) históricamente se verifica que el derecho penal autoritario siempre se introduce como excepción y luego se generaliza y ordinariza. (b) No es posible distinguir nítidamente entre la pena que contiene y la que se pretende que cumple cualquier otra función. (c) Que cunda en la actualidad una legislación penal autoritaria no significa que deba legitimársela y aceptársela sin resistencia jurídica. (d) El DPE tiene una marcada raigambre antiliberal, que entronca con la teorización política del mejor jurista del nazismo, Carl Schmitt. (e) En lo penal también evoca la legislación nazista sobre 'extraños a la comunidad', proyectada por Edmundo Mezger que pretendía internar a todos los disidentes en campos de concentración. En síntesis, Jakobs trata de construir un derecho penal especial (del enemigo) compatible con un estado de derecho, pero no lo logra, pues toda teorización en tal sentido es por esencia autoritaria".

¹³⁵ LECHNER (2006) p. 518 señala que "[m]irando al futuro, tiende a reducir las posibilidades a lo que es factible en el marco de lo dado, a reducir la subjetividad a su utilidad para los sistemas funcionales. Ahora bien, la subjetividad produce y requiere tales cauces estructurales, pero no se agota en ellos. Ni los sujetos pueden disponer libremente de las lógicas funcionales, ni los sistemas logran apropiarse completamente de la subjetividad".

¹³⁶ KINDHÄUSER y MAÑALICH (2011) p. 135 indica que a propósito de esta lealtad comunicativa, Mañalich señala que en Alemania actualmente, la reconducción de la norma de comportamiento a la libertad comunicativa del sujeto ha sido un proyecto que ha tomado como base la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas. En base a ello ha señalado Kindhäuser que "no hay, en una sociedad secularizada y pluralista, fundamentos sustanciales a priori para legitimar las normas que regulan el comportamiento. De ahí que la legitimidad solamente pueda ser extraída de la autonomía de los partícipes en el proceso de integración social", KINDHÄUSER, Urs, *Rechtstreue als Schuldkategorie*, ZStW 107, 1995, p. 718, citado por KINDHÄUSER y MAÑALICH (2011) p. 119.

¹³⁷ HABERMAS (2005) p. 185 define libertad comunicativa como "la posibilidad recíprocamente presupuesta en la acción comunicativa, de tomar postura frente a una elocución o manifestación de un prójimo y frente a las pretensiones de validez entabladas con esa manifestación, las cuales se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo".

pretensión que sólo podemos construir, en márgenes democráticos¹³⁸, en la interacción con ciudadanos, más nunca con enemigos. En este contexto, el único escenario de respeto por la dignidad humana y los derechos y garantías que le son propios al ser humano en su condición de tal¹³⁹ debe ser el marco en el cual se debe desarrollar el ejercicio de la fuerza estatal, de lo contrario, estaría tensionando de tal manera estas premisas fundamentales, que redireccionaríamos el actuar estatal a una posición en la cual se convertiría al Estado en una “fuente de peligro”¹⁴⁰ para el respeto y libre ejercicio de garantías y derechos reconocidos constitucionalmente, situación que nos lleva a deslegitimar toda manifestación legislativa que apunte en esta dirección, y a mayor abundamiento,

¹³⁸ En este sentido sostiene GÜNTHER (2007) pp. 121, 122 y 123 que *“la democracia presupone responsabilidad en al menos dos sentidos. En un nivel general, los ciudadanos en una democracia, como consecuencia de la secularización, son responsables de las leyes que les gobiernan. La legislación democrática presupone que los ciudadanos mismos asuman la responsabilidad sobre sus leyes; en lugar de ser responsable dios, la tradición, la historia, o alguna otra forma de autoridad exclusiva (...) de cualquier forma, como línea general, quizá la parte más importante de la autocomprensión pública de los ciudadanos es que ellos y nadie más son, en última instancia, responsables de su orden legal. En una segunda dimensión, la democracia presupone ciudadanos responsables; ciudadanos que se atribuyen mutuamente responsabilidades como participantes en la deliberación pública. Si la deliberación pública es el rasgo más importante de la legislación democrática, entonces cada ciudadano debe ser entendido como alguien capaz de deliberar sobre la validez de las normas legales (...) Una democracia no presupone un deber de cada ciudadano de ejercitar sus capacidades deliberativas, pero considera a los participantes en los procesos públicos de formación de la voluntad como personas poseedoras de tal capacidad, y exige procedimientos en los cuales la capacidad pueda ser ejercida de modo eficaz. Del mismo modo, una democracia no obliga a los ciudadanos a actuar de modo acorde con sus juicios deliberativos, pero presupone que son capaces de hacerlo (...) Mi tesis es que en una democracia existe un vínculo interno entre el ciudadano como persona deliberativa en el ámbito legislativo y como destinatario deliberativo de la ley”*.

¹³⁹ ÑUÑEZ (2009) p. 401 indica que *“[c]omo lo afirma Gracia Martín, el destinatario del Derecho – especialmente de sus sanciones – sólo puede ser el individuo, el ser humano, un ente pre jurídico, natural. Es el hombre quien crea al Derecho y no a la inversa. Y tal creación ha de tener en cuenta los atributos propios del ser humano para estructurarse, como su responsabilidad. Esta última, arranca sin lugar a dudas de un sustrato ontológico del ser humano, de lo contrario sería imposible exigirla normativamente: Si el Derecho no se dirige a las fuerzas de la naturaleza ni a los animales, sino al hombre, entonces habrá de ser la estructura óptica del ser humano lo primero que tiene que entrar en consideración. Y es base de aquella esencia, justamente su dignidad. Luego, negar la dignidad, en este contexto, es negar – de paso – una de las bases que estructura al propio sistema jurídico”*.

¹⁴⁰ Antonio Bascuñán Rodríguez, a propósito de la tensión existente entre el derecho penal y derechos fundamentales, constata dos modelos alternativos que dan cuenta de dicha tensión. Así el primero de ellos, el cual denomina *clásico*, el *ius puniendi* es considerado una fuente de peligro para los derechos fundamentales, respecto de la cual sería necesario establecer arreglos institucionales que posibiliten su control. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “Derechos fundamentales y derecho penal”, en varios autores, *Los derechos fundamentales*, SELA, 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 319 y ss. citado por MAÑALICH (2005) p. 245.

tal como sostiene Habermas, “*el principio del derecho no solamente exige el derecho a libertades subjetivas en general, sino a iguales libertades subjetivas (...) sólo entonces entra en juego la pretensión de legitimación del derecho positivo*”¹⁴¹, aptitud que sólo será posible en la medida que el modelo de coerción estatal “*no destruya los motivos racionales de obediencia al derecho. Es decir, el derecho coercitivo no puede forzar a sus destinatarios a renunciar de cuando en cuando al ejercicio de su libertad comunicativa y a dejar de tomar postura frente a la pretensión de legitimidad del derecho*”¹⁴², situación que se pasa absolutamente por alto en la dinámica del DPE.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BECK, Ulrich (1998): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Buenos Aires, Paidós) 393 p.

CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena y BARALDI, Claudio (1996): *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann* (México, Universidad Iberoamericana/ITESO/Anthropos) 191 p.

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”, CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA, Carlos (coordinadores), *I Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Buenos Aires, Editorial B de F) pp. 473 – 510.

GARCÍA CAVERO, Percy (2006): “¿Existe, y debe existir un Derecho Penal del Enemigo?”, CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA, Carlos (coordinadores), *I Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Buenos Aires, Editorial B de F) pp. 925 – 948.

GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar (1993): *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann* (Barcelona, J. M. Bosch Editor, S. A.) 400 p.

GRACIA MARTÍN, Luis (2006): “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo”, CANCIO MELIÁ,

¹⁴¹ HABERMAS (2005) p. 186.

¹⁴² KINDHÄUSER y MAÑALICH (2011) p. 187 señalan que el derecho coercitivo “*no puede forzarlos –a los destinatarios del derecho– a abandonar en el caso particular su actitud realizativa frente al derecho y a sustituirla por la actitud objetivante de un actor que decide atendido a sus preferencias y calculando utilidades; tal cosa ha de dejarla a la discreción de ellos. Lo cual significa que las normas jurídicas siempre han de poder ser seguidas por convicción*”.

Manuel y GÓMEZ-JARA, Carlos (coordinadores), I *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Buenos Aires, Editorial B de F) pp. 1051 – 1080.

GÜNTHER, Klaus (2007): “Acción voluntaria y responsabilidad criminal”, ALCÁ CER GUIRAO, Rafael (compilador), *En el problema de la libertad de acción en el Derecho Penal* (Buenos Aires, Ad-Hoc) pp. 95 – 130.

HABERMAS, Jürgen (2005): *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (4ª edición, Madrid, Editorial Trotta) 689 p.

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003): *Derecho penal del enemigo* (Madrid, Thompson Civitas) 103 p.

JONAS, Hans (1995): *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica* (Barcelona, Herder) 400 p.

KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo (2011): *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho* (Buenos Aires-Montevideo, Editorial B de F) 287 p.

LECHNER, Norbert (2006): *Obras escogidas 1* (Santiago, LOM Ediciones) 589 p.

LUHMANN, Niklas (1998a): *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general* (2ª edición, Barcelona, Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana/CEJA, Pontificia Universidad Javeriana) 445 p.

_____ (1998b) *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia* (Traducc. Josexto BERIAIN y José María GARCÍA BLANCO, Madrid, Editorial Trotta) 260 p.

MAÑALICH, Juan Pablo (2005): “La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal?”, *Revista de Derecho y Humanidades* (nº 11): pp. 245 – 258.

NÚÑEZ, José Ignacio (2009): “Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario”, *Política Criminal* (vol. 4 nº 8): pp. 383 – 407, disponible en <http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf>, fecha de consulta: 20 octubre 2011.

PIÑA, Juan Ignacio (2010): *Derecho Penal. Fundamentos de la Responsabilidad* (Santiago, Abeledo Perrot) 258 p.

RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD, Marcelo (2007): *Sociedad y Teoría de Sistemas* (4ª edición, Santiago, Editorial Universitaria) 200 p.

SCHILLING, Mario (2010): *El Nuevo derecho penal del enemigo* (Santiago, Librotecnia) 199 p.

SCHÜNEMANN, Bernd (2010): *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites* (Buenos Aires, Hammurabi) 191 p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006): *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición, Buenos Aires-Montevideo, B de F) 269 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (1993): *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal* (2ª edición, Santa Fe de Bogotá, Temis) 255 p.

_____ (2006): *Manual de Derecho Penal, Parte General* (2ª edición, Buenos Aires, Ediar) 788 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Penal, *Diario Oficial*, 12 noviembre 1874, versión actualizada al 11 mayo 2012, disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idVersion=2012-05-11>>, fecha consulta: 10 abril 2012.

Ley N° 18.216, establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala. *Diario Oficial*, 14 de mayo de 1983.

Ley N° 18.314, determina conductas terroristas y establece su penalidad. *Diario Oficial*, 17 de mayo de 1984.

Ley N° 20.000, substituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes sustancias sicotrópicas. *Diario Oficial*, 16 de febrero de 2005.

Ley N° 20.507, tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. *Diario Oficial*, 3 de abril de 2011.

Ley N° 20.526, sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. *Diario Oficial*, 13 de agosto de 2011.