

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO  
Y DELITOS TERRORISTAS:  
POR UNA RECONSIDERACIÓN  
DE SUS PROPUESTAS  
EN UN ESTADO DE DERECHO

CRIMINAL LAW OF THE ENEMY  
AND TERRORISM CRIMES:  
A RECOMENDATION TO LOOK  
AT INTO THE RULE OF LAW

*Alejandro Leiva López\**

RESUMEN: El estudio examina los postulados del Derecho Penal del *enemigo* a la luz de los delitos terroristas en Chile y expone las principales críticas de que ha sido objeto. Se propone una reconsideración de sus presupuestos y herramientas para enfrentar la criminalidad terrorista con pleno respeto a los Derechos Fundamentales y dignidad humana. Asimismo, se propone resurgir su concepto como instrumento simbólico y disuasivo.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal del enemigo – Terrorismo – Estado de Derecho – Derecho penal simbólico.

ABSTRACT: The paper examines the postulates of the “Criminal law of the Enemy” on terrorism crimes in Chile and exposes the main criticisms of which it has been object. It proposes a reconsideration of its fundamentals and tools to confront terrorism crime with full respect for Civil Rights and human dignity. Also, it is proposed to re-emerge its concept as a symbolic and dissuasive instrument.

KEY WORDS: Criminal law of the Enemy – Terrorism – State based on the Rule of Law – Symbolic Criminal law.

---

\* Doctor © en Derecho, U. de los Andes; magister en Derecho Penal, U. de Chile; abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas, U. del Desarrollo; profesor de Derecho Penal, U. del Desarrollo.

\* \* \*

## INTRODUCCIÓN

En 2016, la justicia española condenó a doce años de cárcel a los chilenos Francisco Javier Solar, “Cariñoso”, y Mónica Andrea Caballero, “Moniquita”, por el atentado cometido en 2013 en la basílica del Pilar de Zaragoza, declarados culpables de los delitos de lesiones terroristas y daños terroristas. Al momento de la dictación de la sentencia, los condenados proclamaron a viva voz: “viva la anarquía, muerte al Estado”<sup>1</sup>.

Pareciera que cierto tipo de fundamentación terrorista –excluidos, en parte, grupos extremistas religiosos, *v.gr.* terrorismo *yihadista*–<sup>2</sup> repudia la existencia del Estado, busca socavarlo y rechaza los mandatos del ordenamiento jurídico los cuales, pese a conocer, no les resultan vinculantes.

Las consecuencias de este fenómeno para el Derecho penal escaparían a su concepción clásica y los fines de sus penas perderían validez o, al menos, efecto preventivo. Quien actúa en este sentido, pareciera no ser capaz de rehabilitarse y el castigo que sufre, por el contrario, lo tornaría un mártir de su causa.

Sobre ello, Silva Sánchez, en su tesis expansiva del Derecho penal<sup>3</sup>, habla de la existencia de una *tercera velocidad* de este Derecho. El autor distingue una primera velocidad, representada por el Derecho Penal “de la cárcel”, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una *tercera velocidad*, en la que el Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *El Mercurio*, 10 de marzo de 2016, disponible en [www.emol.com/noticias/Nacional/2016/03/10/792332/Culmina-juicio-a-chilenos-en-Espana.html](http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/03/10/792332/Culmina-juicio-a-chilenos-en-Espana.html).

<sup>2</sup> ZARROUK (2011), pp. 13-46. En términos resumidos, concluye el autor que la represión del islamismo por parte de los regímenes de los países árabes e islámicos que llegaron a utilizar métodos criminales en su labor fue determinante en lo que se refiere a la radicalización que se efectuó en el nombre del Islam. De hecho, hubo dos procesos de mutación hacia el radicalismo violento provocados por el comportamiento de los regímenes árabes. Primero, la transformación de muchos elementos islamistas que pasaron a nutrir las filas de grupos armados después de dar por fracasada la vía de la participación política en la sombra de regímenes totalitarios. Luego, más tarde, algunos *salafíes* tradicionales fueron seducidos por las ideas de grupos terroristas debido a otra razón ajena a la represión del islamismo, pero que tiene mucho que ver con la gestión del campo religioso por los regímenes árabes, especialmente el saudí.

<sup>3</sup> SILVA SÁNCHEZ (2001), p. 163 y ss.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 163.

Así, este Derecho de *tercera velocidad* –Derecho Penal del enemigo– surgiría como una necesidad, asociada a ciertos límites, para enfrentar determinadas categorías de criminalidad, en especial, la criminalidad organizada y el terrorismo, donde el Derecho Penal clásico parece insuficiente dadas las características del imputado; en términos de Jakobs, dada la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y peligrosidad.

Sin duda, los autores de delitos de carácter terrorista han sido los más recurridos a la hora de representar a estos supuestos *enemigos* de la sociedad y parece necesario discutir propuestas, dentro del marco de un Estado de derecho, que permitan enfrentar desde el Derecho Penal este tipo de criminalidad. Ello se torna urgente en el caso chileno, en que autoridades políticas y gubernativas, *opinólogos* y candidatos, entre otros extraños pobladores efímeros de la política –normalmente asociados a ideologías de izquierda y sesgados por ellas–, reniegan la existencia de esta realidad en nuestro país, disfrazando *v.gr.* el terrorismo en La Araucanía como persecución política, discriminación y represión<sup>5</sup>.

Sobre los delitos terroristas en Chile, la ley N° 19.027 (en adelante “ley terrorista”) introdujo ciertos elementos subjetivos cuya presencia es necesaria para que se configure el tipo de los delitos previstos en su artículo 2°, bastando con que concurra alguno de ellos<sup>6</sup>:

Primero, que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o alguna parte de ella un temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo de personas. Un ejemplo de esta última situación lo constituye la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Angol. El tribunal señala, en el fallo, que de los hechos probados:

“Ha quedado demostrado más allá de toda duda razonable los hechos que fundamentaron la acusación, tipificando en sus respectivos casos el incendio de la casa habitación del fundo Nanchahue, el incendio forestal del fundo San Gregorio y las amenazas proferidas a los dueños y administradores de esos predios como conductas terroristas, toda vez que las acciones evidencian que la forma, método y estrategia empleados, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona, situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden

<sup>5</sup> Y la razón no es otra que ideológica-política dada la promulgación de nuestra ley terrorista durante el gobierno militar, pese a las innumerables modificaciones que “en democracia” ha sufrido esta ley. En este sentido, el vicio que ven es de origen y difícilmente salvable, incluso mediante la discusión puramente dogmática que aquí se intenta.

<sup>6</sup> En efecto, mediante oficio N° 244 de 2003, el entonces fiscal Guillermo Piedrabuena informaba a sus fiscales regionales de dichos elementos.

desatender; se trata de un grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población, hecho que no fue discutido ni desconocido por los intervinientes”<sup>7</sup>.

Y segundo, que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle decisiones<sup>8</sup>. Cabe hacer presente que este elemento subjetivo debe interpretarse de manera similar al propósito de los delitos de secuestro y sustracción de menores –esto es “imponer exigencias o arrancar decisiones”– o a los de secuestro calificado de la letra b) del artículo 5° de la ley N° 12.927 –vale decir “imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad”–.

Por su parte y en cuanto a su definición, Muñoz Conde<sup>9</sup> considera como acto de terrorismo aquel que se identifica con la delincuencia violenta y que tiene por finalidad la desestabilización del sistema democrático y las bases sobre la que este se asienta.

Sin embargo, la jurisprudencia española ha señalado que las actuaciones terroristas se manifiestan con el propósito o el efecto de difundir alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado y, muy frecuentemente, indiscriminado, de esta actividad delictiva. De ahí que no quepa excluir de este tipo de delitos a grupos criminales sin objetivo político alguno, o cuyo objetivo no sea expresamente revertir tal orden.

Según este concepto, define al terrorista como aquel delincuente que no actúa de acuerdo con motivaciones comunes o de ordinaria ocurrencia (llámense delitos pasionales, contra el patrimonio, injuriosos o calumniosos, defraudaciones, etc.), sino que lo caracteriza un especial nivel de violencia que objetivamente analizada responde a una intención clara y macabra, cual es, causar temor entre la población, aún a través de delitos comunes.

En otras palabras, el legislador reconoce un mayor nivel de *reprochabilidad* en este tipo de delitos, lo cual debe ser analizado por los tribunales de forma objetiva, atendidas las circunstancias que acompañan la comisión del hecho, como también las especiales características que definen el actuar del acusado.

El presente estudio expondrá las características del Derecho penal del enemigo y la posibilidad de reconsiderar sus efectos a la luz del caso chileno,

<sup>7</sup> TOP de Angol (2003) RUC 0100083503-6

<sup>8</sup> Algunos de los problemas que genera la norma, primero y en cuanto a los sujetos pasivos: Al no definir el concepto de “autoridad”, no es posible circunscribir adecuadamente los sujetos pasivos de los delitos terroristas, por lo que habrá que interpretarlo conforme a las reglas generales. La referencia al propósito de obtener “resoluciones” de la autoridad, indica, en todo caso, que los funcionarios coaccionados han de tener facultades resolutorias; y segundo, en cuanto a los sujetos activos: el elemento subjetivo del numeral 2° solamente admitiría la posibilidad de que estos actos, para ser calificados de terroristas, se realicen por quienes se oponen al gobierno constituido y jamás por sus partidarios.

<sup>9</sup> MUÑOZ CONDE (1999), p. 863.

en especial, en los delitos de carácter terrorista, respetando los principios de un Estado de derecho.

## 1. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: CARACTERÍSTICAS Y PRESUPUESTOS

De acuerdo con Jakobs<sup>10</sup>, el Derecho Penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad<sup>11</sup>, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son considerablemente altas: en especial, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada<sup>12</sup>. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o, incluso, suprimidas, cuyo ejemplo paradigmático sería la incomunicación del procesado<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> JAKOBS (1999) nota 11, p. 137 y ss. El concepto ‘enemigo’, utilizado primeramente por Jakobs en el Derecho Penal, no resulta de una mera descripción peyorativa y sus fundamentos escapan a su mero arbitrio. En correspondencia con ello, el autor construye desde Rousseau: “Cualquier malhechor que ataque el Derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”. Véase, ROUSSEAU (1959), p. 33. En el mismo sentido, recurre a Fichte: “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, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos”. FICHTE (1796), p. 260. El mismo Jakobs toma distancia de estos autores en cuanto a los límites de estas teorías, las que caracteriza como demasiado “abstractas”, pues el ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho incluso al *enemigo*. Sobre ello, se muestra más cercano a Hobbes quien en principio mantiene al delincuente en su rol de ciudadano: “El ciudadano no puede eliminar por sí mismo su *status*. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición, pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza (...) Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos”. En HOBBS (1984), p. 237 y ss.

<sup>11</sup> En cuanto al amplio adelantamiento de la punibilidad, Jakobs rescata, por una parte, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo ejemplificadores en el Derecho Penal alemán, los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas (§§ 129 y 129.a *StGB*) o de producción de narcóticos por bandas organizadas (§§ 30.I.1 y 31.I.1 *BtMG*). En, JAKOBS (2004), p. 43 y ss.

<sup>12</sup> La falta de reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento, por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto aplicando la aminoración de la tentativa (§§ 129.a.II, 211.I y 49.I.1 *StGB*) y sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos las penas reducidas de la tentativa previstas para los demás delitos de asociaciones terroristas. En JAKOBS (2004), p. 44.

<sup>13</sup> JAKOBS Y CANCIO (2003), p. 25 y ss.

Con este lenguaje, el Estado no conversa con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus *enemigos*. El enemigo es, así, un individuo que no solo de manera excepcional o incidental comete determinados ilícitos sino que los lleva a cabo de manera presumiblemente duradera –se organiza–, abandonando el Derecho, sin que de él se pueda esperar una respuesta acorde a la amenaza penal, amenaza que le es inocua. A ello Jakobs se refiere como la ausencia de una mínima seguridad cognitiva del delincuente<sup>14</sup> que, por tanto, pasa a considerarse un *enemigo*.

Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado como ciudadano sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona<sup>15</sup>, de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de los demás miembros de la comunidad<sup>16</sup>.

En consecuencia, quien no participa en la vida en un estado *comunitario-legal* debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede *tratar*, como anota expresamente Kant: “como un enemigo”<sup>17</sup>.

Pese a la dureza del lenguaje –personas que no deben ser consideradas como tales–, los postulados de Jakobs contarían con una premisa poderosa: el Derecho Penal *común*, si se quiere, de *primera velocidad* o clásico o en términos de dicho autor, del *ciudadano*, se muestra insuficiente, pues el presupuesto esencial del mismo no existe. De acuerdo con su configuración normativa de la sociedad<sup>18</sup>, la norma no solo pierde validez frente al enemigo sino que es desconocida por aquel de manera permanente como modelo de vida en comunidad. El Estado, como tal, carece de validez y sus normas y presupuestos no les son vinculantes. Pacto a contrato social son conceptos que se desconocen: “viva la anarquía, muerte al Estado”.

<sup>14</sup> Un estado de juridicidad es un estado de validez del Derecho; dicha validez puede, ahí está incluso el quid de la cuestión, mantenerse contrafácticamente en cuanto que un comportamiento corruptor de la norma es marginalizado. Pero sin algún cimiento cognitivo, la sociedad constituida jurídicamente no funciona, pues en ella no solo confirman su identidad personas heroicas sino que también individuos temerosos quieren encontrar su modo de supervivencia. Para la mayoría de los ciudadanos, la supervivencia individual está por *encima* de la juridicidad; si no, no habría dictaduras –el que es capaz de morir, no puede ser obligado por la fuerza–. Además de la certeza de que nadie tiene derecho a matar, ha de existir también la de que con un alto grado de probabilidad nadie va a matar. JAKOBS Y CANCIO (2003) p. 47 y ss.

<sup>15</sup> En la traducción de Teresa Manso, se dice (p. 60): “Los individuos son actualmente no personas”. Según algunos entendidos en la terminología funcionalista que usa este autor, Jakobs utiliza el concepto de persona como equivalente a “sujeto de derecho”, es decir, como subsistema psicofísico de imputación dentro del sistema, y que es esta cualidad la que dejarían de tener aquellos que se colocan de manera permanente al margen del sistema y atacan las bases fundamentales del mismo (sobre este concepto de persona en el funcionalismo, cfr., por ej., PORTILLA (2004), p. 696 y ss. En MUÑOZ CONDE (2005), p. 131, nota 26.

<sup>16</sup> JAKOBS Y CANCIO (2003), p. 47.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 31, nota 21.

<sup>18</sup> JAKOBS (2004).

En dicho estado de cosas, quien ha sido ciudadano deja de serlo, pues el mismo atenta y busca socavar el modelo de derechos y obligaciones, de límites y garantías que se aseguran constitucionalmente a todos los ciudadanos. En otras palabras, destaca Jakobs:

“(...) ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones socialmente internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la *–sit venia verbo–* neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados actualmente como personas”<sup>19</sup>.

Teóricamente y, como lo pretende demostrar Jakobs, la concepción de *enemigo* posee relevantes aspectos que, incluso desde la Filosofía Jurídica, deben ser considerados<sup>20</sup>. Pese a ello, tal concepción no ha estado exenta de críticas, algunas de las cuales pasamos a revisar.

## 2. PRINCIPALES CRÍTICAS AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Resulta evidente cuestionarse acerca de los presupuestos que se encuentran en los cimientos del Derecho Penal del enemigo, primero dados los posibles conflictos que dicha teoría encuentra en la dignidad humana y en principios como el de igualdad ante la ley, debido proceso, proporcionalidad, etc. Asimismo, y efecto de lo anterior, los problemas de constitucionalidad que implican el desconocer la calidad de persona a este *enemigo*.

Cancio Meliá<sup>21</sup>, entre otras, critica la concepción pseudorreligiosa con la que se demoniza al enemigo, quien, más que una fuente de peligro, se reconoce como un problema de *competencia normativa del agente* mediante la atribución de *perversidad*. En este sentido, la carga genética del *punitivismo*, la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad, se recombina con la del Derecho Penal *simbólico* –la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social– dando lugar al código del Derecho Penal del enemigo.

Por otro lado, critica, se estarían considerando en la base de la tipificación, además del *hecho*, otros elementos que se rescatan a partir de las caracte-

<sup>19</sup> JAKOBS (2004), pp. 45-46.

<sup>20</sup> Para Muñoz Conde, quien de alguna manera se “enfrentó con Jakobs”, las citas de autoridad a que recurre Jakobs nada dicen sobre el fondo del asunto –haciendo referencia especialmente a la cita de Kant con que Jakobs contesta a Muñoz, haciéndole notar *die Absurdität Ihrer Deutung* “la absurdidad de su interpretación”–, tornando para Muñoz vacíos los argumentos *iusfalsosóficos* a que recurre el Derecho Penal del enemigo. En MUÑOZ CONDE (2005), p. 123 y ss.

<sup>21</sup> JAKOBS Y CANCIO (2003), p. 88.



terísticas que debe poseer este *enemigo* –Derecho Penal de autor–, peligrando o cuestionándose el mandato de determinación que exige el principio de legalidad<sup>22</sup>.

El mismo autor cuestiona los factores ideológicos que le han servido de base a la teoría –haciendo especial referencia al caso colombiano y cómo el Tribunal Constitucional de dicho país ha declarado inconstitucional algunas normas de este tipo–, y en general, que el Derecho Penal del enemigo no aportaría como un recurso disuasivo o preventivo general en la comisión de estos hechos, sino solo un *demonizador de determinados grupos de infractores*<sup>23</sup>.

En Chile, algunos cuestionan el Derecho Penal del enemigo, pues el mismo atentaría contra la dignidad humana, siendo, por tanto, inconstitucional<sup>24</sup>. Una primera incompatibilidad entre el Derecho Penal del enemigo y la dignidad humana consistiría en que este promueve una segmentación de los miembros de la sociedad. Se trata de una regulación jurídica de las relaciones e instituciones sociales que tiende a 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<sup>25</sup>.

Revisando aquellas legislaciones que han tomado dicho rumbo y, como se adelantaba, Muñoz Conde critica de manera profunda los postulados del Derecho Penal del enemigo. En especial y, como caso paradigmático, el de las políticas de detención de Estados Unidos tras los atentados del 11 de septiembre y las posteriores sentencias de la Corte Suprema en los casos Hamdi, Padilla y los detenidos en la base de Guantánamo<sup>26-27</sup>.

---

<sup>22</sup> JAKOBS Y CANCIO (2003), p. 88.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 89 y ss.

<sup>24</sup> NÚÑEZ (2009), p. 383 y ss. Concluye este autor que el denominado Derecho Penal de enemigo –al menos algunas de sus manifestaciones– presenta diversas y profundas tensiones con el concepto de dignidad humana, razón por la cual, al ser aquel un concepto constitucionalizado convierte en inválida cualquier iniciativa de su promulgación como norma vigente en un Estado constitucional garantista (y dignatario) de Derecho.

<sup>25</sup> NÚÑEZ (2009) p. 400.

<sup>26</sup> Cfr. U.S SUPREME COURT: (2004) Rasul v. Bush, 124 S.Ct.2686; (2004) Hamdi v. Rumsfeld, 124 S.Ct.2633; (2004) Rumsfeld v. Padilla, 124 S.Ct. 2711.

<sup>27</sup> Como destaca Muñoz Conde, la decisión fue relativamente fácil en el caso Hamdi, en la medida en que este recurrente había nacido en el Estado de Louisiana y tenía, por tanto, la nacionalidad estadounidense. Para la inmensa mayoría de los jueces integrantes de la Corte (la votación fue de 8 a 1), un ciudadano estadounidense tenía siempre derecho a plantear en caso de detención gubernativa un recurso de *habeas corpus* ante el juez, ya que el art. 1, sección 9, cláusula 2 de la Constitución americana solo suspende este derecho en caso de “rebelión o invasión, cuando así lo requiera la seguridad pública”, y estas circunstancias no se daban en este caso. Pero muchos de los jueces que votaron a favor de esta decisión, lo hicieron en contra en el caso Rasul, en el que la misma petición de *habeas corpus* había sido realizada por un grupo de presos



Señala el autor que una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de derecho, que, por definición, no admite que se pueda distinguir entre “ciudadanos” y “enemigos” (o “amigos” y “enemigos”, en la clásica distinción del famoso politólogo nazi Carl Schmitt), como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica. Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de derecho, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en uno puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo<sup>28</sup>.

En este sentido, creemos que un Derecho Penal cuyo presupuesto sea el desconocimiento de la calidad de *persona* de este *enemigo*, incluso como categoría jurídica en el modelo de Jakobs –no persona como *no sujeto de derecho*, imposibilidad psíquica de seguridad cognitiva o, inmune a los postulados del Derecho–, resulta inviable desde el prisma de la dignidad humana distinguir, clasificar o excluir personas o grupos de personas mediante un trato diferenciado en su calidad de individuo, resultando así inadmisibles un Derecho penal –solo– de autor.

### 3. RECURSO AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN UN ESTADO DE DERECHO

La pregunta que debemos hacernos es si, ¿es posible recurrir a los efectos de un Derecho penal del enemigo como herramienta antiterrorista respetando los postulados de un Estado de derecho? Esto es, si, ¿es válida una respuesta más poderosa del Derecho Penal –un derecho penal de *tercera velocidad*– para enfrentar una determinada criminalidad? Creemos que la respuesta no puede ser su rechazo absoluto.

---

de Guantánamo, doce kuwaitíes y dos australianos, que, entre otras cosas, alegaban que no eran combatientes en la guerra de Afganistán, sino que prestaban servicios de asistencia social en ese país cuando fueron detenidos. El voto en contra de la admisión del recurso fue formulado por el juez Scaglia, y a él se adhirieron los jueces Rehnquist y Thomas. Para el juez Scaglia, el mismo argumento que había servido para admitir el recurso de Hamdi tenía que ser utilizado para rechazar el recurso de unas personas que, cualquiera que fuese la razón por la que se encontraban en Afganistán, no eran ciudadanos americanos y, por tanto, carecían de los mismo derechos que estos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus*. En: MUÑOZ CONDE (2005), p. 129.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, pp. 132-133.

Como señalamos, incluso respetando el principio de igualdad ante la ley, sí es posible discutir y eventualmente configurar –respecto de personas o grupos de personas– que, por las especiales características y gravedad de los ilícitos que llevan a cabo, como es el caso de terroristas, especialmente si se organizan para ello, normas penales que se asemejen a los efectos o herramientas de aquella propuesta punitiva de Jakobs, adelantando la punición, incrementando penas o, incluso, restringiendo garantías constitucionales, no sobre la base de su categorización como *no personas*, sino sobre la base de otros presupuestos, como el de igualdad ante la ley, proporcionalidad o sencillamente postulados de política criminal.

En Chile, Carnevali sostiene una hipótesis similar a la nuestra reconociendo también las dificultades del Derecho Penal clásico para enfrentar las nuevas formas de criminalidad. El profesor de Talca afirma que siempre se ha entendido –incluso por pensadores de la Ilustración– que existen ciertos comportamientos que requieren de un tratamiento más riguroso. El propio Beccaria individualizaba a los delitos de lesa majestad como aquellos que destruyen a la sociedad y quienes la representan, siendo, por tanto, los más dañosos. Es más, siendo, en general, contrario a la pena de muerte, sostenía que en algunos casos podía estimarse necesaria cuando los intereses de la seguridad de la nación así lo reclamaban. Por tanto, no parece cierto que se estaría traicionando el ideario iluminista<sup>29</sup>.

Y más adelante agrega:

“Por otro lado, tampoco es admisible que se plantee que un Derecho penal de doble criminalidad se opone al Estado de Derecho. Precisamente, cuando autores como Jakobs, Silva Sánchez o Viganò argumentan en este orden lo hacen pensando en un Derecho penal propio de un régimen democrático, recurriendo a todas sus instituciones. Sostener lo contrario, es caer en discursos ideológicos inconducentes”<sup>30</sup>.

Por ello, distinguir punitivamente la dirección de ciertas normas penales para atacar determinadas formas graves de criminalidad no implica *per se* un atentado a la dignidad de las personas o la vulneración de determinadas garantías constitucionales.

En este sentido, recordemos que nuestro Tribunal Constitucional (TC) ha estipulado de manera más o menos uniforme que la igualdad ante la ley en ningún caso supone igualdad universal, señalando:

Que ha precisado al respecto esta Magistratura:

“la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se

<sup>29</sup> CARNEVALI (2010), p. 118.

<sup>30</sup> *Op. cit.* p. 119.

impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario” (Rol N° 986/2008).

El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha señalado:

“no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128/1987)<sup>31</sup>.

Asimismo, la proporcionalidad en ningún caso implica la proscripción de elevación de penas en determinados casos. En efecto, el TC ha señalado en un fallo reciente:

La proporcionalidad, para efectos constitucionales, alude a cosas distintas. Una primera dimensión dice relación con el principio de proporcionalidad como herramienta metodológica para evaluar la tolerabilidad de la afectación legal a un derecho constitucional, para lo cual analizan total o parcialmente variables tales como, por ejemplo, la idoneidad o necesidad de una medida y/o clasificación legal en relación al fin buscado. Una segunda dimensión, a su vez, hace referencia al principio de proporcionalidad como prohibición de desproporción manifiesta en la determinación de las sanciones (en este caso, penales), la cual se mide en consideración a la gravedad del delito;

Que esta segunda versión del principio de proporcionalidad tiene un rol esencialmente limitador. Y, en el sentido recién expuesto, la gravedad de la conducta pasa a ser un criterio de tolerabilidad constitucional en base al cual contrastar (de modo relacional) soluciones legislativas incidentes en la determinación de las penas;

Que el principio de proporcionalidad tiene variantes, tanto en lo concerniente a la dimensión de la pena (distinguiéndose según la fase para su determinación), así como al tipo de criterio en base al cual ha de reflejarse la gravedad del delito.

Que el principio de proporcionalidad tiene variantes, tanto en lo concerniente a la dimensión de la pena (distinguiéndose según la fase para su determinación), así como al tipo de criterio en base al cual ha de reflejarse la gravedad del delito<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> STC (2016): Rol N° 2983.

<sup>32</sup> STC (2017): Rol N° 2995.

En efecto, el aumento de penas, el adelantamiento de la punibilidad en determinados y justificados casos o la flexibilización de garantías no implica necesariamente asir o compartir los postulados de un Derecho Penal del enemigo tomando como premisa el desconocimiento a la categoría de *persona* del individuo. Al contrario, el mayor injusto que representan los delitos terroristas necesariamente debe ir acompañado de un mayor reproche, sin que ello signifique desconocer la calidad de persona del sujeto.

Por ello, sí parece posible una normativa, amparada en principios constitucionales, que trate de manera diferente –herramientas del Derecho Penal del enemigo– a quien se comporte de manera diferente –terrorista– en pleno respeto con el principio de igualdad ante la ley, proporcionalidad y dignidad. Quien se organiza para cometer delitos graves en busca de desestabilizar el Estado de derecho y aboga por la anarquía, difícilmente responderá de la misma manera a la amenaza penal común. Una mayor respuesta punitiva parece sensata a la luz de esta realidad.

Asimismo, dicho aumento o adelantamiento de la punibilidad, atendidas las particularidades del hecho cometido, no parece –en principio– atentar contra la proporcionalidad, siempre que dicho aumento no responda al mero arbitrio, sino a los efectos propios de la actividad terrorista.

Y no debiese extrañar tanto a quienes critican con acalorado ímpetu el Derecho Penal del enemigo, normalmente asociados a ideologías de izquierda –mírese sólo el caso de la literatura nacional sobre terrorismo–, pues las mismas prácticas que aquí condenamos, con relación a considerar como *enemigos* o *no personas* a ciertos individuos y, por tanto, limitar ciertas garantías constitucionales respecto de sus procesos judiciales, son aplicadas sin resquemor en los procesos contra militares en causas de DDHH.

En efecto, militares procesados por dichos casos son sometidos a un régimen especial y evidentemente más perjudicial que el resto de los ciudadanos. El procedimiento penal chileno antiguo –inquisitivo– prácticamente se aplica solo a estas personas, limitando, entre otros, el derecho a guardar silencio –hoy consagrado como principio rector en el *Código Procesal Penal*–, siendo forzados de manera imperativa a declarar en diligencias de *careos*; limitándose además la posibilidad de cumplimiento alternativo a la pena –restricciones de acceso a los beneficios de la ley N° 18.216–; desconociéndose abiertamente instituciones que buscan entregar certeza jurídica como la prescripción y, por tanto, la imprescriptibilidad de dichos delitos; incluso con la generación judicial de alambicados tipos penales que insultan los presupuestos más básicos del Derecho Penal –figura del *secuestro permanente*– entre otros. ¿No hay allí un derecho penal del enemigo?

En efecto, no es posible considerar bajo ninguna circunstancia unos u otros individuos como *no personas* ni desconocer su categoría de seres humanos sujetos de dignidad. Ello, sin perjuicio de establecer regímenes especiales de punición que impliquen, en respeto con los principios abordados y,

en especial, los de un debido proceso, dignidad, igualdad y proporcionalidad a quienes se han organizado para cometer delitos de carácter grave.

#### 4. EXCURSO: DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO RECURSO SIMBÓLICO

Pese a las indudables críticas al modelo de Jakobs, difícil es desconocer, al menos desde el sentido común, que el concepto de *enemigo* en Derecho Penal contiene –*per se*– un fuerte contenido simbólico necesario a este tipo de Derecho. Sin entrar al debate, el abandono y rechazo absoluto del Derecho Penal simbólico no parece sensato, al menos en los tiempos actuales en que los medios de comunicación, redes sociales y globalización en general han tomado un rol preponderante en todo ámbito de cosas, incluso en materia penal.

Parece evidente que toda sanción penal contiene un efecto comunicativo intrínseco, por menor que este sea. Toda condena comunica e informa una advertencia, ya sea dirigida a quien le afecta, su entorno más próximo o la sociedad toda, cual es: si delinques, serás sancionado.

Como destaca Díez Ripollés, al Derecho Penal le es consustancial el uso de los denominados efectos simbólicos y que, en efecto, se ha servido siempre de ellos, por lo general con plena conciencia de su legitimidad para la obtención de sus fines<sup>33</sup>.

Toda acción legislativa y, por extensión, también toda acción judicial y de ejecución penal, contiene fines o funciones instrumentales, expresivas e integradores, núcleo de la prevención intimidatoria, individual y colectiva<sup>34</sup>. El solo efecto disuasivo que evoca el concepto de Derecho Penal del enemigo, pareciera ser simbólicamente necesario rescatar.

#### 4. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Para el Derecho Penal chileno el concepto no es novedoso y, por ello, no debiese llamar la atención. Nuestra legislación reconoce esta *tercera velocidad* o Derecho Penal del enemigo en múltiples normas<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> DÍEZ RIPOLLÉS (2002), p. 67.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, pp. 69-70.

<sup>35</sup> Como destaca Carnevali y “como se ha dicho hasta el cansancio, el “viejo y buen Derecho penal liberal” que se cimenta sobre estrictas garantías frente al poder punitivo del Estado nunca ha existido. Incluso, los procesos codificadores que tuvieron lugar durante el siglo XIX, y que recogieron los principios de ascendencia iluminista, también dispusieron de sendos títulos

Así, la misma Ley N° 18.314 que “Determina conductas terroristas y fija su penalidad” (en adelante, “ley terrorista”), consagra en su artículo 3° bis una elevación de penas tratándose de ciertos delitos –ya tipificados por la ley común–, pero que se cometan con la finalidad de provocar temor fundado en toda o una parte de la población de ser víctimas de delitos de esta especie. En efecto, la norma señala:

Artículo 3° bis.- Para efectuar el aumento de penas contemplado en el artículo precedente, el tribunal determinará primeramente la pena que hubiere correspondido a los responsables, con las circunstancias del caso, como si no se hubiere tratado de delitos terroristas, y luego la elevará en el número de grados que corresponda.

En el mismo sentido, el artículo 5° de la ley se remite directamente a nuestra Carta Fundamental, la cual consagra, entre otras, inhabilidades de hasta quince años para ejercer cargos públicos:

Artículo 5°.- Sin perjuicio de las penas accesorias que correspondan de acuerdo con las normas generales, a los condenados por alguno de los delitos contemplados en el artículo 1° y 2° les afectarán las inhabilidades a que se refiere el artículo 9° de la Constitución Política del Estado<sup>36</sup>.

Se reconoce, asimismo, un claro adelantamiento de la punibilidad en la ley terrorista chilena al sancionar expresamente la *conspiración*. Recordemos que nuestro *Código Penal* trata la conspiración de manera excepcional, señalando en su artículo octavo:

La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.

---

referidos a los delitos contra la seguridad del Estado, con reglas especiales y más rigurosas que respecto de los delitos “tradicionales”. En: CARNEVALI (2010), pp. 118-119.

<sup>36</sup> *Constitución Política de la República*: Artículo 9°.- El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.

Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.

Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.

En efecto, la ley terrorista adelanta la punibilidad de estas conductas, incluso sancionando la *amenaza*. Así, su artículo séptimo reza:

Artículo 7°.- La tentativa de cometer alguno de los delitos a que se refiere esta ley se castigará con la pena asignada al respectivo ilícito, rebajada en uno o dos grados. La conspiración para cometer alguno de esos delitos se sancionará con la pena señalada por la ley al delito rebajada en dos grados. Lo expuesto en el presente inciso es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3° bis.

La amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los delitos mencionados en esta ley será sancionada con las penas de la tentativa del delito respectivo, sin efectuarse los aumentos de grados señalados en el artículo 3°. Lo expuesto precedentemente no tendrá lugar si el hecho mereciere mayor pena de acuerdo al artículo 296 del Código Penal.

A mayor abundamiento, y flexibilizando ciertas garantías de carácter procesal del imputado por delito terrorista, el inciso primero y segundo del artículo 11 de la ley terrorista consagra:

Artículo 11.- Siempre que las necesidades de la investigación así lo requieran, a solicitud del fiscal y por resolución fundada, el juez de garantía podrá ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación.

En la misma resolución que amplíe el plazo, el juez de garantía ordenará que el detenido ingrese en un recinto penitenciario y que el detenido sea examinado por el médico que el juez designe, el cual deberá practicar el examen e informar al tribunal el mismo día de la resolución. El nombramiento en ningún caso podrá recaer en un funcionario del organismo policial que hubiere efectuado la detención o en cuyo poder se encontrare el detenido.

En cuanto a las medidas que se pueden adoptar, una vez formalizada la investigación, el artículo 14 de la ley señala:

- 1.- Recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto.
- 2.- Establecer restricciones al régimen de visitas.
- 3.- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.

Finalmente, y entre otras, la ley consagra reglas especiales de protección de identidad de testigos y peritos (artículo 15 y ss. de la ley terrorista –testigos y peritos protegidos–) para que, por ejemplo, no conste en los registros de las diligencias que se practiquen: sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, incluso con cambio de identidad tras el juicio.



Con similares características y fuera de la ley terrorista, nuestra normativa sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ley N° 20.000, consagra normas que reflejan actualmente características propias de un derecho penal del enemigo, con un claro aumento de penas (artículo 19 que consagra circunstancias agravantes especiales) y un llamativo adelantamiento de la punibilidad, incluso asimilando la consumación a la tentativa. En efecto, las normas consagradas en los artículos 17 y 18 rezan, respectivamente:

Artículo 17.- La conspiración para cometer los delitos contemplados en esta ley será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado.

Artículo 18.- Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución.

En este sentido, las propuestas punitivas del Derecho Penal del enemigo se manifiestan sobradamente en nuestro ordenamiento, sin que por ello se vulnere o desconozca la categoría de personas a quienes atentan contra bienes jurídicos de manera radical, o cuyas conductas resultan especialmente peligrosas para el Estado de derecho, siendo válido acudir a sus efectos dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, principios sustantivos y procesales y dignidad humana.

## CONCLUSIONES

El Derecho Penal del enemigo, propuesto primeramente por Jakobs, propone un adelantamiento de la punibilidad, aumento de penas y limitación de ciertas garantías constitucionales, especialmente de carácter procesal, en atención a la mínima seguridad cognitiva que presentan determinados sujetos –*enemigos*–, pues de acuerdo con su configuración normativa de la sociedad y dada la especial peligrosidad que representan, no es posible considerarlos como *sujetos de derecho*.

No es posible sustentar un derecho penal del enemigo, categorizando y excluyendo del marco de garantías a determinadas personas, pues ello vulnera principios arraigados en nuestra Constitución. En este sentido, postular como una *no persona* al terrorista resulta inadmisibles en un Estado de derecho.

No ocurre lo mismo con las *herramientas* normativas que entrega el modelo de Jakobs para enfrentar determinados tipos de criminalidad, pues algunos de sus postulados son difícilmente cuestionables y merecen ser reconsiderados en el marco, como denomina Silva Sánchez, de un derecho penal de *tercera velocidad*, dadas las insuficiencias del Derecho Penal clásico o liberal para enfrentar el terrorismo.

Al Derecho Penal le es consustancial el uso de los denominados efectos simbólicos y se ha servido siempre de ellos, por lo general con plena con-

ciencia de su legitimidad para la obtención de sus fines. El concepto de Derecho penal del enemigo evoca un efecto disuasivo y simbólico que merece ser reflexionado, dado el efecto comunicativo intrínseco que posee.

## BIBLIOGRAFÍA

- CARNEVALI, Raúl (2010): "El Derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 35 N° 2: pp. 109-145.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2002): "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 35 N° 103: pp. 409-447.
- FICHTE, Johann (1796): "*Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*", en *Sämtliche Werke* (Edición a cargo de H. Fichte, *Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts- und Sittenlehre*) Tomo 1.
- HOBBS, Thomas (1984): *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und burgerliche Staates* (Edición a cargo de Fetscher, traducción de Euchner, Capítulo 28).
- JAKOBS, Günther (1999): "La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente" en *Estudios de Derecho Judicial*, N° 20: pp. 119-146.
- JAKOBS, Günther (2004): *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (Madrid, Thomson Civitas).
- JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003): *Derecho penal del enemigo* (Madrid, Thomson Civitas).
- KANT, Immanuel, Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen, en *Werke*.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1999): *Derecho Penal, parte especial* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2005): "De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"" en *Revista Penal Universidad de Huelva*, N° 16: pp. 123-137.
- NÚÑEZ, José Ignacio (2009): "Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario" en *Política Criminal*, Vol. 4 N° 8: pp. 383-407.
- PORTILLA CONTRERAS (2004): "El derecho penal y procesal del "enemigo": las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos" en José MIGUEL ZUGALDÍA y Jacobo LÓPEZ (coord.) *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (Madrid, Marcial Pons) pp. 693-720.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1959): *Staat und Gesellschaft, "Contrat social"* (Traducido y comentado por Weigend, Libro segundo, Capítulo v).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2001): *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales* (Segunda Edición, Madrid, Civitas).

ZARROUK, Mourad (2011): "Orígenes del terrorismo global: una propuesta de análisis" en *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad (Bogotá)*, Vol. 6 N° 1: pp. 13-46.

### *Jurisprudencia*

Tribunal Constitucional (2016): Rol N° 2983, 13 de diciembre de 2016.

Tribunal Constitucional (2017): Rol N° 2995, 27 de marzo de 2017.

Tribunal Oral en lo Penal de Angol (2003) RUC N° 0100083503-6, 14 de abril de 2003.

U.S. Supreme Court (2004): Rasul v. Bush, 124 S.Ct. 2686, 28 junio 2004.

U.S. Supreme Court (2004): Hamdi v. Rumsfeld, 124 S.Ct. 2633, 28 junio 2004.

U.S. Supreme Court (2004): Rumsfeld v. Padilla, 124 S. Ct. 2711, 28 junio 2004.