

Por Jorge Molina Sanhueza

**D**esde que aumentó la criminalidad en Chile, el libro titulado el "Derecho Penal del Enemigo" -del teórico alemán Günther Jakobs-, se desempolvó; y entre los penalistas comenzó una silenciosa revisión a sus postulados. Estos, básicamente, apuntan a diferenciar cómo atacar la delincuencia común versus cómo abordar a quienes con sus delitos socavan los cimientos del Estado, convirtiéndose en "enemigos" de la sociedad y, por ende, deben tener un tratamiento diferenciado (incluso al margen de la ley).

Aunque fue publicado en 1980, la vigencia del texto también cobró fuerza después de los atentados a las Torres Gemelas de 2001, donde las garantías procesales de quienes participaron en estos hechos -o bien inocentes- se vieron reducidas a cero en centros de detención clandestinos o bien en la cárcel de Guantánamo.

Quien desarrolló los postulados de Jakobs en su tesis doctoral "Proceso y enemigo: sistema criminal y amenazas emergentes", es el abogado chileno Andrés Cruz, actual profesor de la Facultad de Derecho de la U. de Concepción.

Cruz no solo es un hombre de libros y clases: fue fiscal del Ministerio Público en la Región del Bío Bío y en esa calidad desarticuló a importantes organizaciones criminales. Propinó un duro golpe a la Coordinadora Arauco Malleco (CAM) y logró que la justicia condenara a su líder Héctor Llaitul en un juicio en que se invocó la Ley Antiterrorista, por el atentado a su entonces colega Mario Elgueta, cuyo vehículo recibió más de 300 impactos.

Su experiencia lo llevó a ocupar -además- un escaño en la Convención Constituyente de 2021 (patrocinado por el colectivo socialista). En junio de ese año, el órgano emitió una declaración pública en favor de los «presos de la revuelta» y del movimiento mapuche. Cruz se opuso, no solo porque la Convención se había excedido en sus funciones, si no porque implicaba ceder "ante grupos extremistas", dijo entonces a radio Bío Bío.

#### "Comunidad en riesgo"

—¿Cómo podríamos definir el «derecho penal del enemigo»?

—Amigo es todo aquel que está dentro del artefacto más perfecto al que puede recurrir una comunidad que es el Estado. Y todo aquel que ejecuta conductas que son contrarias al Estado, lo tenemos que considerar enemigo. Estamos ante «el derecho penal del enemigo» cuando un sujeto incurre en una conducta que implica una actitud indolente o indiferente respecto de la sociedad, cometida contra los principios que fundan el pacto social; o cuando estas conductas ponen en riesgo la convivencia del grupo social, estando dentro del marco de las amenazas emergentes.

—¿El crimen organizado es una amenaza emergente?

—Las amenazas emergentes son las



Exfiscal y exconstituyente Andrés Cruz:

## "Las policías compiten entre ellas, teniendo una falencia profunda en inteligencia"

El abogado -que logró que se condenara a Héctor Llaitul por delitos terroristas- advierte que "en Chile hay un sector acomplejado que entregó el tema de la seguridad, y otro totalmente apasionado que pretende que aumentando penas y encarcelando la mayor cantidad de individuos, este problema se va a solucionar".

que dependen directamente del actuar humano: el narcotráfico, el tráfico de migrantes, de armas, trata de seres humanos, los delitos de lesa humanidad, el crimen organizado, lavado de activos y la gran corrupción. Por ello, los países han tenido que adoptar medidas para poder enfrentarlas, porque de otra manera la proyección de la comunidad puede verse en riesgo.

—¿Qué lo llevó a indagar en el libro de Jakobs y darle cable a tierra?

—Yo empecé al revés, en la práctica, cuando era fiscal, y después fui por la teoría. Allí comencé a constatar la resistencia de muchos tribunales y muchos jueces, formados sobre una base garantista, que les costaba reconocer que investigar un robo con fuerza o un hurto no es lo mismo que indagar un tráfico de drogas o un deli-

to terrorista. Yo investigué tráfico de droga, crimen organizado, delitos terroristas, lavado de activos y no se pueden aplicar las mismas técnicas, porque son grupos e individuos que tienen recursos y apoyos. El segundo problema es que al no reconocer la existencia de este marco -que prefiero llamarlo, 'sistema criminal del enemigo'- salpicamos el derecho penal ordinario.

—Usted logró que la justicia condenara por delito terrorista a Héctor Llaitul. ¿Se aplicó el «derecho penal del enemigo», atendida la gravedad de los delitos?

—Mira, se echó mano a lo que se encontraba en ese tiempo en vigor en términos de la Ley Antiterrorista que es una muy mala ley para desarrollar este tipo de investigaciones, por su sesgo histórico.

Aquí más que «el derecho penal del enemigo», lo llamaría el «derecho penal de la seguridad», porque en una primera etapa el juzgado de garantía no lograba diferenciar lo que era un delito común de un delito de estas características especiales, en la que los individuos negaban la existencia del Estado y se aprovechaban del apoyo político que existía en torno a sus conductas. Incluso actualmente, muchos de los que están en el gobierno aplaudían este tipo de acciones, se sacaban fotos al lado de estos individuos y hoy aparecen criticándolos.

### “No maten al mensajero”

—Durante el régimen militar se podría decir que fue la epitome del «derecho penal del enemigo» con rango constitucional. ¿Qué ocurre hoy?

—Efectivamente, en la Constitución de la dictadura había una consagración para considerar terrorista a todo aquel que sustentara algún tipo de ideología que fuera contraria o que llamara a la violencia como un método de acción política. El famoso artículo octavo, que fue derogado con posterioridad. Actualmente, el artículo noveno de la Constitución señala expresamente que el terrorismo es contrario a los derechos humanos en todas sus formas.

—¿Cuándo surge con más fuerza en Occidente la concepción del «derecho penal del enemigo»?

—Luego de la Guerra Fría, donde obviamente los delitos que son considerados más graves responden a las conductas terroristas. Y con posterioridad, se reactiva con fuerza después de los atentados a las Torres Gemelas. Y ahí aparece Günther Jakobs en sus primeros escritos donde dice ‘no maten al mensajero’ o ‘no disparen contra el pianista’ ¿Por qué? Porque lo único que hace es constatar que a partir de ese momento los distintos países y organizaciones internacionales comienzan a suscribir tratados y además, implementar a nivel interno una legislación de combate.

—¿Y entonces?

—Comenzaron a contemplarse figuras en las que se anticipaba la barrera de punibilidad. Es decir, los delitos ya no se castigaban únicamente y exclusivamente cuando estuviesen tentados, frustrados o consumados. Si no que inclusive en etapas anteriores; en la conspiración o inclusive en los actos preparatorios, aplicando las mismas penas que correspondían a los delitos ya consumados. Además se relativiza el debido proceso como el derecho a defensa, la aplicación sistemática de la lucha contra la criminalidad organizada, la incorporación de medidas intrusivas, los agentes encubiertos y las entregas vigiladas fueron incluyéndose en la configuración sistemática de la lucha contra la criminalidad organizada.

—La gente cree que el sistema de persecución penal está colapsado, que hay que elevar las penas, más cárceles, más policías, más fiscales... ¿Aplicar el «derecho penal del enemigo» podría ser



Como fiscal constaté la resistencia de muchos tribunales y jueces, que les costaba reconocer que investigar un robo con fuerza no es lo mismo que indagar un tráfico de drogas o un delito terrorista”.



Hay que ser pragmáticos: no tenemos recursos para enfrentar todos los hechos punibles”.

### una solución?

—La criminalidad no puede ser abordada sobre la base de palpitos o sensaciones, tiene que haber evidencia, y en eso nos hemos dejado estar. Y en Chile hay un sector acomplejado que entregó el tema de la seguridad y tenemos otro totalmente apasionado, que pretende que aumentando penas y encarcelando la mayor cantidad de individuos, este problema se va a solucionar.

—Para algunos cobra sentido.

—Es un disparate. Las dos perspectivas extremas se fundan en la ignorancia, la emoción y desigualdad. Y finalmente, también en los complejos ideológicos. Por lo tanto, hay que ser más pragmáticos en este tipo de debates: echar mano a la evidencia y reconocer que no tenemos recursos para enfrentar todos los hechos punibles, determinar que las expectativas nos van a tener que conducir a controlar y reducir la criminalidad, más no eliminarla, porque es imposible.

—¿Falta colaboración?

—Con la proliferación descontrolada de las armas de fuego, los delitos se cometen de otra manera. Además, las organizaciones criminales no son un problema exclusivamente chileno. Estamos inmersos en un contexto sudamericano que obliga a los estados a adoptar estrategias de colaboración. Por ejemplo, si no existen posibilidades de colaborar en la persecución de la criminalidad con Venezuela, no veo muchas posibilidades de éxito hacia adelante.

—Dentro del arco de normas contra la criminalidad ¿cuál debe ser modificada?

—Es urgente no modificar, sino sustituir la Ley Antiterrorista. Hay un proyecto de ley que se ingresó por parte del gobierno y que tiene bastantes cosas interesantes: una delación compensada, que es indispensable. Es doloroso reconocerlo, pero la delación compensada constituye una herramienta fundamental en la pesquisa de esta clase de delitos. Se requieren jueces especializados en este tipo de persecución para el control de los derechos de los imputados, pero tomando en consideración los delitos a los que nos referimos.

—La criminalidad no es igual en todas partes.

—La criminalidad rural, la criminalidad de provincia y la de ciertos sectores de Santiago son diferentes. Y por lo tanto, requiere también de medios y estrategias diferenciadas. Se necesitan fiscales con preparación diferente y recursos para perfeccionar la policía.

### “Las policías compiten”

—¿Cómo ve a las policías?

—Lamentablemente las policías compiten, no colaboran entre ellas y tienen una falencia profunda en materia de inteligencia. En las herramientas de persecución es donde tenemos que invertir: Ministerio Público, tribunales, policías, aduanas, SII, Fiscalía Nacional Económi-

ca, la UAF... todas aquellas entidades que tendrían que relacionarse como un entramado para coordinarse y enfrentar la criminalidad. Si todas ellas actúan como estancos, no compartiendo información, la verdad es poco lo que vamos a poder hacer en el futuro.

—En el caso de la Araucanía ¿se puede sostener que hay un ‘neocrimen organizado’ como grupos terroristas que se financian con la venta de marihuana?

—Es una buena pregunta, porque ahí tenemos a bandas criminales que no tienen un giro exclusivo y se van diversificando conforme a realidades y contextos. Porque un delito terrorista, en cuanto a tácticas y estrategias, no es lo mismo que un delito de tráfico de drogas. Existen diferencias profundas en torno a cómo operan. ¿Cómo descubrir la configuración de los partícipes y la evidencia que me permita acreditar el día de mañana el hecho ante un tribunal? Es necesario que sea debatido con altura de miras, con apoyo académico y de personas con experiencia en esto, que podamos echar mano a la experiencia extranjera que nos impida ver en todo criminalidad organizada. Hoy en día todo lo que es grave se asocia a criminalidad organizada y no todo lo es.

—Pero hay sicarios, traficantes de mujeres para prostituirlas, secuestradores, narcos. Usted aludía a la posibilidad de condenarlos por lo que harán y no por lo que han hecho. ¿Es una manera en que el Estado dice ¡¡basta!! como se hizo en Italia?

—Es una pregunta difícil y polémica. Yo le sacaría un poco el sesgo de lo estatal. Es decir, está bien el concepto de «enemigo», pero yo trataría de superar este «enemigo del Estado». Yo hablaría de «enemigo de la sociedad», «enemigo de la ciudadanía», porque contemplo un abanico mucho más grande en torno a la justificación ética de por qué vamos a actuar contra este individuo por lo que hizo, por las condiciones y contextos en los que perpetró el hecho punible y, además, por el grado de peligrosidad.

—¿Existe aún ingenuidad en materia de persecución penal?

—Debemos mantener como premisa básica el castigar al individuo por los actos en los que ha incurrido. Pero creo que no hay que ser ingenuo. La ingenuidad hace sufrir mucho más a ciudadanos que son ajenos a aquellos a los que toman decisiones. Es muy fácil hablar detrás del escritorio. Por lo tanto, cuando se trata de dinámicas y acciones cometidas por este tipo de individuos, yo no me cierro a reconocer la implementación de la prisión permanente revisable. Creo que es un elemento esencial y que podría dar pie a enfrentar, insisto, este tipo de conductas más graves, bien encapsuladas, bien restringidas y que permita finalmente evitar que se incurran en abusos en la implementación y uso de estas sanciones, todo esto respetando los derechos fundamentales.