

LA GENERALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN: TENDENCIAS LEGISLATIVAS Y DOCTRINALES: ENTRE LA TOLERANCIA CERO Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*

Francisco Muñoz Conde**

Resumen: *Se analiza en este artículo la influencia del llamado Derecho penal del enemigo y la tesis de la tolerancia cero en la doctrina y la legislación, dando lugar al surgimiento de un Derecho penal de excepción que claramente se opone al modelo de Estado democrático. El autor analiza críticamente las propuestas de estos planteamientos de política criminal y como los mismos han sido considerados en las reformas legales españolas.*

Palabras claves: *Derecho penal del enemigo, tolerancia cero, Derecho penal liberal, Estado democrático.*

Abstract: *Discussed in this article the influence of so-called enemy criminal law and the theory of zero tolerance doctrine and legislation, giving rise to a criminal law of exception that is clearly opposed to model democratic state. The author critically examines the proposals of these approaches to criminal justice policy and how these have been considered in the Spanish legal reforms.*

Keywords: *Criminal. law, enemy, tolerance, liberal, state, democratic.*

1. Desde que tras la Revolución Francesa, en la Europa decimonónica comenzaron a sentarse, en lo jurídico y político, las bases del Estado de Derecho y del respeto a los derechos fundamentales, y en el Derecho penal, a través de la Codificación penal, a incorporarse las ideas de proporcionalidad, presunción de inocencia y el principio de legalidad de los delitos y las penas, la política penal de los Estados modernos ha oscilado entre la utilización mínima del Derecho penal como ultima ratio para garantizar una convivencia pacífica, ateniéndose para ello a unos principios, derechos y garantías que constituyen el fundamento de sus ordenamientos jurídicos, y una utilización máxima, incluso un abuso del mismo, más allá de lo permiten esos principios y derechos, hasta el punto de hacer tabla rasa de los mismos, o propugnado abiertamente su derogación, sustituyéndolos por principios de eficacia en la lucha contra la criminalidad y de defensa social.

* Muchas de las ideas aquí expuestas se encuentran recogidas en anteriores publicaciones mías sobre la materia, citadas en las notas a pie de página. Una exposición más completa de las mismas se encuentra en mi libro *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, 2005, del que hay una versión alemana de Moritz VORMBAUM. *Über das Feindstrafrecht*, Münster. 2007, y una segunda edición de la versión española, actualmente en prensa).

** Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Pablo de Olavide de Sevilla.

Aunque en la vieja Europa, durante este último siglo han predominado más los ejemplos del segundo modelo de Derecho penal que del primero, tras la horrores habidos en la Segunda Guerra Mundial y los abusos cometidos con el Derecho penal en los Estados totalitarios, comenzaron a renacer las ideas humanistas de la Ilustración, entre las que figuran el reconocimiento del delincuente también como persona y ciudadano, la necesidad de un tratamiento humano e incluso rehabilitador del mismo, a través de un sistema punitivo respetuoso con sus derechos fundamentales, la adecuación de la gravedad de las penas a la gravedad del delito y al nivel de responsabilidad del que lo cometa, la prohibición de aplicar penas desproporcionadas, inhumanas o crueles (como la pena de muerte), la proscripción de la valoración de pruebas obtenidas ilegalmente o a través de la violación de derechos fundamentales, etc.

Muchas de éstas han obtenido reconocimiento universal a través de su acogida en las declaraciones internacionales de derechos fundamentales, ratificadas por la casi totalidad de los Estados, y en los textos jurídicos fundamentales o Constituciones de los mismos.

Al mismo tiempo, se ha extendido en la doctrina la idea del principio de intervención mínima, según el cual el Derecho penal sólo debe emplearse en los casos de ataques graves a bienes jurídicos fundamentales, y de responsabilidad subjetiva o de culpabilidad del delincuente como un factor importante para fundamentar y graduar la sanción penal adecuada y proporcionada.

No parece, pues, que este marco, asumido doctrinal, legislativa y jurisprudencialmente en las modernas democracias inspiradas en el Estado de Derecho, y que trata de superar los modelos autoritarios de un pasado reciente, pueda ser fácilmente superado o cuestionado, más allá de en algunos casos puntuales, que inmediatamente por su carácter de infracción de estos principios deben ser inmediatamente denunciados y corregidos.

Esta imagen, como todas las que se configuran como un modelo ideal, no acaba, sin embargo, de imponerse plenamente en la práctica, e incluso recientemente en el ámbito académico teórico, se han formulado nuevas teorías y tesis, que aún asumiendo, aparentemente, el modelo del Estado de Derecho, consideran que en algunos casos, en determinadas situaciones o en relación con determinadas personas, debe volverse al viejo Derecho penal «autoritario» que es el único capaz asegurar, según estos planteamientos, la «seguridad cognitiva» de nuestro sistema social, político, jurídico y económico, frente a los que viven al margen de él o quieren destruirlo. Estas tendencias, que no son nuevas, pero que con nuevos nombres

resucitan viejas posiciones autoritarias, no por viejas ya superadas, se encuentran hoy en día cada vez con más frecuencia en legislaciones de excepción, que se han ido elaborando como respuestas a fenómenos como el terrorismo nacional o internacional, o la criminalidad organizada, y en algunas posiciones teóricas que pretenden legitimar este Derecho penal máximo o de excepción, de corte autoritario y difícilmente compatible con los principios y bases del Estado de Derecho. De ellas y de algunos ejemplos legislativos me ocuparé seguidamente

2. Tomemos como ejemplos del retorno a una concepción autoritaria del Derecho penal, las reformas penales realizadas en España en los últimos años del Gobierno Aznar (no me ocupo en estos momentos, junio del 2007, del Proyecto de reforma del Código penal de 2007, que contiene también algunos ejemplos de estas tendencias, y que en todo caso no parece que vaya a ser aprobado en la actual legislatura).

Lo primero que hay que decir es que muchas de estas reformas han ido incluso más allá de lo que originariamente se avisaba ya como un profundo cambio en la concepción y contenido del Código penal de 1995 (el llamado con más o menos acierto «Código penal de la democracia»), convirtiéndolo en lo que el propio Gobierno patrocinador de las mismas llamó el «Código penal de la seguridad». Desde luego, cuando se emplea la expresión «seguridad» para denominar un texto legal de carácter penal, ya sabemos por experiencia por donde van los tiros. Las políticas de «seguridad nacional», «seguridad ciudadana», etc., se han utilizado siempre y con ese nombre por Estados autoritarios (o en períodos autoritarios de algunos Estados de Derecho) como pretexto para restringir derechos fundamentales y libertades ciudadanas en aras de una mayor eficacia frente al «desorden» y la «inseguridad», el «caos» y el «libertinaje», que según los inspiradores de estas políticas amenazan la paz de la convivencia social en un momento determinado. Que esta situación de «caos» o «libertinaje» exista en estos momentos en España es más que dudoso. Lo que sí existen son determinados problemas políticos, económicos o sociales que tienen diversas causas y manifestaciones, que sólo en parte tienen, que ver o pueden solucionarse con el Derecho penal. Una vez más el recurso al Derecho penal, demuestra hasta que punto muchos políticos están más decididos a utilizar la vía represiva punitiva, como única forma de luchar contra estos problemas, antes que adoptar medidas sociales o económicas para prevenirlos, y si no eliminarlos por completo, reducirlos. Seguidamente veremos algunos ejemplos¹ de

¹ Una exposición global de estas reformas del 2003 y de los delitos a los que afecta, se puede ver en Muñoz Conde, *Derecho penal, Parle especial*, 15a ed., Valencia 2004. en los lugares, páginas y capítulos afectados por las mismas.

estas tendencias, que se encuadran entre la llamada «tolerancia cero» y el llamado «Derecho penal del enemigo».²

A) La idea de «tolerancia cero» y su influencia en las reformas penales.

Tomemos como ejemplo uno de los problemas que han motivado una de estas reformas, la seguridad ciudadana. En la reforma de 30 septiembre del 2003, el criterio de la «habitualidad» se ha utilizado como elemento justificador de un enorme incremento de la represión punitiva de los delincuentes más desfavorecidos económicas y socialmente. Sin llegar a la famosa fórmula californiana de «*three strikes and you are out*», que permite aplicar penas de prisión de larga duración a la tercera infracción contra la propiedad, el legislador español del 2003, con una fórmula de difícil aplicación práctica, convierte en delito y castiga con pena de prisión, la realización en el plazo de un año de cuatro faltas contra la propiedad, constitutivas de hurto simple, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito (400 euros). Según la Exposición de Motivos de esta reforma, las cuatro sustracciones realizadas en el plazo de un año se toman como síntoma de una «delincuencia profesionalizada» que hace de este tipo de hechos su medio de vida. No se trata siquiera de un supuesto de «delito continuado», no sólo porque no se dan los presupuestos que exige esta figura en el art. 74 del vigente Código penal, sino porque pueden ser infracciones aisladas sin ningún tipo de relación personal, temporal o espacial entre sí. También pueden darse de forma ocasional, dependiendo de la coyuntura o del estado de necesidad en que se encuentre momentáneamente el sujeto que las realiza. El que cada una de estas cuatro infracciones aisladamente consideradas no supere la cuantía mínima que separa el delito de la falta, demuestra también la escasa relevancia o gravedad de las conductas. Sin embargo, la aplicación de una pena de prisión, que en el caso de extranjeros no residentes legalmente en España, no puede ser suspendida condicionalmente, ni sustituida por otra, y puede determinar automáticamente su expulsión del territorio nacional (cfr. art. 89.1), constituye una reacción punitiva desproporcionada y una forma de «criminalización de la pobreza» que raya en los límites de lo que fue Ley de peligrosidad social franquista, que fue justamente derogada por el Código penal de 1995 por su incompatibilidad con el Estado de Derecho. Ahora en lugar de una peligrosidad sin delito como presupuesto de la aplicación de una medida, se convierte la peligrosidad derivada de la

² Sobre la correspondencia y paralelismo entre ambas, véase Muñoz Conde, *El nuevo Derecho penal autoritario*, en Losano/Muñoz Conde, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo, «cedant arma togae»*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo 2003, p. 170 ss. (publicado también en *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia 2004, p. 803; y como monografía independiente con el título de *El Derecho penal del enemigo*, en Instituto de Ciencias Penales, México 2003).

realización por cuatro veces de hurtos de escasa gravedad en el plazo de un año, en presupuesto de la aplicación de una pena de prisión de 6 a 18 meses, en el caso del hurto simple, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito, es decir, a 400 euros (art. 234.2). Un criterio similar se sigue para convertir en delito de robo y uso de vehículos de motor, la sustracción temporal de los mismos cuando la acción se realice cuatro veces en el año y siempre que el montante acumulado de infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito (art. 244.1). Por otra parte, la prueba de la realización de las cuatro faltas de hurto, puede dificultarse cuando se hayan realizado en lugares distintos, incluso muy distanciados, o los perjudicados ni siquiera los hayan denunciados o no habiéndolo hecho no se personen el día del juicio como testigos (¿quién va a viajar para testificar de Barcelona a Sevilla en un juicio en el que se acusa a alguien que le sustrajo el monedero con cincuenta euros?), y su aplicación práctica puede simplemente ser imposible porque por el transcurso de seis meses desde que una de las faltas se haya cometido en el momento del juicio ésta hubiera ya prescrito, o por infringir el principio *ne bis in idem*, si mientras tanto el sujeto ha sido ya juzgado y condenado por una de esas faltas. Igualmente, se plantearán conflictos de competencia con el Juzgado que esté entendiendo de una de esas faltas, que inmediatamente tendrá que abstenerse a favor del Juzgado que estuviera juzgando la última de ellas.³

La habitualidad, en forma de reincidencia constatada por condenas anteriores, se trasforma además de un modo general en el fundamento de una súper agravación de la pena, al prever ahora el art. 66.5.^a en su reforma del 2003, que «cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, *podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate*». Se vuelve así a normas de la dictadura franquista que fueron derogadas ya en los inicios de la transición democrática, que permitían (y ahora vuelven a permitir) que se impusiera la pena superior en grado a la correspondiente al delito, sin otra razón que la de una presunta mayor peligrosidad subjetiva del que ya anteriormente ha sido condenado por haber cometido el mismo delito. Este criterio, justamente criticado por la mayoría de la doctrina que incluso ha llegado a cuestionar la constitucionalidad del mismo y su compatibilidad con el principio de culpabilidad por el hecho, se ha utilizado siempre por los Estados autoritarios para incrementar la represión puni-

³ Todos estos defectos han sido advertidos ya por los comentaristas que se han ocupado de esta reforma, véase Muñoz Conde, *Parte Especial*, cit., p. 382 s.; González Rus, en Varios, *Derecho Penal español, Parte Especial*, Madrid 2004, p. 441; Vives Antón/González Cussac, en Varios, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia 2004, p. 417.

tiva de los marginados sociales que cometen delitos de escasa gravedad, y tiene sus orígenes en la figura del «delin-vente per tendenza» del Código penal fascista italiano y en la del «*Gewohnheitsverbrecher*» de la Ley sobre el delincuente habitual que fue una de las primeras medidas que adoptó el régimen nacionalsocialista alemán en 1993, para imponer el «internamiento en custodia de seguridad», es decir, en «*lager*» o campos de concentración, por tiempo indefinido, a los habituales incluso en delitos de escasa gravedad como hurtos. Idea que estuvo a punto de llevar a la esterilización de los asociales, «para prevenir una herencia indeseable», como proponía entre otros Edmund MEZGER en trabajos al respecto y en su hasta hace poco desconocido Proyecto, realizado para el régimen nazi en 1943, en colaboración con el crimi-nólogo Franz Exner, «para el tratamiento de los extraños a la comunidad». ⁴ Pero esto en los momentos actuales no deja de ser también la prueba del fracaso social de un modelo económico neoliberal, que transforma en problema penal lo que no es más que un problema social, que nunca se va a resolver con slogans tan desafortunados como los de «barrer las calles de basura». La ideología de la «tolerancia cero» neoyorkina se transforma así, en una cutre versión hispana, en una «criminalización de la pobreza», con todo lo que ello conlleva de renuncia a las tareas de configuración social y de superación de los obstáculos para integración social, a las que obliga el modelo de Estado social y democrático de Derecho adoptado en el art. 1 de nuestra Constitución.

El criterio de la «habitualidad» se utiliza también para sancionar como delito de lesiones, y no como simple falta, y con penas privativas de libertad que pueden llegar hasta los tres años de prisión al que en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de este Código», que en principio castiga sólo como falta con pena de localización permanente o multa, las lesiones que no requieren de tratamiento médico o los simples golpes o malos tratos de obra que no llegan a causar lesión. El precepto refleja una tendencia, que también se observa en otros preceptos introducidos en esta reforma (cfr. regla 5.^a del art. 66, y arts. 234, párrafo segundo, 244, apartado 1, párrafo segundo, anteriormente comentados), a un recusable «Derecho penal de autor». Efectivamente, en este entendimiento del Derecho penal el presupuesto de la reacción penal no es tanto el hecho cometido (que puede ser de escasa gravedad), como la personalidad del autor, tomándose el hecho sólo como síntoma de esta personalidad. Evidentemente, el legislador está pensando en personas pendencieras, de carácter agresivo que sobre todo cuando consumen bebidas alcohólicas suelen meterse en peleas y discusiones en las que muchas veces los contrincan-

⁴ Véase Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal nacionalsocialista*, 4.^a ed., Valencia 2004 (hay versión portuguesa realizada por Paulo Busato, *Edmund Mezger e o Direito penal de seu tempo*. Rio de Janeiro 2005; y versión alemana realizada por Moritz Vormbaum, *Edmund Mezger, Beiträge zu einem Juristenleben*, Berlin 2007).

tes están en la misma o peor situación. Si el hecho que se puede observar en discotecas, competiciones deportivas o en la misma calle, no pasa de unos golpes o malos tratos o de causar unas lesiones que ni siquiera requieren de tratamiento médico o quirúrgico, no se entiende muy bien, por lo menos desde el punto de vista de un coherente «Derecho penal de acto», por qué debe ser castigado más gravemente, como reo de un delito que tiene asignada una pena de prisión de hasta tres años. Por otra parte, el presupuesto para aplicar esta norma es sumamente arbitrario, ya que no se basa en previas condenas, sino en la mera constancia (¿cómo? ¿por quien?) de que el sujeto haya realizado *en el plazo de un año*, cuatro veces la acción (o acciones) descrita en el art. 617. La prueba de tales hechos en un juicio no es tarea fácil, si se tiene en cuenta que puede que ni siquiera haya habido actuaciones judiciales o policiales anteriores, o los hechos se hayan cometido en lugares diferentes y en relación con diversas personas que ni siquiera los hayan denunciado, o no haya testigos ni otro tipo de pruebas que acrediten los golpes o malos tratos. ¿Bastará el mero atestado o el informe policial de que es un individuo pendenciero que en el último año ha estado implicado en por lo menos cuatro reyertas o agresiones físicas, de las que no se derivó ninguna lesión relevante? Pero es que, además, una de las faltas se produjo seis meses sin que haya habido actuación que interrumpa el plazo de prescripción, ya no podrá valorarse para constituir el presupuesto del art. 147. Las mismas dificultades que ya hemos observado respecto a la construcción de un supuesto similar en el hurto respecto al *ne bis in idem* y el conflicto de competencias se plantean también aquí.

Un concepto peculiar de «habitualidad» se maneja en el art. 173.2, que castiga como delito «contra la integridad moral», con penas de hasta tres años de prisión, al que «habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido» una de las personas ligas ligadas con el sujeto activo por alguna de las relaciones de carácter familiar o cuasi familiar que se mencionan en el precepto (cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad), o cualquier otra integrada en el núcleo de la convivencia familiar. Para apreciar la «habitualidad» en este delito, dice el apartado 3.º del art. 173, «se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercitado sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores». La desafortunada redacción del precepto ha dado pie a que algún autor haya considerado que aquí se describe un «tipo de autor», psicópata o violento aquejado de algún tipo de deterioro afectivo o psíquico, con lo que de nuevo de un «Derecho penal de autor» ronda este

tipo de preceptos en los que se hace descansar todo el desvalor del hecho más en la «habitualidad» que en la gravedad del hecho en sí mismo.

Esto se observa claramente cuando en la Ley sobre violencias de género, que entró en vigor en enero del 2005, una especial protección a la mujer, lo que ha motivado una criminalización adicional del varón al transformar en delito lesiones, amenazas y coacciones leves «si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia». Es evidente que esta «discriminación positiva» penal a favor de la mujer y en contra del hombre tiene difícil justificación jurídica y puede incluso lesionar el principio de igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución, pero tiene un trasfondo sociológico evidente y responde a los movimientos feministas, a los que son especialmente sensibles los políticos, hasta el punto de que a pesar de algunas objeciones, la mencionada fue aprobada con el voto unánime del Parlamento, aunque actualmente está pendiente de varios recursos de inconstitucionalidad.

Pero donde más se observa este renacimiento de la idea del «Derecho penal de autor» acompañada de una política de «tolerancia cero» es en la criminalización de conductas meramente «inmorales» en el ámbito sexual y en relación sobre todo con los menores e incapaces. La alarma creada con el aparente incremento de los abusos sexuales de menores y la utilización de Internet para traficar y difundir pornografía infantil han motivado en el 2003 una serie de reformas del Código penal, que ya habían sido precedidas por la introducción en 1999 del delito de «corrupción de menores», entendido como «hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste» y castigado con pena de prisión de seis meses a un año o multa (art. 189.3). Se hace difícil imaginar una «corrupción» que no sea ya un delito de agresión sexual, abuso sexual, exhibicionismo, difusión de material pornográfico, favorecimiento de la prostitución o utilización de un menor en espectáculos pornográficos, hechos todos constitutivos de otros tipos delictivos ya convenientemente sancionados en otros preceptos del Código penal. Pero el legislador, en su afán de no dejar ningún hueco en la protección de la «indemnidad sexual» del menor o incapaz, ha dejado en manos del juzgador una peligrosa arma que éste puede utilizar para penalizar cualquier comportamiento que, a su juicio, aunque no esté comprendido en los supuestos expresamente previstos en los anteriores delitos, deba ser castigado. Y por si esto fuera poco, el legislador del 2003 ha creado nuevos tipos penales en relación con este tema, penalizando la posesión, «para su propio uso», de material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizados menores de edad o incapaces (art. 189.2), o la producción o difusión

de material pornográfico «en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada» (art. 189.7). En el primer caso, se penaliza ciertamente un favorecimiento indirecto de la pornografía con menores, en la medida en que el consumidor de la misma, aunque sólo la obtenga para su propio uso, está fomentando que la misma se lleve a cabo; pero el precepto, igual que otras conductas meramente posesorias para el propio consumo como la de drogas ilegales, está criminalizando ex post a alguien que directamente ex ante no ha participado en el delito de utilización de menores o incapaces en la elaboración de material pornográfico. En el segundo, se llega incluso más lejos, pues ni siquiera se exige la utilización directa del menor, sino que basta la utilización de imágenes virtuales sin ninguna base real ¿No estamos aquí de nuevo ante un «Derecho penal de autor» que penaliza la tendencia pederasta como tal, aún sin traducirse en actos que incidan directamente en el menor o incapaz? Por lo demás, objeción común a ambos preceptos es la posible lesión del derecho fundamental a la intimidad y las dificultades de prueba que para la persecución de los mismos se pueden dar: ¿Bastará la sospecha de que alguien tiene este tipo de material en casa, incluso para uso privado, para justificar una orden judicial de allanamiento y registro? ¿Qué cantidad se considerará que excede del simple uso y constituye ya posesión para el tráfico?

Pero la más clara expresión de un «Derecho penal de autor», que recuerda la vieja concepción de los «tipos de autor» de la antigua Criminología positivista nazi es en relación con la reintroducción del delito de proxenetismo en la redacción que se le ha dado, tras la reforma de 29 septiembre de 2003, en el apartado 1 del art. 188, en el que se castiga con penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 14 meses al que «se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma». Con este precepto se quiere penalizar más una forma de vida o un tipo de autor (el «chulo», o «proxeneta») que la realización de actos concretos contra la libertad de la persona prostituida. La declaración expresa de irrelevancia del consentimiento de ésta para excluir el castigo del proxeneta hace aún más recusable el precepto pues, en un afán desmedido de paternalismo jurídico, sitúa a la persona prostituida en los límites de la inimputabilidad o de la incapacidad de obrar, lo que ciertamente puede darse en algún caso, pero no en la mayoría de ellos. El proxenetismo es desde luego una lacra, pero tan vinculado a la prostitución que casi es tan viejo, frecuente e inevitable como la prostitución misma. Se podría haber redactado el precepto de modo que se exigiera para su punibilidad algún tipo de restricción o atentado a la libertad de la prostituta, pero no prescindir totalmente de la voluntad de ésta, porque puede que incluso encuentre en su «chulo», que además puede ser el padre de sus hijos, la protección necesaria frente a los

clientes morosos, sádicos, maltratadores o excesivamente exigentes, pero también frente a otros explotadores o personas prostituidas que no quieren la competencia. Penalizar sin más esta figura supone casi tanto como penalizar la prostitución e incrementar la marginación social de la misma.

Estos ejemplos demuestran que la famosa «tolerancia cero» ha hecho también mella en la Política criminal adoptada por el legislador español para combatir la delincuencia callejera de baja intensidad, o comportamientos simplemente molestos socialmente o de dudoso merecimiento de pena, pero que inciden directamente en la vida cotidiana de los ciudadanos que nutre principalmente el cuerpo electoral y que en las «encuestas de victimización» se sienten muchos más afectados por este tipo de hechos que incluso por otros más graves que sólo raramente inciden directamente en estilo de vida («*Ufe style crimes*»).⁵ Los efectos negativos de esta Política criminal han sido ya denunciados repetidas veces y son tanto de carácter jurídico, como criminológico. Desde el punto de vista jurídico, suponen una infracción clara del principio de intervención mínima y de proporcionalidad («matar mosquitos a cañonazos»), y la conversión del «Derecho penal de acto», en un «Derecho penal de autor» mas propio de los sistemas penales autoritarios e incluso de carácter totalitario y racista.

Pero también desde el punto de vista criminológico, se ha denunciado su falta de eficacia a medio y largo plazo. Como se ha demostrado, la aplicación de una «tolerancia cero» en determinadas zonas o ciudades, no hace bajar el número total de delitos cometidos, sino simplemente *desplaza* el lugar de comisión de los mismos. Si se ponen, por ejemplo, muchos policías y se hacen frecuentes controles policiales con redadas, detenciones de los no identificados, etc., en determinadas zonas de la ciudad, es posible y casi seguro que en esas zonas baje la criminalidad que más característicamente produce la alarma y la inseguridad ciudadanas (el «tirón», la prostitución, la venta de drogas), pero eso ocurre porque simplemente la comisión de esos hechos se desplaza a otras zonas, verdaderos «ghettos», en los que ni siquiera se atreve a entrar la Policía, o a otras ciudades que son más «liberales» o tienen menos medios policiales. También cabe que el *desplazamiento* sea a la comisión de otro tipo de delitos, incluso más graves.

⁵ Estas teorías, así como las de la llamada «prevención situacional», han tenido gran éxito en la Criminología norteamericana de finales del siglo XX, entre otras cosas porque se dirigen al ámbito de la criminalidad que más se deja sentir en la vida cotidiana; de ahí que se les denomine «Criminología de la vida cotidiana»; cfr. Hassemer/Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, Valencia 2001. La imagen que se emplea para describirlas es la de las «ventanas rotas» (*broken Windows*): si en una casa hay una ventana rota que da al exterior, ello induce más a entrar a los ladrones que una casa que da una imagen de solidez y no tiene desperfectos. Estas opiniones fueron lanzadas por primera vez en 1982, en un breve artículo, por Wilson y Kel-Ling, «Broken Windows», publicado en *The Atlantic Monthly*, 1982, pp. 29-38; y ha sido luego desarrollada por ellos mismos y por William BRATTON, constituyendo un movimiento criminológico que algunos califican como «realismo de derechas»; cfr. Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, Madrid, 1998, p. 15 ss.

La idea de tolerancia cero también conduce a la criminalización de conductas como la mendicidad o la prostitución callejera que ciertamente pueden representar una molestia o incomodidad para la seguridad o la tranquilidad ciudadana, pero que no son verdaderamente conductas delictivas. La *víctima individual* apenas es tenida en cuenta y la relación delincuente-víctima es sustituida por la idea de que todos podemos ser víctimas y, por tanto, el motivo de intervención es la seguridad de todos en general, no la posible lesión de un bien jurídico en particular. Y todo esto, no sólo ya como un hecho aislado, o una reacción desproporcionada explicable, aunque no justificable, en función de circunstancias extremas, sino como una regla general, como una forma normal de proceder en todo caso y con buena conciencia.

Pero las principales objeciones contra la «tolerancia cero» provienen desde el punto de vista de su escasa eficacia en la prevención general de la delincuencia. Efectivamente, se ha demostrado que las políticas de «tolerancia cero», que se han implantado en muchas ciudades americanas, siguiendo el modelo de la de Nueva York a principios de los noventa, aunque momentáneamente parecían reducir algo las cifras de criminalidad generadora de inseguridad ciudadana (hurtos, robos, daños, etc.), analizadas a más largo plazo no han hecho bajar de forma relevante el número de delitos, ni siquiera el de los delitos menores, y sí, en cambio, han provocado un aumento impresionante del gasto policial, lo que, obviamente, conduce también a un aumento de la actividad judicial y del número de condenas, con el consiguiente aumento de la población penitenciaria, ya que la mayoría de estos delincuentes son condenados a penas de prisión. Incluso este aumento de la dotación policial ha provocado también el aumento de las quejas de muchos sectores ciudadanos contra la violencia y excesos policiales, motivadas por las reacciones desproporcionadas con que a veces la Policía ha actuado en casos en los que no había ningún peligro de comisión de un delito. Así, por ejemplo, en Nueva York en enero de 1999, una dotación de cuatro miembros de la unidad de policía de «lucha contra los delitos callejeros», que buscaban a un presunto violador, realizaron 41 disparos, de los que 19 dieron en el blanco, contra un joven inmigrante guineano de 22 años, que se encontraba tranquilamente en el vestíbulo de un edificio, hiriéndolo mortalmente (*caso Diallo*). Y en marzo del 2001, en la ciudad de Filadelfia, dispararon contra un joven conductor de raza negra que se saltó un semáforo en rojo, porque al ir éste a identificarse pensaron que iba a sacar un revolver de la guantera. Con motivo de este luctuoso suceso, que se añadía a otros muchos que se habían producido en el último año, se desencadenaron durante varios días diversos motines y revueltas en la población de raza negra de la ciudad, hasta el punto de tener que declararse el «estado de sitio» para restablecer el orden. Lo mismo sucedió en la ciudad de Los

Angeles, a principios de los años 90, con el caso Rodney King, que fue apaleado por un grupo de policías, que luego fueron absueltos por un jurado compuesto en su mayor parte por policías jubilados de raza blanca.⁶ He aquí algunos datos sobre los efectos de esta política en los Estados Unidos de America:

«El aumento de la población penitenciaria en Estados Unidos en los últimos diez años como consecuencia de esta política ha sido impresionante, se ha triplicado, pasando de setecientos cuarenta mil a casi dos millones. La cuota de reclusos por cada 100.000 habitantes era en 1997 de 646, seis veces superior a la media de la Unión Europea, que apenas pasa de 100 (la. de España es de 113) (fuentes: *Bureau of Justice Statistics, Prison and Jail Inmate ad Mid-Year 1988*, Washington 1999; *Council of Europe Annual Statistics*, Strassbourg 1997). Pero es que, además, la mayoría de la población carcelaria está compuesta por pequeños delincuentes, particularmente toxicómanos, condenados aparte de por tráfico de drogas a pequeña escala, por robos, hurtos, desórdenes, etc., de los que la mayoría procede de los sectores económicos más bajos de la sociedad, desempleados, principalmente negros y latinos, en una proporción de 10 por cada condenado de raza blanca. Ante esta realidad, suena bastante cínico que el Presidente Reagan llegara a decir que «la principal causa del delito es, por supuesto, el delincuente», contra el que pedía toda la dureza de la ley, «*no more excuses*», nada de indulgencia.⁷ El crecimiento desmesurado del sector penitenciario dentro de la Administración pública, no ha impedido, sin embargo, que se haya tenido que recurrir a la «prisión privada» o al sector empresarial para que organice el trabajo dentro de las prisiones, convirtiéndolo en un trabajo productivo y bastante rentable».⁸

124

Si de la experiencia norteamericana pasamos a la habida en Ciudad de Méjico, donde por influencia del ex alcalde de la ciudad de Nueva York, Rudolph Giuliani, el gran propugnador y propagandista de esta política, a quien parece que un grupo de empresarios mejicanos le pagaron por su asesoramiento cuatro millones de dólares, se ha aplicado en estos años una política de «tolerancia cero», los resultados tampoco parecen mejores:

«Ni la calidad de vida, ni el tráfico automovilístico, sector en los que se acometió una estrategia de combate al desorden con la aplicación del

⁶ Sobre este caso y sus incidencias jurídicas y sociales, véase Fletcher *Las víctimas ante el jurado*, traducción de Medina Ariza y Muñoz Aunión, Valencia, 1998, p. 65 ss.

⁷ Citado por Wacquant, *Las cárceles de la miseria cit.* p 62 s.

⁸ Para más detalles cfr. Hassemmer/Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología, cit.*, p. 328 ss.

alcoholímetro y severas sanciones a los infractores de tráfico, retirada de vehículos abandonados, sanciones a limpiaparabrisas, «gorrillas» y «graffiteros» etc, han mejorado notablemente. Tampoco las negociaciones con las llamadas «sexoservidoras» han mejorado la imagen de las zonas donde siempre se ha practicado la prostitución, ni se ha erradicado el «narcomenudeo» o los pequeños hurtos; por no hablar de otros delitos más graves como atracos en plena vía pública, secuestros, homicidios, o del linchamiento en un barrio marginal de Ciudad de Méjico a principios de diciembre del 2004, de dos policías por un grupo de delincuentes casi en presencia de fuerzas policiales que no intervinieron, mientras el hecho era captado con toda tranquilidad por los cámaras de televisión de las principales cadenas que lo transmitían en directo a todo el país (datos recogidos de noticias de medios de comunicación mejicanos de la primera semana de diciembre del 2004)».

A la vista de todos estos datos, y de otros muchos similares que se han constatado en los lugares en los que se ha implantado la política de «tolerancia cero», se puede predecir lo que puede ocurrir, lo que está ocurriendo ya en España, con las reformas del Código penal, que recientemente han entrado en vigor en materia de seguridad ciudadana. Lo que provoca esta política, en el fondo, es, desde el punto de vista de su eficacia preventiva, una irrelevante disminución de algunas formas de criminalidad escasamente relevante desde el punto de vista cualitativo a cambio de un aumento de la «criminalización de la pobreza». La globalización de la economía ha traído consigo en todo el mundo, incluso en los países de mayor nivel económico, un aumento de una población sub-proletaria, con gran número de desempleados, escasa cualificación laboral, emigración ilegal, etc., que lógicamente está abocada a la delincuencia, o por lo menos a un cierto tipo de delincuencia de supervivencia. Ciertamente, es muy difícil que ninguna sociedad admita que tres millones de desempleo puedan impunemente robar, pero el problema del desempleo no se soluciona con un aumento de la represión penal y policial, ni con la construcción de más cárceles, sino con una inteligente política social y económica, con una más justa redistribución de la riqueza, con mayor gasto en ayuda y obras sociales. Desgraciadamente, ello parece hoy estar lejos de los programas de la mayoría de los gobiernos, incluidos los de la izquierda, en los países de mayor nivel económico. La «globalización del modelo económico» está provocando una reducción del Estado social y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario; y la idea de «tolerancia cero» no es más que la expresión de un pensamiento único sobre cómo proceder y prevenir la delincuencia, que se quiere extender como modelo a todo el mundo, independientemente de las diferencias económicas, culturales y sociales de cada país. Que ello sea algo más que una moda, dependerá de la evolución de la economía y de la

sensibilidad social de los agentes políticos y económicos que hoy dominan el mundo; pero también del nivel de resistencia intelectual que puedan oponer los criminólogos y penalistas comprometidos con la prevención de la criminalidad dentro de las coordenadas del Estado social y democrático de Derecho, y de la capacidad de respuesta política que puedan dar a través de sus organizaciones, sindicatos, etc., los sectores más perjudicados por la globalización y la «tolerancia cero».⁹

B) El «Derecho penal del enemigo» y su influencia en las reformas penales.

Pero si de la criminalidad menor en importancia cualitativa pasamos a la criminalidad de mayor gravedad, observamos en las reformas recientes del Código penal español una tendencia que más que a la idea de «tolerancia cero» responde a lo que el penalista alemán, Günther Jakobs, denomina «Derecho penal del enemigo».¹⁰ Con él, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales, y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. Una panorama sin duda duro y desolador, pero, según dice el citado autor, inevitable, «pues se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad».¹¹

Ejemplos de este Derecho penal excepcional ha habido siempre desde los orígenes de la Codificación penal en el siglo XIX, cuando desde el primer momento se tuvo que recurrir a leyes penales excepcionales, contrarias al espíritu liberal y constitucional que inspiraron los primeros Códigos penales. Así, por ejemplo, en España pronto apareció una legislación excepcional para reprimir primero el bandolerismo, luego los movimientos sociales de carácter anarquista de finales del siglo XIX, y sobre todo tras la Guerra Civil (1936/39) una legislación penal de carácter bélico militar que se prolongó con mayor o menor intensidad durante todo el régimen de la dictadura franquista (1939/1975), que culminó en septiembre de 1975 con la ejecución de cinco miembros de grupos terroristas condenados a muerte por un Tribunal militar.

⁹ Cfr. Hassemer/Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, cit.

¹⁰ Cfr. Jakobs, *La ciencia penal ante los retos del futuro*, traducción de Teresa Manso en Eser/Hassemer/Burkhardt, *La ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio*, coordinador de la edición española, Francisco Muñoz Conde, Valencia 2004, p. 53 ss. (esp. 59 ss.). La expresión en alemán «*Feindstrafrecht*» fue utilizada ya por el citado autor en su ponencia a las Jornadas de Penalistas Alemanes de Frankfurt en 1985, aunque en un sentido más bien crítico.

¹¹ Jakobs. *ob. cit.*, p. 61.

Ejemplos de este tipo los ha habido también durante todo el siglo XX en muchos países europeos, y, por supuesto, en otras partes del mundo, especialmente durante períodos de graves crisis económica, política y social, en situaciones de guerra o posguerra, y de un modo generalizado en los regímenes totalitarios de Hitler, Mussolini, Stalin o Franco, o en las dictaduras del Cono Sur americano (Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil) durante los años 70 y parte de los ochenta del pasado siglo.

Probablemente, la novedad de este «Derecho penal del enemigo» al que ahora se refiere Jakobs, es que este tipo de Derecho penal excepcional, contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y declaraciones internacionales de derechos humanos, empieza a darse también en los Estados democráticos de Derecho, que acogen en sus constituciones y textos jurídicos fundamentales principios básicos del Derecho penal material del Estado de Derecho, como el de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y sobre todo los de carácter procesal penal, como el de presunción de inocencia, debido proceso y otras garantías del imputado en un proceso penal. El tráfico de drogas, el terrorismo y el fantasma de la criminalidad organizada han sido los problemas que han dado y están dando lugar a este tipo de Derecho penal excepcional.

A este respecto, Jakobs menciona varios ejemplos de los sujetos que pueden calificarse como enemigos, señalando:

*«El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual «peligroso» según el parágrafo 20 a del Código penal alemán), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo «complot de asesinato»), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento».*¹²

Aun sin llegar tan lejos, algunos de los ejemplos de este «Derecho penal del enemigo» que menciona Jakobs los hemos visto ya en el epígrafe anterior cuando hablábamos de «tolerancia cero» en relación con los nuevos preceptos sobre «habitualidad», proxenetismo y tenencia de pornografía en la que se haya utilizado a menores o incluso la voz o la imagen defor-

¹² Ob. cit. p. 59.

mada de estos. Pero ahora nos referiremos a otros en los que igualmente puede hablarse de «tolerancia cero», pero de una «tolerancia cero» de mayor alcance y magnitud, porque se refiere a delitos más graves y a una forma también más dura de combatirlos, más allá de los parámetros de represión penal admisibles en el Estado de Derecho. Esto es lo que, si no lo interpreto mal, Jakobs llama «Derecho penal del enemigo». Desde luego, algunas de las reformas penales del Código penal español introducidas en el 2003, aunque no sólo ellas, reflejan claramente las características que según Jakobs corresponden a este tipo de Derecho penal. Veamos algunos de ellas.

— Como ejemplos de penas desproporcionadas, junto a las que ya desde hace tiempo pueden aplicarse en caso de tráfico de drogas y terrorismo (cfr. por ejemplo, respecto al tráfico de drogas, arts. 368, 369, 370; y respecto al terrorismo, arts. 571 ss.), tenemos ahora la nueva regulación de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que en el art. 318 bis permite imponer penas que pueden llegar a los 15 años de prisión, en caso de tráfico ilegal o inmigración clandestina, cuando el propósito fuera la explotación sexual de personas, se realice con ánimo de lucro, y el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades; o hasta 17 años y seis meses de prisión cuando se trate de jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones. Desde luego, a los que organizan uno de esos viajes para los emigrantes que pretenden atravesar el Estrecho de Gibraltar en «pateras», podría salirles más barato matar a alguno de ellos, o decir que la joven que quiere trabajar como prostituta en España, en realidad lo que quiere es trabajar de esclava por un sueldo de miseria en casa de una rica familia. Si a ello se añade que algunos de estos traficantes de personas, que actúan en grupo, incluso de forma transitoria, se le ocurre traer un poco de «*haschish*» en sus bolsillos para ganar algún dinero vendiéndolo, los veinte años de prisión no hay quien se los quite.

— Un régimen de dureza extrema, nunca habida antes, si prescindimos ahora de la pena de muerte, con la pena de prisión en España, representa el nuevo régimen de prolongación de dicha pena hasta cuarenta años, sin apenas posibilidades de reducción y concesión de la libertad condicional, tal como establecen ahora los arts. 78 y 90, tras la reforma de 30 junio 2003, que entró en vigor el mismo día de su publicación, para los delitos de terrorismo. Naturalmente, ello no impidió que se produjera el atentado terrorista de 11 de marzo del 2004. Ni tampoco parece que sea esta la perspectiva que desaliente a los terroristas que en el futuro puedan cometer actos semejantes. Pero de eso hablaremos más adelante.

— Como ejemplo de anticipación de la intervención del Derecho penal

a supuestos alejados incluso de la puesta en peligro del bien jurídico, tenemos los preceptos relativos a la apología del genocidio (art. 607.2) y la indirecta del terrorismo, a través de su enaltecimiento o justificación (art. 578), o la penalización de la convocatoria de referendums ilegales (art. 506 bis), y de la concesión de ayudas o subvenciones a partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial (art. 576 bis), introducida de forma subrepticia en la Ley Orgánica 20/2003, de 23 diciembre 2003, aprovechando una Ley de acompañamiento a la Ley de Presupuestos. Hasta tal punto se ha considerado que estos dos últimos preceptos constituyen una extralimitación del poder punitivo, que una de las primeras reformas penales que realizó el Gobierno surgido de las elecciones del 14 de marzo de 2005. Sin embargo, probablemente se pueda encuadrar dentro de esta tendencia, aunque no tenga directamente una incidencia penal, la Ley de Partidos, que prohíbe partidos con ideas afines a las bandas terroristas o que no condenen expresamente la violencia realizada por las mismas, y la prohibición en base a la misma de concurrencia de agrupaciones de electores, sospechosos de connivencia o simpatía con la banda ETA.

— Y como ejemplo de recorte de garantías procesales, siguiendo el ejemplo de preceptos del *Act Patriot* de Estados Unidos que permiten al FBI, sin control judicial, detener a ciudadanos, o recabar de las empresas datos sobre la intimidad de sus clientes y trabajadores y otras muchas violaciones de derechos fundamentales, están las medidas excepcionales de detención gubernativa por tiempo indefinido de extranjeros sospechosos de terrorismo en Inglaterra (cfr. sin embargo, infra); o la aceptación como prueba, sancionada legalmente en muchos países, de la declaración del «arrepentido», en los casos de terrorismo y criminalidad organizada («*chiamata di correo*», en Italia; «testigo protegido», en la Ley sobre crimen organizado en Méjico). En España, aunque en los últimos años, salvo en materia de prisión preventiva, no se han hecho reformas procesales específicas, existen prácticas jurisprudenciales que admiten como prueba de cargo contra un acusado la «declaración del coimputado» (cfr. STS 29 julio 1998: «caso Marey»),¹³ o la utilización como medio de prueba de grabaciones audiovisuales obtenidas de una forma, que, como repetidamente ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo respecto al art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, violan la intimidad por que no respetan determinados principios y garantías.

Pero una vez constatada la existencia de algunos preceptos existentes en la legislación penal positiva, de lo de que se trata es de ver hasta que punto son legítimos, es decir, si están o no en consonancia con los princi-

¹³ Cfr. Muñoz Conde, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3a ed., Buenos Aires, 2007, p. 69 ss.

pios del Estado de Derecho y respetan los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Este es el problema principal, y precisamente por eso, se plantean continuamente en torno a ellos cuestiones de inconstitucionalidad y dan lugar a innumerables recursos de recursos de amparo, cuando se aplican en algún caso concreto en los procesos penales que diariamente se tienen que fallar por los Tribunales de los países democráticos en los que estos principios se encuentran acogidos en los textos constitucionales y son vinculantes para esos Tribunales. Y efectivamente muchas veces los Tribunales constitucionales de estos países o los de derechos humanos de carácter internacional han declarado la inconstitucionalidad de estos preceptos o han anulado condenas que se habían basado en los mismos. Como podemos ver en algunas decisiones habidas en la Jurisprudencia española más reciente:

«Así, por ejemplo, la STC 16 diciembre 1987 declaró inconstitucional y parcialmente nulo la aplicación del régimen excepcional que establecían los arts.13 a 18 de la Ley Orgánica 96/1984 a la apología de los delitos relativos a bandas armadas, elementos terroristas y rebeldes. La STC 20 julio 1999 anuló la STS de 29 noviembre de 1997, considerando que la aplicación del art. 174 bis a) del anterior Código penal (colaboración con banda armada) a la decisión de la Mesa Nacional de Herri Bata-suna de ceder sus espacios electorales gratuitos a la difusión de un video propagandístico de la banda terrorista ETA infringía el art. 25.1 de la Constitución. La STC 18/2003, de 23 octubre («caso autopista de Andalucía»), anuló otra del TS en la que se había condenado a unos funcionarios por cohecho, utilizando como prueba unas grabaciones telefónicas decretadas por el Juez instructor a raíz de una denuncia anónima. También el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha manifestado repetidas veces que la regulación que de este problema hace el art. 579.3 de la Ley de Enjuiciamiento criminal española es insuficiente por no respetar principios de proporcionalidad, suficiente control judicial, etc (casos «Valenzuela» y «Prado Bugallo»). Y ya son muchas las decisiones del Tribunal Supremo y de otras instancias judiciales españolas que, siguiendo este criterio, han anulado pruebas obtenidas con infracción de estos principios, incluso en relación con delitos graves, principalmente de narcotráfico».¹⁴

A pesar de estas y de otras decisiones similares adoptadas por los tribunales de justicia en otros países, los Gobiernos y poderes legislativos, incluso en países con más tradición democrática que el nuestro, presiona-

¹⁴ Véase sobre esta jurisprudencia Muñoz Conde, *La valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, 2a ed., Buenos Aires 2007, p.45 ss.

dos por los medios de comunicación y por una opinión publicada alarmada por el incremento de estos problemas, sobre todo a partir de los graves atentados terroristas de los últimos años y especialmente del de 11 de septiembre del 2001 en la ciudad de Nueva York, han adoptado una serie de medidas legislativas que bordean, cuando no claramente infringen los límites constitucionales del Derecho penal en el Estado de Derecho. Un ejemplo de este tipo puede ser el *USA Patriotic Act* de octubre del 2001 y las ordenes militares aprobadas en Estados Unidos tras el atentado del 11 de septiembre. Afortunadamente, en ese mismo país algunos jueces han considerado inconstitucionales muchos esos preceptos por infringir derechos fundamentales como el derecho al debido proceso, a la intimidad, etc; aunque lo cierto es que de un modo u otro siguen estando vigentes y dando lugar a situaciones como la de los presos afganos en la base americana de Guantánamo, y a los abusos y torturas de los presos iraquíes en la cárcel de Abu Crhaig.

Este mismo año, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su Sentencia de 3 marzo 2004, ha declarado inconstitucional la regulación que en 1999 había introducido el legislador alemán en la Ordenanza procesal penal, por la que se permitían graves intromisiones empleando como medios de prueba grabaciones de conversaciones en el ámbito de la intimidad más estricto (*grosse Laus-changriffe*), por no cumplir determinadas garantías requisitos derivadas del principio de legalidad y de proporcionalidad.¹⁵ Y en diciembre del 2004, la Cámara de los Loes inglesa ha sentenciado que la Ley antiterrorista inglesa del 2001, patrocinada por el Gobierno Blair, que permitía la detención gubernativa sin límite temporal de extranjeros sospechosos de terrorismo (una especie de «Guantánamo británico», como se le había dado en llamar), infringe entre otros derechos de la Convención Europea, el derecho a la igualdad jurídica entre extranjeros y ciudadanos y al debido proceso y a la protección judicial efectiva. «La prisión indefinida sin cargos ni juicios es anatema en un país que observa el imperio de la ley», escribe en sus conclusiones Lord Nicholls de Birkenhead. Y aún más contundentemente escribe Lord Hoffmann, otro de los ocho Magistrados que se pronuncian en contra de esta Ley: «La verdadera amenaza para la vida de esta nación, entendida como un pueblo que vive de acuerdo con sus tradiciones y sus valores políticos, no viene del terrorismo, sino de leyes como ésta».¹⁶

Parece, pues, que la existencia de un «Derecho penal del enemigo» no goza del aprecio y simpatía de los Tribunales encargados de vigilar si las normas penales (o de cualquier otra rama del Ordenamiento jurídico) se

¹⁵ Véase comentario a esta sentencia en Muñoz Conde, *ob. u. cit.*, p. 50.

¹⁶ Textos recogidos en diversos medios de comunicación del 18 de diciembre del 2004.

adaptan a los principios del Estado de Derecho y respetan los derechos fundamentales reconocidos tanto internamente en las Constituciones, como internacionalmente en las Declaraciones internacionales de Derechos humanos. Por tanto, el único problema que debería plantear al jurista no sería más el de comprobar su compatibilidad con estos principios. Pero no cabe duda que, igual que veíamos en relación con el movimiento de la «tolerancia cero», existe hoy en día una tendencia a utilizar el Derecho penal de un modo más enérgico y contundente incluso saltándose si fuera necesario los límites que le imponen el Estado de Derecho y el reconocimiento, tanto a nivel nacional, como internacional, de los derechos humanos. Ante esta situación debe preguntarse:

¿Hasta qué punto es legítimo un «Derecho penal del enemigo» que no se atenga a los principios del Estado de Derecho y viole preceptos constitucionales y declaraciones internacionales a favor de los derechos humanos?

Y sobre todo ¿cuáles son los límites que debe tener el mismo, si es que, por su naturaleza, admite algún tipo de límites?:

¿Será también la «guerra sucia» contra el terrorismo un «Derecho penal del enemigo»? ¿Lo es el llamado «asesinato selectivo» practicado por el ejército israelí lanzando misiles contra los presuntos dirigentes de los grupos terroristas palestinos cuando se encuentran en sus casas o viajan en coche? ¿Lo son los crímenes de guerra, cuando se remata a soldados heridos e indefensos, o los llamados «daños colaterales» de los bombardeos, cuando estos alcanzan a civiles, a población no combatiente, a mujeres y niños⁹ ¿Lo son la tortura como medio de averiguación de la verdad, la prisión sin los derechos mínimos reconocidos internacionalmente a los presos, la privación de libertad meramente gubernativa, sin control judicial, sin derecho a la asistencia de un abogado designado libremente, por tiempo indefinido? ¿La pena de muerte?

A estas cuestiones, no cabe duda, se puede contestar de diversas maneras, y en esas respuestas habrá implícita o explícitamente algo más que una actitud puramente jurídica. Así, por ejemplo, alguien dirá: Si se trata de una guerra, en la guerra cabe todo, con tal de ganarla. Al enemigo no se le reconocen derechos, se le combate sin más; se le caza «vivo o muerto». «No hay mejor terrorista, que el terrorista muerto», decía un viejo Ministro de la Gobernación que también había sido Ministro en la dictadura franquista.

A este respecto Jakobs ofrece la siguiente fundamentación:

«Los enemigos no son efectivamente personas» («Feinde sind aktuell Unpersoneri», en el original alemán).¹⁷ Por tanto, no pueden ser tratados como tales.

Pero ¿qué quiere decir con eso? ¿Cómo valorar esta afirmación? Si es una mera descripción de una realidad (que existe y de la que ya hemos dado algunos ejemplos), habrá que decir algo respecto a la misma, habrá que valorarla y habrá que sacar de ello unas consecuencias.

Evidentemente, y dada que esta cuestión no es nueva, también en el pasado se ha dado algún tipo de fundamentación doctrinal a la existencia de «dos Derechos penales». Así, por ejemplo, decía el famoso penalista alemán Edmund Mezger en los informes que redactó en 1943 para el régimen nacionalsocialista sobre un Proyecto de Ley sobre el tratamiento de «Extraños a la Comunidad» lo siguiente:

«En el futuro habrá dos (o más) «Derechos penales»:

– Un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y

– *Un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión... Una vez que se realice la inclusión, el «Derecho especial» (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas... Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un «nuevo comienzo»).*¹⁸

No parece que a Edmund Mezger le pareciera mal esta separación entre dos clases de Derecho penal. Ni por el contenido de este texto (el Proyecto de Ley sobre Extraños a la Comunidad incluía, entre otras graves medidas, la entrega a la policía de los asociales y su reclusión por tiempo

¹⁷ En la traducción de Teresa Manso, que aquí se maneja, 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, 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 (cfr., por ej., PORTILLAS CONTRERAS, «El Derecho penal y procesal del «enemigo». Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos», en *Dogmática y Ley Penal, Libro Homenaje a Bacigalupo*, Madrid 2004. tomo II, p. 696 ss.

¹⁸ Véase texto de este informe completo, en Muñoz Conde, *Edmund Mttger y el Derecho penal de su tiempo*, 4a ed., Valencia 2003, p. 242 ss. Entrecomillados y subrayados en el texto original).

indefinido en campos de concentración, y su esterilización «cuando pueda esperarse de ellos una herencia indeseable para la comunidad del pueblo», o la castración de homosexuales, «si la seguridad pública así lo exige»), ni por las ideas vertidas en sus publicaciones y otras actuaciones de colaboración que llevó a cabo el famoso penalista con el régimen nazi entre 1933 y 1945, parece que le repugnara mucho la idea de que hubiese un Derecho penal especial para «enemigos de la comunidad» (como también llamaba a una parte de esos «extraños»), con los que estaban de sobra todas las garantías y diferenciaciones jurídicas propias del Derecho penal aplicable a la generalidad de los ciudadanos normales.

Entonces se trataba de un régimen totalitario, en el que se daba por sentado que existiera un Derecho penal de este tipo para los «enemigos» o «extraños a la comunidad». Pero 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» o «enemigos», en la clásica distinción del famoso politólogo nazi Carl Schmitt), como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicas. 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 un ordenamiento 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. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o la fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos. Los más importantes juristas del régimen nacionalsocialista, como Roland Freisler o, Hans Franck, afirmaban y formulaban esta idea con toda claridad: «*Recht ist was dem Volk nuzt*» («Derecho es lo que es útil al pueblo»). Sustituyase el término «pueblo» por el de «Estado» o por el de «sistema», y el término «útil» por el de «funcional» y tendremos una fundamentación del Derecho penal del enemigo perfectamente funcionalista. La única diferencia entre la fundamentación funcionalista actual del Derecho penal y la que ofrecía el nacionalsocialismo es que el funcionalismo está dispuesto a asumir también que Derecho es lo que es funcional (útil) al

sistema democrático, aunque muchos de sus preceptos no tengan nada de democrático. En definitiva, la «razón de Estado», que es el que monopoliza el poder punitivo, o la funcionalidad de su sistema, independientemente de que sea democrático o autoritario, se convierte en el único fundamento del Derecho (penal).

No sé si JAKBOS llegaría a admitir,¹⁹ si quiera como hipótesis, un planteamiento tan extremo como éste, pero de lo que no cabe duda (y ahí está el caso de Mezger para demostrarlo) que es posible llegar a esta conclusión, cuando se admite la existencia de dos Derechos penales distintos, inspirados en principios diferentes y con distintas finalidades o funciones. En todo caso, corresponde a los que asumen esta distinción como inevitable aclarar lo que se quiere decir con la por lo demás bastante ambigua expresión «Derecho penal del enemigo» y cuáles serían los límites que el mismo debería tener, si es que tiene alguno. Considero que, en los momentos actuales, no basta con identificar y describir en los Ordenamientos jurídico penales actuales brotes o ejemplos evidentes de un «Derecho penal del enemigo», sino que es preciso manifestar también si son compatibles con el marco constitucional de un Estado de Derecho y con los Pactos internacionales de Derechos civiles reconocidos y acogidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados civilizados. Una visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de un sistema jurídico, convierte al jurista en simple notario que constata una realidad, pero que ni la aprueba, ni la desaprueba. Es como describir cómo funciona una silla eléctrica, pero sin pronunciarse a favor ni en contra de la pena de muerte. Se constata su existencia, se determina, según la ley vigente, que personas deben sentarse en ella, después de haberseles imputado el delito que fundamenta su aplicación, como y quien debe pronunciarla y luego quien debe aplicarla. Pero la pena de muerte como tal sigue ahí inmutable, inmodificable, sustraída a cualquier tipo de valoración por parte del jurista, cuyo papel termina en el momento que ha constatado que la pena prevista en la ley para el delito se ha aplicado «contrafácti-camente» para restablecer la vigencia de la norma infringida por el condenado

Se trata, como se ve, de una construcción valorativamente ambigua, o polivalente, que lo mismo vale para un roto que para un descosido, para un

¹⁹ Pero lo cierto y verdad es que en trabajos posteriores a su Ponencia de Berlín se reafirma en la necesidad de admitir el «Derecho penal del enemigo», con este u otro nombre, como algo inevitable a lo que tiene que recurrir una sociedad en casos extremos para mantener su seguridad. Véase por ej., JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, en JAKOBS/CAN-CIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003, p. 55 s.: «Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser com-i>.indo como enemigo. Esta guerra tiene lugar como un legítimo derecho de los i ind.id.inos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido».

sistema democrático, que para uno totalitario. El sistema, el que sea, y su mantenimiento, a toda costa, eso es lo único que importa.

Pero incluso si se admite como inevitable esta distinción y como una tendencia imparable, en la medida en que efectivamente son ya muchos los Ordenamientos jurídicos en los que se pueden encontrar ejemplos normativos inspirados en esta concepción belicista del Derecho penal, como medio de lucha contra el «enemigo», inmediatamente surge una pregunta, que ya formuló Albin Eser en la clausura del coloquio celebrado en Berlín en octubre de 1999, en el que Jakobs presentó su antes citada ponencia:²⁰

«Esta «frialidad» que se deduce de la concepción (del delito, FMC) reducida a la lesión normativa asusta aún más, cuando se contraponen el frente construido por Jakobs entre un «Derecho penal del ciudadano» respetuoso con el Estado de Derecho y un «Derecho penal del enemigo» emanado del poder estatal. Enemigos como «no personas», es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho, cualesquiera que sean los criterios que se utilicen para determinar quién es «ciudadano» y quién «enemigo». ¿Quién puede decir realmente quien es el buen ciudadano o el mayor enemigo? ¿el que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se puedan derivar -y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica-».

136

El «Derecho penal del enemigo» tiene, por tanto, dos cuestiones básicas que responder, si es que quiere pasar el umbral de una expresión brillante y más o menos provocadora, pero tautológica o vacía de contenido. Una es de tipo conceptual y afecta a su propio contenido: ¿Quién define al enemigo y como se le define? ¿a qué tipo de sujetos autores de delitos se incluye en el grupo de los ciudadanos o en el de los enemigos? La otra está relacionada con el marco de referencia: ¿es compatible con el Estado de Derecho y con el reconocimiento sin excepciones a todos de los derechos humanos fundamentales? ¿es compatible con el principio de que todos somos iguales ante la ley?

A mi juicio, Jakobs no contesta satisfactoriamente a ninguna de las dos cuestiones. Se limita a constatar una realidad y alude a la necesidad de una «seguridad cognitiva» como fundamento de su existencia. Esta «seguridad

²⁰ En Eser/Hassemer/Burkhardt, *ob. cit.*, «Consideración final» de Albin Eser, traducción de Carmen Gómez Rivero, p. 472.

cognitiva» que Jakobs describe como aspiración fundamental del Derecho penal del enemigo es, por supuesto, también una aspiración de cualquier sistema jurídico; «por consiguiente, dice Jakobs,²¹ no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del derecho penal, sino de describir dos polos de *un solo* mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en *un solo* contexto jurídico-penal» (cursivas en el original). Pero una seguridad cognitiva total nunca puede ser garantizada por ningún sistema sea del tipo que sea. Podrá haber unos niveles mayores o menores de seguridad, y de lo que se trata es de determinar cuando esos niveles son compatibles con el ejercicio de los derechos fundamentales. El equilibrio entre los dos polos es difícil y, eomó v.i hemos dicho anteriormente, siempre se encuentran en tensión. Pero si, como sucede en momentos de crisis, la balanza se inclina descaradamente y sin ningún tipo de límites a favor de la seguridad cognitiva, la consecuencia inmediata será la paz, pero la paz de los cementerios. Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo.

Tampoco creo que se ayude mucho a clarificar esta postura, negándole al «Derecho penal del enemigo» el carácter o incluso el nombre de «Derecho penal»,²² pues el problema principal que aquí se plantea no es una cuestión de nombres, sino-de contenidos. Como decía un amigo mío de las leyes penales franquistas más represivas, «serán Derecho penal, pero un De-

²¹ En Jakobs/Cancio, *ob. cit.*, p. 22.

²² En este sentido, Cancio Meliá, ¿«Derecho penal» del enemigo?, en Jakobs/Cancio Meliá, *ob. cit.* (también del mismo Cancio, *Feind «strafrecht»*, manuscrito de un artículo en alemán aún inédito, que por gentileza de su autor he podido ya consultar); Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, 2.ª ed. revisada y ampliada. Madrid 2001. p. 166; quienes, en todo caso, muestran sus reservas respecto a la legitimidad de este tipo de Derecho penal de la emergencia. No obstante, este último autor cita el «Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos» como un ejemplo de «Derecho penal del enemigo» (cfr. p. 165). Desde luego, si se conciben las personas a las que se les imponen tales medidas sólo como «seres peligrosos», o, como, según se les definía en el nacionalsocialismo, «extraños o enemigos de la comunidad», (cfr. por ejemplo, el Proyecto nazi sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad, asesorado por el penalista Mezger y el criminólogo Exner), a los que había que «inocuizar» imponiéndoles medidas como la esterilización «para prevenir una herencia indeseable», la castración o el internamiento por tiempo indefinido en campos de concentración, no cabe duda que estaremos ante un «Derecho penal del enemigo» (Sobre este Derecho penal nacionalsocialista, véase Muñoz Conde, *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*, cit., *passim*), igual que podía calificarse como tal Ley franquista de Peligrosidad y Rehabilitación social, que incluso admitía la imposición de medidas de seguridad, que en nada se diferenciaban de penas, a personas «peligrosas sociales» (vagos, mendigos, drogadictos. homosexuales), aunque no hubieran cometido delitos. Pero si, precisamente para evitar estos abusos que llevaron al Holocausto y al sacrificio de millones de personas en el régimen nazi, se preconiza un «Derecho de medidas de seguridad», limitado por el principio de legalidad y proporcionalidad, sólo aplicable a los que hayan cometido un hecho delictivo, e incluso precisando, como hace el art. 6, 2 del Código penal español de 1995, que «las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor», no hay por qué aceptar, tampoco en este ámbito, la existencia de un Derecho penal del enemigo, basado sólo en criterios de peligrosidad (para más detalles sobre esta concepción. Muñoz Conde. *Derecho penal y control social*. Jerez 1985, p. 49 ss. (hay segunda edición colombiana, Bogotá 1999). Lo que sí demuestra este ejemplo traído a colación por Silva Sánchez, es la proximidad entre las

recho penal del que hay que salir corriendo». ²³ En aquella época eran muchos los estudiantes universitarios (y los obreros, sindicalistas y demás opositores del régimen franquista) que en las manifestaciones contra el régimen corrían por las calles perseguidos por policías uniformados de gris (los «grises») y que recibían en sus espaldas los golpes que éstos les daban, cuando no eran detenidos y pasaban largos días en los calabozos policiales hasta que eran puestos a disposición de un Tribunal especial (el famoso TOP, Tribunal de Orden Público) que podía condenarlos a varios años de prisión por manifestación ilegal, desórdenes públicos, propagandas ilegales o asociación ilícita. Pero si además eran acusados de terrorismo por haber participado en algún acto de violencia o en el que había resultado algún policía muerto, entonces pasaban a la competencia de un Tribunal militar que tras un juicio sumarísimo de guerra, pronunciaba penas de muerte que desde luego eran ejecutadas, como sucedió con las últimas cinco ejecuciones habidas en la dictadura en septiembre de 1975. Lástima que algunos que sufrieron en sus cuerpos los rigores de ese «Derecho penal del enemigo» no tengan inconveniente ahora en admitirlo, al menos hipotéticamente, para «otros enemigos».

Pero también está el problema, nada desdeñable en una sociedad orientada hacia las consecuencias, del efecto preventivo que obviamente debe tener ese Derecho penal del enemigo en la contención o reducción de los niveles de criminalidad en los ámbitos en los que sería aplicable, ya que precisamente su fin es afianzar la «seguridad cognitiva» y no puramente la normativa. No parece, sin embargo, que los terroristas, narcotraficantes, o miembros de asociaciones mañosas, a los que principalmente pretende dirigirse, se sientan especialmente amenazados por este Derecho penal especial, sin garantías, ni por ningún otro. Puede ser que incluso les legitime en sus ataques al Estado el que éste ya de antemano los excluya y los califique como «no personas». Lo que sí es evidente, en todo caso, es que el Derecho penal del enemigo representa o puede representar una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho, y que con ello devalúa la seguridad normativa, acentuando tan sólo la puramente cognitiva, es decir, la eficacia frente a peligros, no el restablecimiento de la vigencia de la norma y la confianza de los ciudadanos en la misma. Para los que hace ya más de treinta años defendíamos en España, no sin asumir algún tipo de riesgo más allá del puramente intelectual que pusiera en peligro nuestro futuro

ideas de «tolerancia cero» y el las del «Derecho penal del enemigo». Por supuesto, que cualquier sector del Derecho penal puede convertirse en «Derecho penal del enemigo» a poco que se extralimite y se infrinjan los principios limitadores del Derecho penal del Estado de Derecho (sobre otras posibilidades de «perversión» de estos límites y de los conceptos básicos del Derecho penal durante la dictadura franquista, véase Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975, p. 58 ss.; y el esclarecedor Prólogo de Gonzalo Fernández a la 2ª edición de esta obra, Buenos Aires, 2001).

²³ Véase mi Prólogo a Hassemer, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984.

académico o incluso nos hiciera clientes propiciatorios de aquel «Derecho penal del enemigo», esos principios del Estado de Derecho frente a la legislación excepcional antiterrorista del régimen franquista, que calificaba como «enemigos» a todos los que discreparan públicamente del régimen dictatorial o pretendiera ejercer derechos fundamentales en una democracia como los de la libertad de expresión, asociación o manifestación, no es muy difícil admitir ahora que, ante el menor signo de peligro para el sistema democrático, los mismos puedan ser derogados. Porque esos son también los principios que intentamos enseñar todavía, y muchas veces contracorriente (el garantismo y la contención del poder punitivo del Estado no están precisamente de moda), en las aulas universitarias a los jóvenes y futuros juristas; y que, sin embargo, vemos con miedo que pueden verse hoy conculcados con el pretexto de defender paradójicamente el Estado de Derecho. Pero ¿se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con sus principios fundamentales? ¿Puede utilizar el Estado de Derecho, sin perder su nombre, los medios de represión punitiva que caracterizan a un Estado dictatorial, o autoritario? ¿Es posible dentro del Estado de Derecho la coexistencia de dos modelos diferentes de Derecho penal, uno respetuoso con las garantías y los derechos fundamentales, y otro puramente policial, para «enemigos», que haga tabla rasa de los principios y garantías características del Estado Derecho?

Con penas draconianas, con el abuso del Derecho penal empleándolos más allá de lo que permite su carácter de ultima ratio, y con recortes de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, quizás se pueda luchar más o menos eficazmente contra el «enemigo», pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin damos cuenta un Derecho penal de cuño autoritario, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son la legislaciones excepcionales de la más brutales dictaduras. Lo único que falta ya para parecerse a ellas son la pena de muerte, que en Estados Unidos se aplica y se ejecuta con profusión incluso en situaciones de normalidad, y los Tribunales militares, que han vuelto a colarse como tribunales excepcionales para juzgar los llamados «crímenes terroristas», sin darse cuenta que la forma más grave de terrorismo es el «terrorismo de Estado».

Pero permítaseme una pregunta:

¿Qué pasaría si después de convertirse este Derecho penal del enemigo en realidad habitual y corriente en nuestras democracias, siguen cometiéndose o incluso se incrementan las acciones terroristas y la respuestas también terroristas del Estado a las mismas? ¿Se reintroducirá la tortura como medio de investigación?; ¿se abrirán campos de concentración para

los enemigos? ¿se admitirá la detención policial, sin intervención judicial? ¿se generalizará la aplicación de la pena de muerte y se encargarán de ello Tribunales militares de excepción?

Probablemente más de uno estará ya buscando argumentos jurídicos que avalen estas posibilidades, Sin duda, podrá encontrarlos en alguna construcción doctrinal. Pero alguien tendrá algún día que dar cuenta de este deterioro del Estado de Derecho, sobre todo cuando además no se hayan conseguido con el «Derecho penal del enemigo» mejores efectos que con el «Derecho penal del ciudadano», es decir, el del Estado de Derecho, que seguramente tampoco es la mejor de todas las posibles. Pero deberá reconocerse que, a igualdad de efectos, el del Estado de Derecho ofrece más garantías y respeto por la dignidad humana y por las posibilidades de reinserción, de renuncia a la violencia, cambio y de esperanza en el cambio que podamos tener en el terrorista o en el enemigo, que la que simplemente lo considere como un objeto a vigilar y castigar, como un ser dañino que debe ser encerrado el mayor tiempo posible, incluso aunque sea por el resto de sus días, o simplemente eliminado físicamente como un alimaña, como alguien que ni siquiera merece ser tratado como persona.

En lo que sí tiene razón Jakobs, es en poner de manifiesto la existencia real, y no meramente encubierta, de un «Derecho penal del enemigo» también en los Ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. Pero la labor del penalista no debe quedarse, a mi juicio, en la mera constatación de su existencia, sino que debe analizar también su compatibilidad con los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y las Declaraciones Internacionales de Derechos humanos. El jurista no puede ser en estos casos, como pretende Jakobs,²⁴ un simple «mensajero» que se limita a transmitir malas noticias (por lo demás más que conocidas), o empaquetarlas, identificándolas y dándoles un nombre más o menos afortunado, sino que debe también analizarlas críticamente y comprobar su compatibilidad con determinados principios.²⁵ Y ello no ya

²⁴ Es el propio Jakobs quien afirma que las críticas que se le hacen a su postura pretenden «matar al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje» (en Jakobs/Cancio, ob. cit., p. 15), colocándose así en una cómoda postura de «mensajero» que anuncia malas noticias, como si las mismas nada tuvieran que ver con su posición como jurista, o simplemente como ciudadano, y no tuviera nada más que decir al respecto. Desde luego, con mis críticas a su postura no pretendo matar a ningún mensajero, pero sí manifestar mi total discrepancia respecto a cualquier tipo de legitimación o simpatía hacia un «Derecho penal (del enemigo o de cualquier otro nombre), que no *respete* derechos fundamentales e infrinja algún principio básico del Estado de Derecho.

²⁵ Desde mis primeros trabajos, escritos en plena juventud y ante un «Derecho penal del enemigo» como fue el Derecho penal de la dictadura franquista, me ocupé de acentuar la función crítica que tiene también que llevar a cabo la Dogmática jurídicopenal frente a normas penales claramente transgresoras de derechos fundamentales e incompatibles con el Estado de Derecho; véase, por ejemplo, mi trabajo «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, ed. Madlener/Papenfuss/Schöne, 1974, p. 309 ss.; también mi *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 183 ss. No veo por qué debe renunciarse a esa función crítica en el Estado de Derecho, cuando, por las razones que sean,

por razones ideológicas o políticas, sino por motivos estrictamente jurídicos, porque de lo que, en última instancia, se trata es de comprobar si ese «Derecho penal del enemigo» está o no en consonancia con el modelo jurídico constitucional del Estado de Derecho que constituye la seña de identidad de las sociedades democráticas actuales. Porque si bien es cierto que éstas, por ejemplo, no pueden bajar la guardia ante el terrorismo, en cualquiera de sus versiones de utilización de la violencia con finalidad política, o ante cualquiera de los otros graves problemas que constituyen una grave amenaza para su existencia, tampoco pueden, si quieren seguir manteniendo con dignidad tal nombre, renunciar a los principios y garantías que les son consustanciales y que constituyen la esencia de su propia forma de ser. Como tampoco se puede cerrar definitivamente las puertas a la reinserción social (entendida como no desocialización o como humanización del sistema punitivo), objetivo primordial, según el art. 25.2 de la Constitución, de «las penas y medidas privativas de libertad», a ningún delincuente (incluido el terrorista), imponiendo penas de prisión desproporcionadas en su duración e incompatibles con ese principio. Igual que no se puede criminalizar ninguna ideología o discrepancia puramente política, por más que esté muy alejada de los pilares políticos o culturales dominantes en nuestras áreas de cultura jurídica y política, cuando están dentro del amplio espedí o de la «*freedom of speech*»²⁶ o de la libertad de creencias y de expresión, reconocida en la Constitución española y de las Declaraciones internacionales de derechos humanos, siempre que se manifiesten pacíficamente y sin poner en peligro ningún bien jurídico de carácter fundamental.

Afortunadamente, el año 2004 comenzó en España con la convocatoria de unas elecciones generales que de momento paralizó lo que se había convertido ya en una obsesión reformista penal del Gobierno de Aznar y del Partido que lo sustentaba con su mayoría parlamentaria. Probablemente, muchas de estas reformas tenían un apoyo popular importante en una sociedad cada vez más asustada con los fantasmas de la inseguridad ciudadana y el terrorismo; pero lo menos que se puede decir de las mismas es que en su mayor parte reflejan el renacer de un Derecho penal de cuño autoritario, difícilmente compatible con el modelo de Derecho penal propio del Estado de Derecho y con los principios constitucionales en los que se basa, sin que tampoco sea esperable por ello que a medio o a largo plazo tengan el efecto disuasor y preventivo que se pretende. La mayoría de las reformas

algunas de las normas penales emanadas del mismo no se corresponden con sus principios básicos. En todo caso, incluso por razones puramente lógicas, la coherencia con la identidad de un sistema obliga a revisar, criticar y corregir, las normas que devalúan o deterioran los principios básicos de ese sistema.

²⁶ Sobre los límites que ofrece este derecho fundamental fuertemente arraigado en la doctrina constitucional americana, y que se invoca continuamente por la Corte Suprema norteamericana para resolver casos límite de discrepancias meramente ideológicas (negarse a saludar la bandera, quemarla o quemar las cartillas de reclutamiento, actos muy frecuentes en los campus universitarios norteamericanos en la década de los 60 para protestar por la intervención norteamericana en Vietnam), véase FLETCHER, *Lealtad*, Valencia, 2001, traducción de Leonardo Zaibert, introducción de F. MUÑOZ CONDE.

penales habidas en el Parlamento español en la última etapa del Gobierno Aznar, durante el año 2003 y que han ido entrando en vigor bien inmediatamente después de su publicación el Boletín Oficial del Estado, bien incluso tras una *“vacatio legis”* de casi un año el 1 de octubre del 2004, no son, en definitiva, más que la expresión de un Derecho penal pensado en clave populista, con el ojo puesto más en los beneficios electorales inmediatos que en una mejor y más justa solución de los problemas que actualmente aquejan, como a cualquier otra sociedad moderna, a la sociedad española; aunque en este caso, en parte por el atentado terrorista del 11 de marzo del 2004 en Madrid, en parte por la desastrosa gestión del alguna catástrofe, como el naufragio en las costas gallegas del petrolero «Prestige» y la decisión de intervenir en la Guerra de Irak, en contra de la voluntad mayoritaria del pueblo español, paradójicamente el Partido Popular sustentador de las mismas, con mayoría parlamentaria absoluta y, por tanto, con la posibilidad de imponerlas sin que la oposición pudiera hacer nada por evitarlo, perdiera las elecciones generales del 14 de marzo y tuviera que pasar a la oposición. No deja, sin embargo, de ser sorprendente, que el Gobierno actual surgido de esas elecciones, y que obviamente parece de un signo ideológico distinto al que propugno estas reformas, no haya hecho hasta el momento ningún intento o siquiera amago para eliminar los preceptos más característicos de las tendencias autoritarias y poco democráticas del Gobierno anterior. Se ve que las ideas de la «tolerancia cero» y del «Derecho penal del enemigo» están en estos momentos y de un modo general bastante enraizadas en la mentalidad de los gobernantes, sean éstos de derechas o de izquierdas, y que nadie de un lado o de otro, está dispuesto a dar marcha atrás o a corregir el rumbo decididamente emprendido hacia un Derecho penal autoritario y poco respetuoso con los principios democráticos y el Estado de Derecho. Malos tiempos para un Derecho penal liberal, garantista y de inspiración humanista, que se había ido introduciendo poco a poco y a duras penas, como modelo ideal de regulación de la convivencia social, desde los tiempos de Beccaria, la Ilustración, la Revolución Francesa, la Codificación y la lenta entronización en el siglo XX del Estado de Derecho, tras haber superado el duro trance de los gobiernos totalitarios, la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría, y tras la esperanzas suscitadas, con la caída del Muro de Berlín y de los regímenes autoritarios de la Europa del Este, en un mundo (y en un Derecho penal) mejor, más justo, humano y solidario.