

# DE LAS LIBERTADES DEL MARQUÉS DE BECCARIA, AL TODO VALE DE GÜNTER JAKOBS

## El fantasma del enemigo en la legislación penal española

Nieves Sanz Mulas

*Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca*

---

SANZ MULAS, Nieves. De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 1410, p. 10:1-10:29. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 14-10 (2012), 15 oct]

**RESUMEN:** La ciencia del Derecho penal ha pasado por distintas etapas, desde el maravilloso e inmortal alegato de libertades del Marqués de BECCARIA, hasta el actual y denostador “todo vale” del Derecho penal del enemigo de Günter JAKOBS. Una formulación teórica que supone una clara involución en el pensamiento penal humanista, pero que ha calado con fuerza en las políticas criminales de todo el mundo. En nuestro país, la

inauguración definitiva del punitivismo se llevó a cabo en el año 2003, a través de las Leyes Orgánicas 7/2003 y 15/2003, y desde entonces la curva ha sido ascendente y las posteriores reformas del Código penal son la mejor prueba de ello. En el presente trabajo, se analiza críticamente la propuesta teórica que justifica el diferente trato penal para “ciudadanos” y para “enemigos”, estudiando el modo en que la misma se ha materializado en la legislación penal española cuando de lo que se trata es de hacer frente a los “enemigos terroristas” y a los “enemigos inmigrantes”.

**PALABRAS CLAVE:** Ciencia del Derecho penal, funcionalismo, normativismo, política criminal, Derecho penal del enemigo, terrorismo, inmigración.

Fecha de publicación: 15 octubre 2012

---

**SUMARIO:** *I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA GÉNESIS DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y SU DESARROLLO HISTÓRICO-METODOLÓGICO. II. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL EN NUESTROS DÍAS: 1. El funcionalismo penal: A) El final del positivismo y el principio de la función social del Derecho penal. B) ROXIN y su funcionalismo garantista (y moderado). C) JAKOBS y su funcionalismo normativista radical. 2. Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano: A) La justificación teórica de la “eliminación preventiva” del enemigo. B) El enemigo terrorista y la justificación de su inocuidad. C) Los contraargumentos a una teoría aberrante: C.1. La ilegitimidad del Derecho penal del enemigo en un Estado de Derecho. C.2. La “demonización” de las personas y el regreso al retribucionismo. C.3. El inadmisibles retorno a un Derecho penal del autor. III. EL FANTASMA DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA: 1. La política criminal antiterrorista: la LO 7/2003, de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y la LO 5/10,*

*de 22 de junio, de reforma del CP. 2. La cosificación como “otro” del inmigrante irregular. IV. CONCLUSIONES VALORATIVAS: EL RECHAZO MAYORITARIO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.*

## **I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA GÉNESIS DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y SU DESARROLLO HISTÓRICO-METODOLÓGICO**

La línea del pensamiento penal con origen en la Ilustración, y que llega hasta nuestros días, ha condicionado en sus diferentes estadios la respuesta a dar a las cuestiones planteadas por el Derecho penal, tanto en el objeto como en el método, como en si se puede finalmente considerar la ciencia penal una verdadera ciencia. Pero, ¿es que es tan difícil llegar a conocer qué es lo que dice el Derecho penal? ¿No está ello claramente regulado en el Código penal? ¿Se necesita realmente nada menos que una ciencia para poder saber qué es lo que dice el Derecho penal ante un supuesto de hecho concreto? De ser así, ¿es verdaderamente una ciencia? ¿En qué se parece, por ejemplo, a la Física o a la Biología? Es más, ¿se tiene que parecer a ellas para merecer tal calificativo?<sup>1</sup>

Hasta el siglo XVII, como nos recuerda LANDROVE, a la conciencia social imperante no le chocaba demasiado la crueldad de un sistema penal, basado en la desigualdad ante la ley, ni el exagerado arbitrio de los jueces a la hora de aplicar penas muchas veces inhumanas. No sucede lo mismo, sin embargo, con la aparición en dicho siglo de nuevas inquietudes, que repugnan la vigente legislación, iniciándose una demoledora revisión de las viejas y anacrónicas construcciones jurídico-penales<sup>2</sup>. Porque no habrían de ser sino la Revolución francesa, el pensamiento de la Ilustración y el Iluminismo, los encargados de trastocar el estado de las cosas, revisando las estructuras sociopolíticas vigentes, y propiciando con ello una nueva concepción del hombre y las ciencias humanas. El Antiguo Régimen queda de este modo “clausurado”, y, con él, en magnífica expresión de QUINTERO, “todo “su sombrío cortejo de crueldades y atropellos en las leyes y de “«acientificismo» en los juristas”<sup>3</sup>.

Esto es, llega una nueva era para todas las ciencias, incluida la ciencia del Derecho penal. Porque, como nos recuerda MORILLAS CUEVA, “pocos movimientos ideológicos han penetrado con tanta pujanza como lo hizo el Iluminismo en su momento. Las concepciones penales sustentadas en estos postulados irrumpen con fuerza contra los fuertes muros de la tradición jurídica para revelarse incompatibles con la rigidez y la dureza de las leyes vigentes en esa época y tratan, al mismo

<sup>1</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 36 y ss.

<sup>2</sup> LANDROVE DÍAZ, G., *Introducción al Derecho penal español*, 6ª edic., Tecnos, Madrid, 2007, p. 33.

<sup>3</sup> QUINTERO OLIVARES, G., (Coord.) *Curso de Derecho penal. Parte general*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, p. 151.

tiempo, de inculcar con la timidez propia de los principiantes, pero también con la gallardía de los convencidos, la realidad de una verdadera ciencia del Derecho penal, y al menos consiguen, lo que ya le da una importante significado histórico, el cambio de una concepción del Derecho anquilosada en pautas de comportamiento medieval a otra radicalmente diferente”<sup>4</sup>. En definitiva, es el inicio de la ciencia del Derecho penal, que es la que tiene por objeto el conocimiento de ese conjunto de normas que definen delitos e imponen penas; esto es, la que determina qué es lo que rige sobre la base del ordenamiento penal<sup>5</sup>.

Una ciencia, sea como fuere, que ha pasado por distintas etapas, desde el maravilloso e inmortal alegato de libertades de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria<sup>6</sup>, hasta el actual y denostador “todo vale” del Derecho penal del enemigo de Günter Jakobs. Una formulación teórica que supone una clara involución en el pensamiento penal humanista, pero que ha calado, y sigue haciéndolo, en las políticas criminales de la mayoría de los países y, entre ellos, el nuestro.

## II. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL EN NUESTROS DÍAS

### 1. El funcionalismo penal

#### A) *El final del positivismo y el principio de la función social del Derecho penal*

Los horrores cometidos por el nacionalsocialismo y la ocupación angloamericana de Alemania, fueron hechos decisivos a la hora de abandonar el positivismo una vez acabada la II Guerra Mundial. Testigos de los excesos cometidos durante el *III Reich*, los juristas fueron conscientes de la absoluta necesidad de buscar valores fuera del propio Derecho que, ante determinadas situaciones, les permitieran rechazar las leyes al poner su contenido en relación con valores y principios metajurídicos. De su parte, la ocupación alemana por países con una tradición jurídica diferente —la del caso por caso— se tradujo en un giro hacia el pensamiento

<sup>4</sup> MORILLAS CUEVA, L., *Metodología y ciencia penal*, Universidad de Granada, Granada, 1990, p. 53.

<sup>5</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>6</sup> Quien a través de su obra “*Dei delitti e delle pene*”, publicada en 1764, se convierte en el punto de arranque ideológico de la moderna ciencia del Derecho penal, basándose en las ideas reformistas de de Voltaire, Montesquieu y Rousseau. Ciertamente Beccaria no fue el fundador de la ciencia del Derecho penal, pero sí marcó el hito más importante de su historia. *Vid.*, en QUINTERO OLIVARES, G., (Coord.) *Curso de Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 1153. Para MORILLAS CUEVA, el auténtico inicio con cualidades autónomas de la ciencia del Derecho penal no se produce hasta comienzos del siglo XIX, si bien su origen ideológico se ubica en el movimiento iluminista del siglo XVIII. A su juicio, BECCARIA aporta los presupuestos ideológicos a la renovación de la legislación criminal, que a su vez suministra a la incipiente ciencia del Derecho penal el objeto de estudio y posibilita las primeras construcciones científicas de Bentham, Filangieri, Romagnosi y Feuerbach. *Vid.*, en MORILLAS CUEVA, L., *Metodología y ciencia penal*, *op. cit.*, pp. 13 y 14. En el mismo sentido, SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho penal*, Barcelona, 1979, pp. 11 y ss; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Barcelona, 1984, pp. 14 y ss.

problemático<sup>7</sup>.

Además, paralelamente a estos dos hechos, se inicia todo un proceso de internacionalización del Derecho penal que evidencia las incapacidades normativas de las diferentes legislaciones nacionales. Y, de otra parte, el auge de las ciencias sociales a partir de los años 50, fundamentalmente la Psicología y la Sociología, asientan las propuestas de integración entre Ciencias Sociales y Ciencia del Derecho, incluso la consideración de ésta como una ciencia social; esto es, la estimación del Derecho penal como un instrumento de control social que nos obliga a elaborar las categorías jurídicas y su sistema desde la preocupación por los presupuestos sociales de las mismas. Porque, al fin y al cabo, y de acuerdo con MIR PUIG<sup>8</sup>, las normas jurídicas no son sino expresión formal de comportamientos sociales en el plano del deber ser; luego analizar el contenido de la norma jurídica es hacerlo de las conductas sociales imaginadas por la misma.

En Alemania, por tanto, el finalismo ya no es la última palabra, ahora la doctrina alemana se preocupa por problemas diferentes, marcados por la irrupción en la dogmática del pensamiento político criminal. Esto es, en los últimos tiempos ha cambiado la orientación metodológica hacia un modelo mixto dogmático-político criminal, mientras el “puro dogmatismo” entra en clara crisis de utilidad<sup>9</sup>. El pensamiento sistemático ha sido paulatinamente sustituido por el pensamiento problemático, que busca ligar íntimamente el Derecho penal con la realidad social, humana y política en la que está sumergido<sup>10</sup>. Se pretende lograr una “síntesis armónica” entre lo normativo-cultural y lo causal-explicativo; lo que se traduce en que ahora el panorama alemán aparece dominado por una dogmática crítica en la que destacan nombres como KAUFMANN, HIRSCH, JAKOBS, STRATENWERTH, SCHMIDHAUSER, TIEDEMANN, o una dogmática crítica, pero al mismo tiempo fuertemente político-criminal, marcada por ROXIN, HASSEMER y ELSCHIED<sup>11</sup>. Una dogmática, en definitiva, centrada en el espinoso problema de las relaciones entre el Derecho penal y las llamadas Ciencias penales; esto es, entre la Dogmática penal, la Política criminal y la Criminología.

En definitiva, en los tiempos actuales<sup>12</sup> se abre un nuevo camino a la ciencia del

<sup>7</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 129.

<sup>8</sup> MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 296 y 297.

<sup>9</sup> QUINTERO OLIVARES, G., (Coord.), *Curso de Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 203.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>12</sup> En lo que a la concreta situación de la dogmática española se refiere, ciertamente la influencia de la dogmática alemana ya no es tan importante como en otros tiempos, y se percibe un panorama de notable independencia y construcción propia, “sin demérito del rigor dogmático, pero abandonando el excesivo servilismo intelectual filogermánico” que la caracterizaba. Una dependencia que, si bien fue esencial para familiarizar el dominio del método dogmático, conllevó también un peligroso olvido de nuestros propios problemas jurídicos y político-criminales. *Vid.*, en QUINTERO OLIVARES, G., (Coord.) *Curso de Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 203.

Derecho penal, y se asiste a una vuelta a los planteamientos integradores propugnados hace ya más de un siglo por Von Liszt. O lo que es lo mismo, se parte de una función social del Derecho penal que, obviamente, obliga a “aparcar” una orientación excesivamente positivista de la enseñanza del Derecho, a favor de su complemento con el estudio de ciencias empíricas y de su aplicación práctica. Un sistema “racional-final” (o teleológico) o “funcional” del Derecho con claras divergencias entre los distintos autores —representados en sus extremos por ROXIN y JAKOBS—, pero con un punto de partida común: el rechazo del sistema finalista y la opción por “la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal”<sup>13</sup>. Ahora bien, la divergencia viene a la hora de acotar cuáles son esas finalidades y, en consecuencia, hasta dónde puede llegar el Derecho penal.

### B) *ROXIN y su funcionalismo garantista (y moderado)*

En este sentido, ROXIN considera que el planteamiento sistemático tradicional es equivocado, al sustraer de la esfera de lo jurídico lo social y lo político<sup>14</sup>, y propone superar la dualidad habida entre Política criminal y Dogmática de Von Liszt para integrarlas un modelo único: la necesaria función político criminal que debe cumplir la Dogmática jurídico penal. Para este ilustre penalista, un Derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación posible; esto es, tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado social<sup>15</sup>. Un objetivo dirigido por fines preventivos, pero combinando la protección de la sociedad —prevención general— con la mayor protección posible de los derechos del autor —prevención especial—, pues ambos fines del Estado de Derecho tienen que encontrar un equilibrio<sup>16</sup>. No busca, por tanto, como si hace Jakobs, la tranquilidad de las conciencias por afirmación de vigencia de la norma, sino evitar futuros delitos, tranquilizando a los ciudadanos, pero no como objetivo, sino como efecto necesario. Esto es, mientras para ROXIN una política criminal razonable depende de las repercusiones sociales reales de las medidas de control, para Jakobs su teoría sistemática, como veremos, desplaza las consideraciones empíricas sobre la eficacia del Derecho penal, pues la pena es el restablecimiento de la identidad social incluso cuando no consiga nada desde un punto de vista empírico<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª edic., (trad. y notas de Luzón Peña – Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal) Civitas, Madrid, 1997 (impresión 2006), p. 203.

<sup>14</sup> LANDROVE DÍAZ, G., *Introducción al Derecho penal español*, op. cit., p. 52.

<sup>15</sup> ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, (trad. de Gómez Rivero y García Cantizano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 31.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 87.

En definitiva, ROXIN vela por un sistema orientado a las consecuencias con la incorporación de criterios axiológicos (valorativos) que deben ser desarrollados<sup>18</sup>. O lo que es lo mismo, una penetración en el sistema de las valoraciones político criminales, que se enfrentan con los fines sociales del Derecho penal, “porque la mejor política criminal consiste —en palabras literales de este autor— en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho”<sup>19</sup>. Porque transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales, y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege data* o de *lege ferenda*, es un proceso necesario para el establecimiento de lo socialmente justo<sup>20</sup>.

### C) *JAKOBS y su funcionalismo normativista radical*

Si bien JAKOBS comparte con Roxin el rechazo del ontologismo finalista como punto de partida, y también sostiene una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como “tarea del Derecho penal”, más allá empiezan serias divergencias. JAKOBS propone un sistema penal, meramente descriptivo y conservador, elaborado sobre un confesado relativismo y orientado a la función preventivo general integradora o positiva. Esto es, se sustituye las referencias a la realidad metajurídica por una posición neurálgica de la norma vigente. Culpabilidad y capacidad de culpabilidad no son para JAKOBS datos empíricos, sino que la culpabilidad se le atribuye al autor si el castigo aparece como necesario bajo aspectos generales preventivos<sup>21</sup>. Luego el resultado no se identifica con la lesión, actual o potencial, de un bien jurídico, sino con la lesión a la vigencia de la norma, en tanto que definición del papel que cada ciudadano debe jugar en el conjunto social. La lesión a la vigencia de la norma es la lesión a su función<sup>22</sup>. En este discurso, en definitiva, la finalidad de la pena no es la evitación de futuros delitos, sino la prevención como imposición de una determinada visión de la realidad para lograr la fidelidad al Derecho. Cuando esa fidelidad queda debilitada por la actuación contraria a la norma de un sujeto, es necesario fortalecerla, por lo que la función que se le impone a la pena es la de restablecer la firmeza de la norma necesitada de ser reafirmada en su vigencia.

En la construcción de JAKOBS están, por tanto, ausentes elementos político criminales que Roxin defiende: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado<sup>23</sup>. JAKOBS renuncia a la consideración de circunstancias empíricas, e imputa la culpabilidad donde la sociedad cree ver la necesidad de la pena y con ello renuncia a cualquier limitación del *ius puniendi* basada en razones preventivo

<sup>18</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>19</sup> ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>20</sup> MORILLAS CUEVA, L., *Metodología y ciencia penal*, *op. cit.*, p. 215.

<sup>21</sup> ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, *op. cit.*, p. 51.,

<sup>22</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>23</sup> ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, *op. cit.*, p. 52

especiales. En lugar de una orientación político criminal, aparece la descripción sistemática de las respectivas relaciones, evitando cualquier declaración de contenido sobre las ventajas de uno u otro sistema. Y es que, mientras para Roxin se trata de conservar las premisas de un Estado liberal y social de Derecho en categorías dogmáticas y en soluciones de problemas jurídicos, en los presupuestos sistemáticos de JAKOBS no existe ningún contenido de orientación político criminal, pues lo único decisivo en su construcción es la “fuerza de la autoconservación del sistema”. O lo que es lo mismo, la función de la pena y de la Dogmática es independiente de la concreta Constitución y legislación, por lo que puede conectarse en la misma medida con un sistema liberal, colectivo o totalitario, pues cada uno de ellos puede estabilizarse mediante el Derecho penal<sup>24</sup>. Es más, la construcción de JAKOBS ni tan siquiera se limita por el mandato jurídico de respeto al otro como persona, pues asevera que “es conciliable con una perspectiva funcional, aunque también caben otras perspectivas...”<sup>25</sup>.

En definitiva, y de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, la divergencia entre ROXIN y JAKOBS, no radica en el hecho en sí de la funcionalización, sino en los límites de la misma, en el alcance de la normativización: mientras para ROXIN y SCHÜNEMAN la construcción normativa de los conceptos encuentra límites externos en la materia previamente dada, para JAKOBS el jurista carece de límites en la elaboración de las reglas de imputación que determinan dicha construcción; los límites a su juicio operan de modo inmanente y se hallan en la “constitución” o la “autocomprensión” del respectivo modelo social<sup>26</sup>. Una autolegitimación normativa la de JAKOBS que le permite construir su tan famoso como criticado “Derecho penal del enemigo”, con el que da un giro tan enorme al marco político criminal recientemente originado, hasta el punto —en literales palabras de DEMETRIO— “de «pulverizarlo», mediante su reducción al absurdo, por la vía de un *recrudescimiento punitivo creciente*, al calor de la demagogia política y el espectáculo mediático (que se sirve del dolor de las víctimas para subir índices de audiencia)”<sup>27</sup>.

## 2. Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano

### A) *La justificación teórica de la “eliminación preventiva” del enemigo*

La ahora mundialmente famosa teoría del Derecho penal del enemigo, fue

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>25</sup> JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G.-CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 26.

<sup>26</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, op. cit., pp. 108 y 109.

<sup>27</sup> DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1031.

(re-)<sup>28</sup> introducida en la discusión de la ciencia del Derecho penal tras las consecuencias del ataque terrorista sufrido por los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001 —el desde entonces también tristemente famoso 11-S—. El encargado de la justificación teórica actual de todo lo que ha venido después ha sido JAKOBS con su teoría neofuncionalista, “fundada —escribe literalmente PORTILLA— en la protección de la propiedad privada, la globalización económica, la liberalización de los mercados y que, como es lógico, necesita de la abstracción del Derecho para la conservación de estos intereses a través de una autolegitimación normativa”<sup>29</sup>.

El Derecho penal del enemigo, que ya aparece esbozado en un trabajo anterior de JAKOBS de 1985<sup>30</sup>, tiene su origen en las tesis nazis acerca de los “extraños a la comunidad”, y es un instrumento que sirve para justificar la creación de un ámbito de infra-Derecho, e incluso no-Derecho, para determinados sujetos incapaces de entender las reglas de la comunidad o incompatibles con ella<sup>31</sup>. Esta construcción penal arranca de dos fuentes<sup>32</sup>: los supuestos funcionalistas de la teoría de los sistemas de LUHMANN y la teoría política y constitucional de SCHMITT. Mientras la primera posibilita una noción conservadora del Derecho penal y del Derecho

<sup>28</sup> Pueden encontrarse antecedentes de una teorización muy semejante en HOBBS (y más parcialmente en ROSSEAU). Ahora bien, estamos de acuerdo con RAMOS en que la búsqueda de raíces más o menos prestigiosas de una teoría no debe ser utilizada como argumento alguno a favor de la razonabilidad de la misma. Esto es, el hecho de que Hobbes hablase en su momento de una suerte de “Derecho penal del enemigo” no otorga mayor razonabilidad a la actual concepción jakobsiana del enemigo y a su respuesta penal. Y ello porque sería trasladar al mundo globalizado y postmoderno una teoría planteada en una época anterior a Beccaria, esto es, anterior al Derecho penal considerado como tal. *Vid.*, en RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta, op. cit.*, p. 1435. En todo caso, y esta vez con MUÑOZ CONDE, ¿qué se quiere demostrar con este tipo de citas de autoridad? ¿Habrá que seguir las opiniones de todos los ilustres pensadores que ha habido en la Historia, incluso las que después y en otro contexto se han demostrado como aberrantes? *Vid.*, en MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»”, PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, p. 524.

<sup>29</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía – Akal, Madrid, 2005, p. 58.

<sup>30</sup> La expresión en alemán, «Feindstrafecht», fue utilizada ya en su ponencia en las Jornadas de Penalistas Alemanes de Frankfurt en 1985, si bien en un sentido más estricto. Su publicación se produjo bajo el título, JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, 1997. En este primer trabajo al respecto, JAKOBS admitía sólo excepcionalmente un *Derecho penal de enemigos* y en una legislación de emergencia. Pero esta construcción experimenta posteriormente un cambio cualitativo cuando reconoce la necesidad de su implantación que ahora convierte en regla, pues no existen alternativas a un modelo penal y procesal funcionalista que prime la defensa de la seguridad del Estado y la ausencia de principios liberales. *Vid.*, en PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 213 y 214. Esto es, JAKOBS abandona el lenguaje supuestamente descriptivo de sus primeros escritos sobre el tema, para asumir uno más justificativo. *Vid.*, en SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., “¿El Derecho penal garantista en retirada?”, en *Revista Penal*, nº 21, enero-2008, p. 151.

<sup>31</sup> DE LUCAS, J., “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes”, en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán, op. cit.*, p. 208.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 211. Léase también al respecto MUÑOZ CONDE, F., “Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo”, en *Revista penal*, nº 26, julio 2010, pp. 139 y ss.

procesal, abogando “por los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado”<sup>33</sup>; de la segunda toma, no sólo la referencia al carácter central de las nociones amigo/enemigo<sup>34</sup>, sino también su concepción del Derecho, comenzando por la idea misma de “nomos de la tierra”, que sacraliza las identidades primarias y la funcionalidad del Derecho (natural) respecto a ellas, y también a las ideas de Constitución y Estado<sup>35</sup>. Ambos testimonios, sea como fuere, aparecerán más tarde en la obra de JAKOBS como símbolos de la metamorfosis de un Derecho penal a un Derecho policial, reflejándose en la concepción neofuncionalista del enemigo<sup>36</sup>.

En definitiva, la noción del Derecho penal del enemigo es la categoría del Derecho que considera enemigo a todo aquel que ha huido del Derecho, y frente al que la sociedad reacciona contraponiendo un Derecho para ciudadanos y un Derecho para enemigos. Y, al respecto, JAKOBS escribe literalmente “quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos “guerra” y “proceso penal”... quien no quiere privar al Derecho penal de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de derecho —control de

<sup>33</sup> La tesis de LUHMANN se basa en la persona como construcción socio-normativa. Luego, si el fin del poder del Estado reside en garantizar la seguridad recíproca de los derechos de todos ante todos, entonces, el delito excluye al sujeto de la protección del Estado. La privación de derechos aparece, pues, como el resultado del fin de la relación jurídica entre el Estado y el individuo, la supresión del contrato. Y es por ese motivo que el estado puede tratar arbitrariamente al excluido, por no tener para con él ningún deber de protección. Es más, la ejecución del criminal por parte del Estado ni tan siquiera tendría la consideración de castigo, sino de medida de seguridad; puesto que el condenado no existe para el Derecho, el Estado no mata (o rescinde el contrato) en el ámbito judicial sino en el policial. *Vid.*, en PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>34</sup> Carl SCHMITT fue profesor de la Universidad de Berlín desde 1934, un año después de su adscripción formal al nazismo. Este politólogo materializó durante mucho tiempo su peculiar concepción de la política, y se consagró a desacreditar el vacilante régimen democrático de la república de Weimar. Conforme a su visión, el poder real se descubre en las situaciones de excepción, en cabeza de quien posea y sepa conservar capacidad de decisión, no en manos de la clase política siempre pendiente de la atribución constitucional de las funciones estatales. Para SCHMITT, lo político trasciende a la realidad estatal y, por ello, exige la configuración infinita de los pueblos alrededor de una identidad... para oponerse y construirse frente a otros pueblos, en base a lo cual establece una agrupación, dentro y fuera de las arenas estatales, con vistas a un antagonismo concreto entre *amigos* y *enemigos* que se manifiesta en una relación de hostilidad. *Vid.*, en NIÑO, L.F., “Derecho penal del enemigo: nuevos argumentos para el viejo discurso del poder punitivo”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, *op. cit.*, pp. 558 y 559. Ahora bien, la diferencia entre amigo y enemigo preconizada por Carl SCHMITT, tenía unas connotaciones racistas que no tiene la construcción de Jakobs, donde la diferencia es funcionalista. Por aquel entonces, la distinción se llevaba a cabo como un criterio biológico, determinado por la sangre y la herencia genética, dato biológico que caracteriza la raza aria y con ella al alemán puro, frente al no alemán perteneciente a “razas inferiores”. Además, se trataba de un régimen totalitario, en el que se daba por sentado que existiera un Derecho penal de este tipo para los “enemigos” y los “extraños a la comunidad”. Una distinción difícilmente asumible en el Estado de Derecho que, por definición, no admite la distinción entre amigos y enemigos como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica. *Vid.*, en MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, pp. 534 y ss.

<sup>35</sup> DE LUCAS, J., “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 211.

<sup>36</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 221.

las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal; etc.—, debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas sino se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada<sup>37</sup>. En consecuencia, JAKOBS distingue dos regulaciones del Derecho penal, dos modos de proceder con los delincuentes: el trato con el “ciudadano”, en el que se espera a que cometa el delito para reaccionar, viéndole como persona que ha infringido el pacto, pero que no persiste en ello, manteniendo el status de persona<sup>38</sup>; y el trato con el “enemigo”, que se desvía del pacto por principio, perdiendo la consideración normativa de persona<sup>39</sup>, y que por ello debe ser interceptado y combatido antes por su peligrosidad, una custodia de seguridad anticipada que se denomina “pena”, por tratarse de individuos que hay que coaccionar para evitar que destruyan el ordenamiento jurídico<sup>40</sup>.

Para él, por tanto, es tan legítima la pena como contradicción por la comisión de un delito, que la pena como eliminación de un peligro, pues el enemigo debe ser excluido<sup>41</sup>. Porque en estos casos la función de la pena no es la coacción dirigida contra la persona en derecho, sino la de combatir el riesgo generado por el individuo peligroso a través de medidas de seguridad<sup>42</sup>. Y ello tiene dos consecuencias claras: el adelantamiento de la punición equivalente al *status* de un hecho consumado —lo que supone en ocasiones incriminar no tanto hechos propiamente dichos cuanto conductas cuya relevancia penal se manifiesta particularmente en un contenido simbólico—<sup>43</sup>, pero sin que suponga reducción alguna de la pena, con la correspondiente desproporción; y la transición de un Derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales<sup>44</sup>, sobre todo las derivadas del principio de legalidad, ya que el legislador utiliza términos tan pro-

<sup>37</sup> JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

<sup>38</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 230.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 43 y ss.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>42</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, *op. cit.*, p. 75.

<sup>43</sup> FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 307.

<sup>44</sup> De hecho, el propio JAKOBS, en su conferencia de 1999, y que después ha reiterado en trabajos posteriores, describe como señas de identidad de su “Derecho penal del enemigo” las siguientes: 1. Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de proporcionalidad, aplicando incluso “penas draconianas”. 2. Abolición o reducción a un mínimo de las garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, etc. 3. Criminalización de conductas que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito. *Vid.*, en JAKOBS, G., “La ciencia penal ante los retos del futuro”, trad. de Teresa Manso en MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el cambio del milenio*, Valencia, 2004, pp. 59 y ss.

sos y ambiguos que permiten hablar de un intento consciente de eludir el mandato de determinación que de él se desprende<sup>45</sup>. Esto es, se pasa a desvalorar fundamentalmente lo subjetivo mientras que, en palabras del propio JAKOBS, “la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”<sup>46</sup>.

Para toda esta justificación, lo que JAKOBS hace es incidir en el concepto “enemigo”, calificándolo no como persona de Derecho, sino como individuo que con sus instintos y miedos pone en peligro el proceso, comportándose como un enemigo<sup>47</sup>. A éste el Estado no debe tratarle como una persona, pues no puede ser incluido en una constitución ciudadana<sup>48</sup>. Porque sólo es persona “quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal”<sup>49</sup>, por lo que frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos y que no ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito “comunitario-legal”; esto es, hay que castigarlos, pero no se tratará de una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos y así debe llamarse: Derecho penal del enemigo<sup>50</sup>. Un Derecho penal del enemigo que se convierte en un Derecho de guerra, un nuevo formato que configura una legislación penal preventiva que sólo atiende a la eliminación del riesgo generado por el “individuo peligroso” a través de medidas de seguridad<sup>51</sup>. Porque la finalidad última no es sino una: la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado<sup>52</sup>. Porque todo vale en la guerra contra los enemigos. Enemigos que si son terroristas son aún más enemigos, y las justificaciones llegan todavía más lejos.

### B) *El enemigo terrorista y la justificación de su inocuización*

La diserción de JAKOBS sobre este asunto comienza con una pregunta muy representativa de lo que después será su postura: ¿puede conducirse una “guerra contra el terror” con los instrumentos del Derecho penal de un Estado de Derecho?<sup>53</sup> Como respuesta, JAKOBS nos recuerda que “guerra” y “lucha” implican la existencia de un enemigo contra el que proceder. Para este autor, contra los terroristas no sólo están justificadas las actuaciones previsoras de peligro, sino también un

<sup>45</sup> FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *op. cit.*, p. 307.

<sup>46</sup> JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 40.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>51</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, pp. 241 y ss.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>53</sup> JAKOBS, G., “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en JAKOBS, G.- CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, p. 57.

concepto distinto de la pena de prisión. En el caso normal del delito, la pena es una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente; esto es, la pena es contradicción. Una visión no válida para aquellos “adversarios” cuya actitud es por principio hostil y son activos: los terroristas. En estos supuestos de lo que también se trata con la pena es de compensar un déficit ya existente de seguridad cognitiva<sup>54</sup>. Lo que se traduce en el aseguramiento del autor, bien a través de una custodia de seguridad, bien mediante una pena privativa de libertad que garantice dicho aseguramiento siendo lo suficientemente extensas. Extensión, por otra parte, que no se explica en base a lo ya sucedido, sino sólo con base en el peligro existente<sup>55</sup>. En definitiva, y en sus propias palabras: “el Derecho penal dirigido específicamente contra los terroristas tiene más bien el cometido de garantizar la seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe inferir del fin de la pena y de los tipos penales correspondientes. El Derecho penal del ciudadano, la garantía de la vigencia del Derecho, muta para convertirse en Derecho penal del enemigo, en defensa frente a un riesgo... La «lucha» contra el terrorismo no es sólo una palabra, sino un concepto; se trata de una empresa contra enemigos”<sup>56</sup>.

Finalmente, ante la pregunta que se auto-realiza de si ¿es legítimo un Derecho penal del enemigo?, nos recuerda que el terrorista se ha autoexcluido, y por ello es “heteroadministrado” en el marco de lo necesario. Se trata de un Derecho de excepción que el Estado deberá regular con claridad, evitando contaminar el Derecho penal del ciudadano con el Derecho penal del enemigo, porque “un Estado de Derecho que *todo* lo abarque no podría conducir esa guerra, y, correspondientemente, no podría tratarlos como fuentes de peligro. Las cosas son distintas en el Estado de Derecho óptimo en la práctica, y esto le da la posibilidad de no quebrarse por los ataques de sus enemigos”<sup>57</sup>.

### C) *Los contraargumentos a una teoría aberrante*

#### C.1. *La ilegitimidad del Derecho penal del enemigo en un Estado de Derecho*

Son muchas, y es de agradecer, las voces contrarias a este planteamiento sistemático del Derecho penal del enemigo, estimando inaceptable el método funcionalista de legitimación de la ausencia de derechos. Porque, en absoluto acuerdo con DEMETRIO, ciertamente no se trata de “matar al mensajero”<sup>58</sup>, pero tampoco de

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>58</sup> Pues es el propio JAKOBS quien afirma que las críticas a su postura pretenden “matar al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje”. *Vid.*, en JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 15. Una postura cómoda a juicio de MUÑOZ CONDE, con la que se limita a anunciar malas noticias, como si éstas no tuvieran nada que ver con él como jurista, o simplemente como ciudadano, y no tuviera nada que decir al respecto. *Vid.*, en MUÑOZ CONDE, F., “De

mantener una actitud puramente descriptiva, y todavía menos “directa o indirectamente legitimadora” de esta edificación teórica, sino que se debe poner de relieve que tal Derecho no puede ser un Derecho penal propio de un Estado de Derecho, y por más que sus artífices políticos lo invoquen permanentemente<sup>59</sup>. Porque, compartimos con BERDUGO y PÉREZ CEPEDA el que “es equivocada y políticamente interesada la posición de quienes entienden que la función y la actividad del jurista debe reducirse el análisis lógico de las normas, sin preguntarse los por qué y, escudándose en una pretendida neutralidad, renunciar, aparentemente, a proyectar en su reflexión su propia ideología”<sup>60</sup>.

Esto es, como jurista, JAKOBS, se debe ver obligado a comprobar si ese Derecho penal del enemigo está o no en consonancia con el modelo jurídico constitucional del Estado de Derecho, como seña de identidad de las sociedades democráticas actuales<sup>61</sup>. Y es que JAKOBS no se puede limitar a desplegar una visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de su “Derecho penal del enemigo”, sino que tiene que manifestar también si es o no compatible con el marco constitucional del Estado de Derecho y con los Pactos internacionales de derechos civiles. Porque no hacerlo convierte al jurista en simple notario que constata una realidad sin aprobarla ni desaprobala<sup>62</sup>. Un posicionamiento crítico, por su parte, que de momento no se ha materializado. Labor que, sin embargo, sí han desarrollado otros muchos.

Para comenzar, y a criterio de CANCIO, el Derecho penal del enemigo al que se refiere JAKOBS, es realmente una cruzada contra malhechores archimalvados; se trata más bien de “enemigos” en un sentido pseudorreligioso que en la acepción tradicional-militar del término<sup>63</sup>. No es una calificación como “otro”, ni tampoco una identificación como fuente de peligro, “no es un fenómeno natural a neutralizar, sino un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización”<sup>64</sup>. Y es que en un Estado de Derecho no cabe distinguir entre “ciudadanos” y “enemigos”, como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos<sup>65</sup>. Además, y en el caso de que fuera inevitable tal distinción, ¿quién puede decidir quién es el buen ciudadano o el

nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo», *op. cit.*, p. 542, nota 36.

<sup>59</sup> DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 1030.

<sup>60</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE- PÉREZ CEPEDA, “Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones”, en *Revista penal*, nº 26, julio 2010, p. 81.

<sup>61</sup> JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 543.

<sup>62</sup> MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario”, en LOSANO, M.G. – MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 174.

<sup>63</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿”Derecho penal” del enemigo?”, en JAKOBS, G.- CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>65</sup> MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario”, *op. cit.*, p. 172.

mayor enemigo?

Porque lo que realmente se hace, es excluir a determinadas categorías de personas del círculo de ciudadanos, la defensa frente a riesgos en realidad es lo de menos<sup>66</sup>. De acuerdo con GÖSELL, estas construcciones “definen a la persona en el Derecho de manera normativa a través de estructuras sociales, de roles o funciones asignados y de expectativas, que son de naturaleza normativa y que la convierten en «persona de Derecho» solamente cuando dichas expectativas son cumplidas... ello significa la deshumanización del orden legal que puede convertir personas en enemigos y tratarlas, en palabras del Jakobs, como animales salvajes”<sup>67</sup>. Y un Derecho así entendido se convierte en Derecho de Estado<sup>68</sup>, sometido a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen el poder. En definitiva, el Derecho no es sino lo que en cada momento conviene al Estado y, al mismo tiempo, lo que perjudica y daña en lo posible a sus enemigos<sup>69</sup>, y lo único que hace es permitir reacciones desproporcionadas frente a conductas que, con independencia de su mayor o menor lesividad en el caso concreto, afectan sin embargo a elementos particularmente sensibles de la imagen que la sociedad ha construido de sí misma<sup>70</sup>.

En definitiva, no debe haber un Derecho penal del enemigo porque es políticamente erróneo (o mejor dicho inconstitucional), y porque de entrada no contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos<sup>71</sup>. Porque con su teoría JAKOBS, no sólo no pone restricción alguna al poder punitivo, sino que, además, facilita la profundización en la conciencia social del valor moral mediante la interiorización colectiva de la fidelidad normativa al esquema de reproducción de valores vigentes<sup>72</sup>. Un planteamiento que hace sospechar que lo que realmente se esconde es la legitimación teórica de un Derecho penal autoritario<sup>73</sup>. Porque, en definitiva, y de acuerdo con RAMOS, el Derecho penal del enemigo, “tan sólo constituye una

<sup>66</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿”Derecho penal” del enemigo?, *op. cit.*, p. 122.

<sup>67</sup> GÖSSEL, K.H., “Réplica del Derecho penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho”, en *Revista penal*, nº 20, julio 2007, pp. 93 y 94.

<sup>68</sup> Porque, en palabras literales de MUÑOZ CONDE, 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 el Derecho es lo que es funcional (útil) al sistema democrático, y ello pese a que muchos de sus preceptos no tengan nada de democrático. Esto es, la “razón de Estado, se convierte en el único fundamento del Derecho penal. *Vid.*, en MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario”, *op. cit.*, p. 173.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Como sería la invulnerabilidad frente a ataques externos en el caso norteamericano, el consenso en torno a la organización territorial de España en el caso de ETA, la efectividad de la política represiva en materia de drogas en los países occidentales, etc. *Vid.*, en FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *op. cit.*, 311.

<sup>71</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿”Derecho penal” del enemigo?, *op. cit.*, p. 125.

<sup>72</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, *op. cit.*, p. 61.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 65.

coartada dogmática o una pretensión de normalización de lo que no es sino un injerto absolutamente contrario al sentido y la función del Derecho penal”<sup>74</sup>. Esto es, a juicio de este autor, el Derecho penal del enemigo no es sino un intento teórico de eliminar las garantías penales para los presuntos enemigos de la sociedad, intentando criminalizar “con una fórmula tan alambicada como vaga” a todo aquel que decida posicionarse en contra del sistema, retrotrayéndonos con ello a etapas por fortuna ya superadas<sup>75</sup>.

Son dos, en todo caso, las diferencias estructurales entre Derecho penal y Derecho penal del enemigo, y que cabe en consecuencia reprochársele a este último: *una*, el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino que demoniza (excluye) a determinados grupos de infractores; *dos*, el Derecho penal del enemigo es un claro derecho penal del autor.

### C.2. La “demonización” de las personas y el regreso del retribucionismo

Los nuevos modelos de Derecho penal regresan al criterio de la libertad de elección del autor como fundamento del castigo proporcional retributivo y, junto a él, aparece la “peligrosidad” del colectivo al que pertenece el autor. En definitiva, lo que pretende es neutralizar a determinados colectivos a través de la prognosis de la peligrosidad, porque el nuevo retribucionismo, basado en la proporcionalidad, al no disponer de ningún medio que permita calcular la gravedad del hecho, consagra la defensa de los intereses del Estado, sin preocuparse, realmente, de la naturaleza de la acción castigada<sup>76</sup>.

Con el neofuncionalismo, como hemos visto, también se normativiza el concepto de persona, a partir de una construcción comunicativa, no como sujeto universal de derechos, sino distinguiendo entre personas (ciudadanos) y no personas (enemigos). Sin embargo, la cualidad de persona es una atribución, y no cabe hablar de autoexclusión de la peligrosidad por parte del enemigo a combatir. Es el Estado quien decide mediante las normas quien es ciudadano y cuál es el *status* que ello comporta: “no caben las apostasías del *status* de ciudadano”<sup>77</sup>. Porque la mejor manera de “desautorizar” al “enemigo” es la reafirmación de su pertenencia a la ciudadanía general, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor<sup>78</sup>. Es más, la política contraria de demoniza-

<sup>74</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.) *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, op. cit., p. 100.

<sup>75</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha anti-terrorista”, op. cit., p. 1439.

<sup>76</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., pp. 320 y 321.

<sup>77</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿Derecho penal” del enemigo?, op. cit., p. 133.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 134.

ción de los “enemigos”, excluyéndoles del círculo de mortales “normales”, da mayor relevancia a sus hechos, que es precisamente lo que buscan, sobre todo en el caso del terrorismo.

En cualquier caso, como resalta CANCIO, los fenómenos frente a los que reacciona el Derecho penal del enemigo no tienen esa especial peligrosidad, por lo que no es un mecanismo defensivo. Al menos entre los candidatos a enemigos en las sociedades occidentales (criminalidad organizada, tráfico de drogas, ETA) no parece que haya alguno que realmente pueda poner en cuestión la relativa tranquilidad de las mismas en un futuro previsible<sup>79</sup>. Lo único que tienen de especial estos fenómenos es que se trata de comportamientos delictivos que afectan a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades. Pero frente a ellos, la solución no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino en “la manifestación de normalidad”<sup>80</sup>, en la negación de la excepcionalidad; o lo que es lo mismo, en una reacción conforme a los criterios de proporcionalidad e imputación que están en la base del sistema jurídico-penal normal.

### C.3. *El inadmisibles retorno a un Derecho penal del autor*

Pero ¿cómo se define al enemigo? JAKOBS se limita a dar algunas pistas, muy vagas, que recuerdan mucho a las construcciones teóricas de los penalistas nazis sobre el “Derecho penal de autor”, pues se limita a decir: “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”<sup>81</sup>. Esto es, se trata, al parecer, y a juicio de MUÑOZ CONDE, “de sujetos que mantienen una actitud de permanente rebeldía u hostilidad contra el sistema social, que se manifiesta a través de actitudes o de la comisión de hechos que pueden coincidir con delitos comunes, algunos graves, como el terrorismo o el tráfico de drogas; otros no tanto, e incluso de escasa gravedad, como sucede con los delincuentes habituales contra la propiedad”<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p.130.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>81</sup> JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, pp. 41 y 42.

<sup>82</sup> MUÑOZ CONDE, F., “Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»?”, *Revista Penal*, 21, enero 2008, p. 98.

Con esta construcción teórica, en consecuencia, el Derecho penal del hecho ha devenido en un siempre rechazable Derecho penal del autor. Con la amplia eliminación de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista, se ha llegado a que el “estar ahí” de algún modo, “formar parte” de alguna manera, “ser uno de ellos”, aunque sea sólo en espíritu, es suficiente<sup>83</sup>. Y es que el Derecho penal del enemigo adelanta de tal forma la punibilidad, que al referirse únicamente a la lesión de la norma, cabe incluso interpretar que la misma ya se manifiesta en procesos psíquicos internos<sup>84</sup>. Sin embargo, en un Estado de Derecho no cabe convertir al sujeto en una emanación de peligro, un riesgo para la seguridad, y, en virtud de ello, en enemigo del ordenamiento jurídico. Esto es, no cabe legitimar la creación de un Derecho policial en el que rige, no la evitación de resultados lesivos, sino la persecución de la condición del autor, de la “maldad” de los enemigos<sup>85</sup>. Porque en la base de toda construcción teórica que verse sobre el comportamiento humano o las peculiaridades de su vida en sociedad debe estar el reconocimiento del otro como igual y libre<sup>86</sup>.

En definitiva, no hay enemigos en Derecho penal, por lo que, de hecho, todos los seres humanos son ciudadanos. La diferenciación conceptual entre Derecho penal del ciudadano y “Derecho penal” del enemigo sólo implica eso: el establecimiento de una diferencia entre esta clase de ley penal y las características esenciales de lo que hasta ahora ha sido considerado Derecho penal en nuestro entorno jurídicopolítico<sup>87</sup>. Esta forma de legislar no es sino una regresión a meros mecanismos defenistas, un desarrollo degenerativo en el plano simbólico-social del significado de la pena y del sistema penal<sup>88</sup>.

### III. EL FANTASMA DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

Lamentablemente, y como no podía ser de otra manera, el Derecho penal del enemigo también se constata en nuestra legislación penal y procesal. La inauguración definitiva del punitivismo en la legislación penal ordinaria española se llevó a cabo a través de las reformas penales del año 2003 y, desde entonces, la curva ha sido ascendente tal y como lo confirman las reformas posteriores<sup>89</sup>. Unas reformas

<sup>83</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿”Derecho penal” del enemigo?, *op. cit.*, p. 1

<sup>84</sup> GÖSSEL, K.H., “Réplica del Derecho penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho”, *op. cit.*, p. 97.

<sup>85</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, *op. cit.*, p. 71.

<sup>86</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha anti-terrorista”, *op. cit.*, p. 1437.

<sup>87</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿”Derecho penal” del enemigo?, *op. cit.*, p.143.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>89</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, en *Revista Electrónica*

en las que la actitud del legislador, de acuerdo con MUÑOZ CONDE, ha sido —y es— “una política criminal de cuño conservador y reaccionaria, muy extendida también como una de las principales tendencias politicocriminales de finales del siglo XX: la idea de la llamada «tolerancia cero»”<sup>90</sup>. Esto es, reformas que, como nos recuerda GONZÁLEZ CUSSAC, ni siquiera intentan intimidar a los ciudadanos mediante la amenaza de la pena ni reforzar las valoraciones que contienen las normas jurídicas, “sino mantener alejado de la sociedad al delincuente, bien mediante la creación del período de seguridad” o bien mediante el incremento de penas de prisión y su duración; esto es, el objetivo es aislar de la sociedad al infractor todo el tiempo que sea posible sin importar demasiado su evolución”<sup>91</sup>.

En nuestra legislación donde con más fuerza se materializa todo el discurso del “Derecho penal del enemigo” es, sin duda, en los delitos relacionados con las drogas, y las agresiones y abusos sexuales sobre menores<sup>92</sup>; en las reacciones penales frente al fenómeno de la inmigración; los hechos graves cometidos por menores —los “enemiguitos”—<sup>93</sup>; los maltratadores domésticos; los conductores temerarios; y, en general, en el Derecho penal de la criminalidad organizada, sobre todo terrorismo<sup>94</sup>. Porque el nuevo régimen emergente de regulación de la inseguridad social es claramente versátil, demostrando una sorprendente capacidad de incorporar

de *Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 11-08, 2009, p. 18.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 526.

<sup>91</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La contrareforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xuridica Galega*, n° 38, 1° trimestre, 2003, p. 24.

<sup>92</sup> Estos delitos también han sufrido constantes reformas en nuestro país, con la incorporación de nuevas tipologías y el endurecimiento paulatino de sus penas, incluyéndose como respuesta la medida de seguridad de libertad vigilada (art. 192.1). Dejando de lado el debate de los delitos relacionados con la prostitución y la trata de personas, encontramos la tipificación de enemigos en el art. 189 CP donde se recogen conductas muy lejanas a la lesión del bien jurídico, usando expresiones demasiado abiertas como para garantizar la necesaria seguridad jurídica. Esto es, y en literales palabras de NÚÑEZ PAZ, “puede afirmarse la demonización de un tipo de sujetos en los que en muchas ocasiones no concurre más que una perversión sexual, que podrá ser moralmente reprochable, pero que ni en modo ni en objeto afecta de manera relevante a bienes jurídicos penalmente protegidos”. *Vid.*, en NÚÑEZ PAZ, M.A., “The long and winding road: de un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, en MUÑOZ CONDE –LORENZO SALGADO –FERRÉ OLIVÉ –CORTES BECHIARELLI –NÚÑEZ PAZ, (Dir.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 901. Para más información al respecto de la política criminal llevada a cabo sobre estos delitos, es de sumo interés VIVES ANTÓN – ORTS BERENGUER, “Reflexiones político-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España”, en MUÑOZ CONDE –LORENZO SALGADO –FERRÉ OLIVÉ –CORTES BECHIARELLI –NÚÑEZ PAZ, (Dir.), *Un Derecho penal comprometido...*, *op. cit.*, pp. 1139 y ss.

<sup>93</sup> Expresión usada por NÚÑEZ PAZ para identificar el actual proceso de “demonización de los menores infractores, considerados criminales racionales y antisociales que se “mofan” de la supuesta situación de impunidad ante la que se encuentran”. *Vid.*, en NÚÑEZ PAZ, M.A., “The long and winding road: de un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, *op. cit.*, p. 902.

<sup>94</sup> Cabría incluirse como nuevos objetivos a los maltratadores domésticos y los reincidentes, que si bien aún no pueden ser considerados de enemigos, ya se encuentran en la primera fase de *enemización*, por reunir tres notas características: la expansión punitiva, el uso primordialmente simbólico del Código penal y el agitación mediático de repulsa contra todos aquellos sospechosos de ser catalogados como tales. *Vid.*, en NÚÑEZ PAZ, M.A., “The long and winding road: de un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, *op. cit.*, p. 904.

nuevos objetivos, al ritmo en que se vayan definiendo nuevos espacios de inseguridad por parte de periodistas, burócratas, activistas sociales de todo tipo o políticos electos<sup>95</sup>.

Porque en nuestra individualista sociedad de riesgos, el que satisface el perfil de “inmigrante”, sobre todo, musulmán o africano; el que satisface el perfil de maltratador doméstico, de delincuente sexual, de conductor temerario, etc, es el “nuevo pobre” cuya situación o características personales (que les hace ser portadores de tal o cual perfil de riesgo) les convierte en probables o ciertos objetos de la intervención penal por ser él un riesgo para el resto de los ciudadanos<sup>96</sup>. Y la reacción del Derecho penal frente a estos fenómenos es de verdadero combate jurídico contra individuos especialmente peligrosos. Un nuevo punitivismo, inédito en nuestra historia penal, porque, además, se ha convertido en una nueva estrategia de gobernar a la sociedad civil a través del gobierno del fenómeno criminal<sup>97</sup>.

Ahora bien, a diferencia de otros países —en que el 11-S marcó el punto de inflexión en el despliegue del régimen de excepción—, en el nuestro se ha venido desarrollando una legislación penal y procesal que paulatinamente ha ido transitando de la excepcionalidad a la generalización, y que ha posibilitado la exclusión de las garantías de los inculpados pertenecientes al crimen organizado (sobre todo terrorismo, tráfico de drogas e inmigración) y ha favorecido el ejercicio de la violencia estatal<sup>98</sup>. Y para ello las reformas<sup>99</sup> han sido continuas desde la entrada en vigor de nuestro actual CP en 1995, pasando del, por aquel entonces, *Código penal de la democracia* al actual *Código penal de la seguridad*, sacrificándose lo que parecía insacrificable: el modelo político criminal subyacente en nuestra Constitución, basado en los principios de resocialización, legalidad y humanidad de las penas. Ahora poco o nada queda de ese programa político criminal, que ha sido sustituido por uno guiado por una fe inquebrantable en la capacidad de intimidación de las penas, el deslizamiento hacia un Derecho penal de autor, y el recorte del arbitrio judicial<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>98</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>99</sup> De un total de 27, las más significativas son las operadas por *LO 7/2003, de 30 de junio*, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; la *LO 11/2003, de 29 de septiembre*, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; la *LO 15/2003, de 24 de noviembre* y la *LO 15/2007, de 30 de noviembre*, por las que se modifica, respectivamente, el Código penal; y la última, al menos hasta el momento de redacción de este artículo, la operada por *LO 5/10, de 22 de junio*, de reforma del CP.

<sup>100</sup> DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 1031. Y es que la mayor parte de las reformas lo que buscan es incrementar la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución) y que, fuera de los supuestos de terrorismo y inmigración ilegal —que tratamos pormenorizadamente—, cabría deducirse de medidas como: la rebaja del límite mínimo de duración de la pena de prisión a tres meses (art. 36.1 CP), con lo que pasan a castigarse con penas de prisión de tres a seis meses conductas que antes se

## 1. La política criminal antiterrorista: la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y la LO 5/10, de 22 de junio, de reforma del CP

Que el terrorismo es nuestro “Talón de Aquiles” no es una novedad para nadie, y eso hace posible que todas las reformas operadas por los distintos gobiernos sean recibidas con los brazos abiertos; por supuesto, siempre que sean represivas. Sea como fuere, en materia de terrorismo la legislación especial ya permitía suspender determinados derechos que afectaban, fundamentalmente, al plazo de entrega a la autoridad judicial y al periodo y condiciones de incomunicación del presunto terrorista. A tales limitaciones cabe añadir hoy el art. 527 de la LECrim que impide al incomunicado designar abogado libremente, o transmitir a un familiar u otra persona el hecho de su detención y el lugar de custodia donde se encuentra. De igual forma, tampoco tiene derecho a entrevistarse reservadamente con el abogado de oficio al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido. De otra parte, y como ya sabemos, tanto la LECrim como la Ley de *Habeas Corpus*, niegan al presunto terrorista el derecho al juez natural del lugar de comisión de los hechos, siendo todos atribución de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional. En definitiva, nos hallamos ante un sistema de emergencia que sustrae las más elementales garantías a las personas detenidas por un presunto delito de terrorismo o de tráfico<sup>101</sup>.

Pero aquí no acaban, ni mucho menos, las excepciones. Las últimas reformas, tanto del Código Penal como de la LECrim, establecen un sistema inocuidador para los terroristas y la delincuencia organizada, llegando incluso a exigirseles el cumplimiento íntegro de la condena. Efectivamente, con la *LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*<sup>102</sup>, se

sancionaban con penas de arresto de fin de semana (ej. lesiones dolosas del art. 147.2, lesiones por imprudencia grave del art. 152.1.1º, el acoso sexual del art. 184, el abandono de familia de los arts. 226.1 y 227.1, desórdenes públicos del art. 558, etc.); supresión de la sección especial, separada y reservada del Registro Central de Penados y Rebeldes, donde se inscribían las suspensiones de las penas privativas de libertad, con lo que una vez pasado el tiempo de prueba sin delinquir ya no se cancelan inmediatamente los antecedentes penales, sino que deben transcurrir los plazos establecidos con carácter general al efecto; la previsión de que se pasen a considerar delito la comisión de cuatro faltas de lesiones (art. 147), de hurto (art. 234) o de sustracción de vehículos a motor o ciclomotores (art. 244), no juzgadas y cometidas durante un año; la reforma de los delitos de violencia doméstica y de género (arts. 153, 171.4 y 5, 172.2, 173.2), los delitos contra la seguridad vial (arts. 379 y ss.), los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 270 y ss), etc. *Vid.*, en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I, Introducción*, 6ª edic., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 166 y ss.

<sup>101</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>102</sup> Una reforma, nos recuerda ACALE, llevada a cabo en un año caracterizado, irónicamente, por los éxitos policiales y la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo; luego una reforma absolutamente injustificada y que no es sino “una muestra más de Derecho penal simbólico: se pretende obtener un beneficio electoral vendiendo seguridad colectiva a cambio de libertades ajenas”. *Vid.*, en ACALE SÁNCHEZ, M., “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, *op. cit.*, p. 345.

establece el cumplimiento efectivo de la sanción sin esperanzas en finalidades preventivas, puesto que se parte incluso de pensar que los beneficios penitenciarios pueden llegar a convertirse en instrumentos al servicio de los terroristas, bandas organizadas u otros delincuentes de gran peligrosidad<sup>103</sup>. De otra parte, se amplían los plazos de incomunicación para los detenidos integrantes de estos sectores pudiendo el tribunal o juez acordar la detención o prisión incomunicadas durante un periodo de trece días (arts. 509 LECrim)<sup>104</sup>. En concreto, esta Ley, que en su propia Exposición de Motivos se marca como objetivo claro “el de lograr una lucha más eficaz contra la criminalidad”, adopta claras medidas defensistas frente al enemigo terrorista, y de paso frente a los integrantes de bandas organizadas y los delitos graves, lo que de acuerdo FARALDO, “pone de manifiesto la capacidad expansiva de esta legislación de excepción”<sup>105</sup>. Las medidas adoptadas son: modificación del límite máximo de cumplimiento de penas de prisión en el concurso real de delitos, que pasa de treinta a cuarenta años (art. 76 CP), y la creación de innumerables obstáculos para que estos delincuentes accedan al tercer grado y a la libertad condicional, lo que al final lleva al cumplimiento íntegro de sus condenas, sin permisos ni acceso al tercer grado ni a la libertad condicional. Esto es, una serie de criterios preventivo-generales, no ya de mera intimidación, sino de mero *show*, durante una fase en la que únicamente deben primar los criterios penitenciarios; esto es, y en expresiva definición de ACALE, “el castigo se convierte en espectáculo y los condenados en meros actores de una pantomima”<sup>106</sup>. Una crítica que adquiere carta de naturaleza frente a la continua amenaza de imponer medidas de alejamiento a los terroristas que ya han cumplido su pena. Medidas que, bajo el nombre, ya de por sí irónico, de *libertad vigilada*, son ya una realidad tras la entrada en vigor de la LO 5/10.

Esta Ley, además de aumentar de forma generalizada las penas para los delitos de terrorismo, y de señalar la imprescriptibilidad tanto de estos delitos (art. 131.4 *in fine*) como de sus penas (art. 133.2 *in fine*) cuando se produzca la muerte de una

<sup>103</sup> Ciertamente, en el pasado mes de abril, el Ministerio del Interior ha anunciado la puesta en marcha de un programa de reinserción de presos de la banda terrorista ETA (que también podrá afectar a reclusos por otras formas de terrorismo y crimen organizado), pero éste en realidad no presenta un cambio sustancial sobre la situación actual. Se limita a propiciar el acercamiento de presos terroristas a cárceles cercanas a su domicilio a condición de que se pronuncien de forma expresa contra la violencia y se desvinculen de la banda. La única diferencia sobre los actuales requisitos es que no tendrán que pedir perdón a sus víctimas. Un perdón que sí deberán solicitar para obtener beneficios penitenciarios (permisos, acceso al tercer grado y libertad condicional), además de colaborar al esclarecimiento de los delitos sin resolver y afrontar las indemnizaciones pendientes. Se trata, por tanto, de un cambio menor, vinclado a la etapa que se abrió hace seis meses con el anuncio del cese de la violencia por parte de la organización terrorista.

<sup>104</sup> Si bien la incomunicación en principio no puede extenderse más de cinco días, cuando se trate de una actividad de la criminalidad organizada, se admite la prórroga por cinco días más. Pero aquí no acaba todo, excepcionalmente, el juez puede decretar una segunda incomunicación de otros 3 días, con lo que se puede llegar a una incomunicación de 13 días en total.

<sup>105</sup> FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales...”, *op. cit.*, p. 302.

<sup>106</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, *op. cit.*, p. 350.

persona<sup>107</sup>, en su art. 96, y dentro de las medidas de seguridad no privativas de libertad, incluye a la libertad vigilada (apartado 3.3ª). Una nueva medida que, según el art. 106.1, conlleva el control judicial del liberado a través del cumplimiento de alguna de las siguientes medidas: la obligación de estar siempre localizable, de presentarse periódicamente ante el juez, de comunicar cualquier cambio de residencia, de ausentarse de un determinado lugar, de aproximarse o comunicarse con la víctima o sus familiares, de acudir a un determinado lugar, o desempeñar determinadas actividades que le puedan facilitar la comisión de hechos delictivos de similar naturaleza. Dicha medida, sea como fuere, se cumplirá con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad previamente impuesta (art. 106.2), y para los delitos de terrorismo será de imposición imperativa, teniendo una duración de entre cinco y diez años, cuando la pena privativa de libertad que le preceda sea grave, y de uno a cinco si fuera menos grave (art. 579.3). En definitiva, se trata de una medida post-penitenciaria, difícilmente compatible con nuestro sistema penitenciario progresivo<sup>108</sup>, cuyo incumplimiento conlleva la comisión del delito de quebrantamiento de condena, tal y como deja de manifiesto el también reformado art. 468.2.

En nuestra legislación lo único que parece, en definitiva, es que no interesan tanto los hechos realizados como que el que el sujeto siga o no siendo terrorista, con una clara inversión de la carga de la prueba para el terrorista o miembro de una organización criminal que desee optar a la libertad condicional<sup>109</sup>. Luego nos en-

<sup>107</sup> Una imprescriptibilidad que, de acuerdo con MUÑOZ CONDE, trata más de calmar las exigencias punitivas que los actos terroristas suscitan en la opinión pública española, que conseguir cualquier otra finalidad preventiva de intimidación de los terroristas que, como sabemos, se mueven en otras coordenadas mentales. Vid., en MUÑOZ CONDE, F., “El Derecho penal en tiempos de cólera”, en MUÑOZ CONDE – LORENZO SALGADO -FERRÉ OLIVÉ -CORTES BECHIARELLI -NÚÑEZ PAZ, (Dir.), *Un Derecho penal comprometido...*, op. cit., p. 860.

<sup>108</sup> Este sistema penitenciario, como sabemos, supone que el sujeto pueda pasar al tercer grado y gozar en el último tramo de la libertad condicional, en la que según el art. 90.2 CP puede estar sometido a la observación de determinadas reglas de conducta que coinciden con las previstas para la medida de libertad vigilada. Y si el sujeto ha cumplido tales reglas durante su libertad condicional, no tiene sentido alguno que siga estando sometido todavía después del cumplimiento total de la pena a tales medidas. Luego la medida de libertad vigilada sólo puede significar una cosa: es una especie de control a perpetuidad del que en su día fue condenado y cumplió ya su pena. Vid., en MUÑOZ CONDE, F., “El Derecho penal en tiempos de cólera”, op. cit., p. 876.

<sup>109</sup> Entre otros, el abandonar los fines y medios terroristas y colaborar con las autoridades en la prevención de ataques terroristas y la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas. Condiciones difíciles, por no decir imposibles, de cumplir, dado que quien se haya en prisión no puede acceder a los medios terroristas, para así abandonarlos, como exige la ley; y en cuanto a la “invitación obligada” a la delación, además de ilegítima tampoco es de recibo planteada como *conditio sine qua non*. Vid., en RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista”, op. cit., pp. 1442 y 1443. Además, es muy difícil que quien ya ha cumplido la mitad de la condena pueda suministrar una información actualizada y relevante sobre la banda terrorista y sus miembros. Una información a la que, como mucho, tienen acceso los cabecillas, pero no los demás, por lo que, al final, sólo se beneficia a quien más sabe, lo cual constituye una lógica inconstitucional y criminógena. Vid., en FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales...”, op. cit., p. 329.

contramos, sin duda, ante un modelo procesal-penal inspirado en la prevención general positiva con pretensiones de eficacia intimidatoria colectiva<sup>110</sup>. O lo que es lo mismo, la reforma se inspira en el funcionalismo sistemático de JAKOBS, para quien la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma, y la culpabilidad pasa a ser entendida como mera fidelidad a la norma y el delincuente como un desobediente, un infiel que debe ser castigado porque la colectividad lo reclama<sup>111</sup>. En definitiva, aquí rige el principio del interés estatal en perjuicio de la libertad y seguridad personales, un proceso involutivo donde se trasvasa la excepcionalidad de las leyes temporales a la generalización de la excepción representada por la LECrim<sup>112</sup>. Y ese no es, ni mucho menos el camino correcto.

Si lo único que pretenden, como parece que así es, tanto la LO 7/2003 como la LO 5/10, es la inocuización de cierto tipo de delincuentes, olvidándose de toda posibilidad de rehabilitación y reinserción social, y con ello —en palabras literales de FARALDO— “hacer un guiño a la comunidad, a la que se le permite así satisfacer las ansias de venganza aireadas, cuando no creadas, por los medios de comunicación”<sup>113</sup>, no nos queda sino que concluir su ilegitimidad y consecuente rechazo desde la perspectiva de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Porque de nuevo asistimos a una insostenible degradación de las garantías del proceso penal que vaticina la confirmación de un Derecho penal y procesal ilegítimo<sup>114</sup>. Sin duda, están cambiando las reglas del juego y el “bien común”, la razón de Estado, identificada con la conservación y el acrecentamiento de su potencia, tienden a convertirse en el fin primario e incondicionado de la acción de gobierno. Sin embargo, debemos reafirmarnos nuevamente en que la razón jurídica del Estado de Derecho no conoce amigos y enemigos, sólo culpables e inocentes, y no hay excepciones a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, pues las reglas no pueden ser doblegadas cada vez que conviene. En la jurisdicción el fin no justifica los medios, pues los medios (reglas y formas), precisamente, son las garantías de verdad y de libertad<sup>115</sup>.

En todo caso, y eso tampoco debemos olvidarlo, corremos el peligro de que —en una expresión ciertamente popular— “el tiro nos salga una vez más por la culata”, porque lo que quieren las organizaciones terroristas es que el Estado reconozca la existencia de una guerra y le conceda *status* de interlocutor en ella: hablar de paz,

<sup>110</sup> Tendencia punitivista que sin duda continúa con la pretensión del actual gobierno del PP de incluir la “prisión permanente revisable” para los terroristas en la nueva reforma del CP que ya ha anunciado.

<sup>111</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, *op. cit.*, p. 351.

<sup>112</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>113</sup> FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales...”, *op. cit.*, p. 316.

<sup>114</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>115</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 830.

de tregua, de guerra contra el terrorismo es hacer el juego a los terroristas, reconocerles una posición al mismo nivel que el Estado<sup>116</sup>. “Frente a ello —escribe literalmente FARALDO—, se les ha de negar la excepcionalidad a todos los niveles: no merecen reacciones desproporcionadas desde el Estado porque sólo pueden poner en peligro las bases esenciales de la sociedad si la propia sociedad se lo permite percibiendo el riesgo que representan como un peligro real de desestabilización, cuando lo cierto es que los medios de que disponen y la índole de los ataques que realizan no son más que picaduras de mosquito en la piel de un elefante”<sup>117</sup>.

## 2. La cosificación como “otro” del inmigrante irregular

A partir de los años 80, en nuestro país surge una legislación de carácter administrativo, procesal y penal contra el inmigrante ilegal como consecuencia de la crisis económica del sistema capitalista, y donde se resalta la clara incapacidad de aceptación por el Estado de los marginados económicos. Ahora bien, la *LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social* (modificada por *LO 8/2000, de 22 de diciembre*, y por *LO 2/2009, de 11 de diciembre*)<sup>118</sup> tampoco es que venga a solucionar mucho las cosas. Al ser la seguridad también buscada mediante el derecho administrativo, la conocida como *Ley de extranjería* tampoco se ha separado de la nombrada legislación de “enemigos”, pues recorta los derechos de los inmigrantes sin permiso de estancia o residencia, privándoles incluso de la prestación sanitaria<sup>119</sup>. Restricciones que, de otra parte, se confirman en el hecho de que sea dudosa la posibilidad de tutela judicial efectiva cuando el inmigrante es rechazado en la frontera. Es más, respecto a los inmigrantes residentes tampoco es que la situación sea de pleno reconocimiento de sus derechos, pues al reconocerles su derecho al sufragio en las elecciones municipales la *LO 2/2009*, no se avanza demasiado en el reconocimiento de derechos políticos al extranjero, pues —en completo acuerdo con

<sup>116</sup> Léase más sobre esta materia en SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ – DEMETRIO CRESPO, (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2010.

<sup>117</sup> FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales...”, *op. cit.*, p. 312.

<sup>118</sup> Una reforma de la Ley de extranjería que no responde a la iniciativa de mayoría parlamentaria alguna, sino que viene impuesta por las SSTC 236/07 y 259/07 que, al resolver dos recursos de amparo, dejaron claro algo obvio: que los derechos fundamentales se reconocen a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los españoles, por tratarse de derechos inherentes a toda persona, con independencia de cuál fuese su situación administrativa. *Vid.*, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El Derecho penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración”, en MUÑOZ CONDE –LORENZO SALGADO -FERRÉ OLIVÉ -CORTES BECHIARELLI -NÚÑEZ PAZ, (Dir.), *Un Derecho penal comprometido...*, *op. cit.*, p. 117.

<sup>119</sup> El R.D. 16/2012 (BOE de 24 de abril de 2012) prevé que los extranjeros que no cuenten con residencia legal en España sólo tendrán derecho a la prestación sanitaria básica, cobertura en la asistencia de urgencias hasta el alta, asistencia por maternidad (embarazo, parto y postparto) y cuidados de los niños. Una medida que afectará a más de 500.000 personas y que conllevará una nueva reforma de la Ley de Extranjería para exigir la residencia fiscal y el empadronamiento a los extranjeros que deseen obtener la tarjeta sanitaria.

TERRADILLOS— son derechos que no se agotan en el permiso para votar, sino también a intervenir y decidir sobre los criterios de gestión de la vida pública, y que son *conditio sine qua non* de un proceso de integración real y estable<sup>120</sup>.

Sea como fuere, son enormes las posibilidades de expulsión por irregularidades administrativas como la ausencia del permiso, de su caducidad, por trabajar sin autorización o por encontrarse de forma irregular en nuestro país. Es más, con la LO 2/2009, se refuerza la política de expulsión, configurada como sanción para conductas graves y muy graves, en detrimento de la pena de multa (art. 57), y se amplía a los supuestos en que el extranjero sea condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2), e incluso al extranjero procesado o imputado —que no condenado— en un procedimiento judicial por delito o falta castigado con pena inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza (art. 57.7a). Una clara vulneración del principio *ne bis in idem*, la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso, que coloca a la reforma operada por LO 2/2009 “en un vidrioso terreno limítrofe con la inconstitucionalidad”<sup>121</sup>. Y todo ello por no hablar de la posibilidad del internamiento en un Centro para extranjeros previo a la expulsión, y que también por LO 2/2009 se ha ampliado el plazo máximo de 40 a 60 días (art. 62.2). Una privación de libertad que, recordemos, no nace del delito, sino de la tardanza de la Administración en la tramitación del expediente de expulsión.

En definitiva, y de acuerdo con PORTILLA, en esta Ley, nuevamente, el concepto de igualdad se convierte en algo puramente formal, reduciéndose a la igualdad “entre iguales”. Esto es, los derechos del “extraño” no se recortan primero en el Derecho internacional, sino también ya en el Derecho administrativo<sup>122</sup>. Y ahí es, precisamente, y tal y como ya hemos visto, donde radica la perversión: “no puede hablarse de discriminación ni de conculcación del principio de igualdad —escribe este autor con la elocuencia de siempre— cuando se vetan derechos fundamentales de los inmigrantes ilegales, ya que los parámetros de la comparación se vinculan con el sector al que pertenecen, no con el resto de los ciudadanos”<sup>123</sup>.

Y la situación tampoco es que mejore con las *Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 24 de noviembre, y 5/2010, de 22 de junio*. Todas ellas modifican de forma significativa el CP, con enormes repercusiones en materia de extranjería, al incluir una serie de preceptos, llenos de incoherencias y limitaciones,

<sup>120</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El Derecho penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración”, *op. cit.*, p. 1118.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 1128.

<sup>122</sup> SIEBER, U., “Límites del Derecho penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero o internacional”, *op. cit.*, p. 142.

<sup>123</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 150.

que con la vocación proclamada de defender los derechos del inmigrante, en su condición genérica de personas y específica de trabajador, sin embargo poco permiten avanzar en la consecución de tal objetivo<sup>124</sup>.

Para comenzar, los arts. 312.2 y 318 bis 1 del CP no muestran más que un valor simbólico en la defensa del inmigrante extranjero, protegiendo en realidad los derechos de los trabajadores nacionales. De otra parte, la población migrante, en su triple condición de pobre, extranjero e irregular, no puede sino desembocar en una clara marginalidad; y un alto nivel de marginalidad va siempre acompañado de un alto nivel de criminalidad. Porque —como bien expresa TERRADILLOS— la inhibición que, frente a la tentación de delinquir, pudiera provenir de la amenaza de pérdida de lo ya conseguido, no tiene razón de ser respecto a quien nada tiene; ni respecto a quien, además, vive diariamente la seducción de una sociedad de consumo a la que no podrá acceder, al menos a corto plazo, por medios lícitos<sup>125</sup>. Tampoco actúan los frenos derivados de la integración familiar, escolar o laboral, pues sencillamente no existe<sup>126</sup>. La respuesta de nuestro código penal a este problema, de claras connotaciones sociales y, sobre todo, económicas, es única y muy clara: desechar el problema a través de la expulsión generalizada de los extranjeros no residentes legalmente que cometen ilícitos en nuestro país (art. 89 CP).

Y la LO 5/10 de reforma del CP tampoco ha venido a dar un gran paso en este sentido, pues si bien ahora se pierde el carácter imperativo de la expulsión, ésta se sigue considerando preferente (art. 89.1). Es más, el penado que regrese antes de que transcurra el tiempo establecido no será vuelto a expulsar —salvo que sea sorprendido en la frontera—, sino que cumplirá la pena previamente impuesta (art. 89.4). Finalmente, y por si lo anterior no fuera bastante, todo inmigrante irregular que acceda al tercer grado penitenciario o haya cumplido las  $\frac{3}{4}$  partes de la condena, podrá ser también expulsado, y con independencia de la pena que esté cumpliendo (art. 89.5), con lo que al final expiará la condena dos veces: una como culpable del delito, y otra como “culpable” de su condición de extranjero no residente legalmente en España. Y siempre teniendo en cuenta que el precepto habla de “pena privativa de libertad” lo que implica la expulsión una vez cumplidas las  $\frac{3}{4}$  partes tanto de una pena de prisión como de localización permanente o responsabilidad subsidiaria por impago de multa (art. 35 CP).

En cualquier caso, la expulsión lleva consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo de residencia o trabajo en nuestro país del expulsado (art. 89.3), con lo que la expulsión jurisdiccionalmente acordada, y basada en hechos anteriores (el delito), predetermina la decisión administrativa sobre una solicitud de permiso de residencia o trabajo que puede estar fundamentada en datos posteriores

<sup>124</sup> TERRADILLOS BASOCO, J., “Sistema penal e inmigración”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta, op. cit.*, p. 1470.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 1477.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

al delito. La orden de expulsión despliega así una eficacia *ultra vires* carente de justificación alguna<sup>127</sup>.

En cuanto al carácter de penas “draconianas” característico del Derecho penal del enemigo, el art. 318 bis es una buena prueba de ello, pues permite imponer penas de hasta 18 años de prisión, en caso de tráfico ilegal o inmigración clandestina, realizado con ánimo de lucro (ej. cobrando el precio de un lugar en la patera) si la víctima es menor de edad o incapaz y el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a tales actividades; o hasta 27 años cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones. En este sentido, y en irónicas palabras de MUÑOZ CONDE, pero llenas al mismo tiempo de realismo, “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 (...)”<sup>128</sup>.

Sea como fuere, no debemos olvidar que una migración que responde fundamentalmente a factores económicos, cambia cuando éstos evolucionan. El Informe sobre Desarrollo Humano 2011, presentado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo constata el parón de la emigración, legal e ilegal, hacia los países desarrollados como consecuencia de la crisis económica<sup>129</sup>. En nuestro país, y según datos del Instituto Nacional de Estadística, durante el pasado año 2011 se marcharon más personas de las que llegaron, siendo el primer año de la década con un saldo migratorio negativo. España ya no es un país de acogida, la crisis ha provocado un éxodo masivo de ciudadanos y de las 507.740 personas que se fueron a lo largo del 2011, 445.130 eran extranjeros<sup>130</sup>. De su parte, también la llegada ilegal de inmigrantes se ha reducido más del 80%, la cifra más baja en 10 años. Y si disminuye el número de personas que intentan entrar en territorio español de forma irregular, obviamente también baja el número de repatriaciones (un 21% menos que el año anterior), denegaciones de entrada, readmisiones, devoluciones y expulsiones.

Seguramente, y así se vanagloria el Ministerio del Interior<sup>131</sup>, la tendencia a la

<sup>127</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El Derecho penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración”, *op. cit.*, p. 1130.

<sup>128</sup> MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre «el Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 527. Con la LO 5/10, la situación al menos se “reorganiza” estructuralmente, dado que, al desaparecer el anterior apartado 1 del art. 313, se acaba con la enorme diferencia de punibilidad habida entre la inmigración clandestina de trabajadores y la de aquéllos que no lo eran (o no se podía demostrar), y que por ello se sancionaba vía art. 318 bis, con penas sensiblemente superiores. Con la reforma, ambas situaciones se equiparan, considerándose ambos delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis.1; si bien, eso sí, manteniéndose penas exarcebadas para esas conductas, no ya consentidas por los propios inmigrantes sino incluso incentivadas por ellos, en la siempre humana búsqueda de una vida mejor para ellos y sus familias, las cuales muchas veces se pasan años ahorrando para pagar el “viaje”.

<sup>129</sup> <http://hdr.undp.org/es/>

<sup>130</sup> [www.ine.es](http://www.ine.es)

<sup>131</sup> Según el Ministerio del Interior, los datos son los mejores de la última década y ha sido posible gracias “al esfuerzo de los medios humanos y materiales y por la buena colaboración entre España y los países

baja de la inmigración irregular puede tener relación con la eficacia policial, pero, en completo acuerdo con TERRADILLOS, “no es menos cierto que la combinación de factores de expulsión y atracción —principalmente la brecha salarial y demográfica que separa los ámbitos de origen de los de acogida— constituye un factor de movilidad frente al que nada pueden las solas medidas de control, incluidas las más extremas”<sup>132</sup>. Y es que pretender afrontar un fenómeno como el de la inmigración, que hunde sus raíces en razones económicas, únicamente persiguiendo a las “mafias” del tráfico de personas, es simplificar en demasía. Significa que el legislador español sólo pone sus ojos en el “efecto llamada”, desconociendo el “efecto huida”, identificado con la pobreza.

En definitiva, la Ley de Extranjería, pese a sus habituales reformas, sigue anclada en el “mito del retorno”, en base al cual el extranjero ni necesita ni espera la plenitud de derechos porque está de paso, esto es, su sino es el regreso a su país de origen no el acceder a la ciudadanía española. No es más que mano de obra transitoria. De este modo, la legislación de extranjería, obsesionada por la seguridad, se limita a seleccionar a los inmigrantes, lo que tiene como efecto la marginalización de los denominados “irregulares”, que quedan relegados a la economía sumergida, sin defensa alguna frente a sus no menos “irregulares” empleadores<sup>133</sup>. En definitiva, la inmigración es un elemento de equilibrio del mercado, y el inmigrante que no es funcional para las leyes del mercado, es una amenaza frente a la que hay que defenderse.

#### IV. CONCLUSIONES VALORATIVAS: EL RECHAZO MAYORITARIO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental es una sociedad paralizada, incapaz de asumir el menor cambio y progreso, el menor riesgo. Es más, poco efecto preventivo se puede esperar de unas leyes que cosifican a determinados grupos de personas, calificándoles como “no personas”. Tal exclusión, al contrario de lo que se pretende, les legitima en sus ataques al Estado<sup>134</sup>.

El Derecho penal del enemigo, en definitiva, podría hacer desaparecer el Derecho penal como racionalizador del *ius puniendi* del Estado, porque no es sino un estado de guerra, que no sólo es todo lo contrario al Derecho penal, sino al Derecho

africanos”. Y ello debido al mayor control que el Ministerio del Interior lleva a cabo en las fronteras (un incremento del 60% de presencia policial); el *Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE)*, que permite un mayor control de la delincuencia y la inmigración ilegal en las costas españolas; y la *Red de Intercambio de Información o Proyecto SEAHORSE*, un sistema que consiste en el establecimiento entre los países de la fachada atlántica africana (España y Portugal) de una red de comunicaciones para la coordinación de intercambio de información permanente y segura vía satélite entre países en materia de inmigración irregular y otras actividades delictivas que se llevan a cabo en el mar. *Vid.*, en [www.elpueblodigital.es.html](http://www.elpueblodigital.es.html).

<sup>132</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El Derecho penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración”, *op. cit.*, p. 1123.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 1136.

<sup>134</sup> MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario”, *op. cit.*, p. 175.

en general<sup>135</sup>. El Derecho penal del enemigo, y nos guste o no, “contamina” el Derecho penal ordinario<sup>136</sup>. Ciertamente, “una sociedad no ilustrada y un Derecho penal ilustrado no van juntos”. Pero, ¿hemos llegado ya a ese punto?<sup>137</sup> Pues parece que sí, o al menos eso refleja la práctica legislativa de muchos países y, entre ellos, tal y como hemos visto, está el nuestro. Si es así, si el Derecho penal del enemigo ya se ha colado en nuestro edificio jurídico, ¿qué podemos hacer ahora?

De acuerdo con NÚÑEZ PAZ, lo más urgente es identificarlo y señalarlo, evitando así “que la generalización de esta colosal tensión punitiva de lucha invierta la balanza y el «Derecho penal del ciudadano» llegue a ser la excepción”<sup>138</sup>. Debemos combatirlo siquiera sea intelectualmente, abogando por la necesidad de adecuar la política criminal a unos mínimos principios técnicos y humanos. Y es que, ¿se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con los principios fundamentales? ¿Puede utilizar el Estado de Derecho, sin perder su nombre, los medios represivos característicos de un Estado dictatorial? Puede que con reformas y recortes de los derechos fundamentales, e incluso violación de las garantías básicas del Estado de Derecho, se pueda luchar más o menos eficazmente contra el “enemigo”, pero lo que sí está claro es que también se está abriendo una terrible puerta por la que puede colarse, estamos con MUÑOZ CONDE, “un Derecho penal de cuño autoritario, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras”<sup>139</sup>. Porque el triunfo de esta tesis sólo significa la supresión de lo político, la eliminación de cualquier espacio de discrepancia de valores, despreciando toda idea de transformación radical y el concepto mismo de la democracia<sup>140</sup>. Bajo esta conceptualización, el Derecho queda reducido a una simple técnica y su legitimación limitada por la idea de la persona como construcción comunicativa, un subsistema donde sólo interesa el control social para la satisfacción de las necesidades individuales de crecimiento económico<sup>141</sup>. O las de disminución del déficit estatal marcadas por la batuta de la economía global; pero esa ya es otra historia, aunque con idénticos protagonistas (víctimas y victimarios).

<sup>135</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha anti-terrorista”, *op. cit.*, p. 1439.

<sup>136</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿”Derecho penal” del enemigo?”, *op. cit.*, p. 149

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>138</sup> NÚÑEZ PAZ, M.A., “The long and winding road: de un Derecho penal de los delincuentes a un Derecho penal de los enemigos”, *op. cit.*, p. 907.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 176. Un ejemplo claro de ello se puede encontrar en nuestra historia más reciente, y al respecto es de sumo interés la obra PORTILLA CONTRERAS, G., *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo*, Comares, Granada, 2010.

<sup>140</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, *op. cit.*, p. 80.

<sup>141</sup> *Ibidem*.