



El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del *derecho penal enemigo*

José L. González Cussac

Catedrático de derecho penal.
Universitat Jaume I (Castellón)

RESUMEN: Bajo la excusa del viejo recurso a una idea ambigua de seguridad y la llamada “lucha” contra el terrorismo, ha ido configurándose la teoría del “Derecho penal del enemigo”. Aquí se ofrece un análisis crítico de esta doctrina desde una triple perspectiva: a) moral, por partir de un deshumanizado presupuesto de “enemigo/no-persona”; b) política, por comportar un retorno al pensamiento absolutista incompatible con la idea de democracia; y c) jurídica, puesto que su desarrollo contradice y vulnera los principios y derechos fundamentales básicos del Estado de Derecho, en concreto, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la legalidad criminal, el derecho a la igualdad y no discriminación, y el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Terrorismo Derechos fundamentales Democracia Enemigo/no-persona

SUMMARY: The “Criminal Law of the Enemy” theory has been formed under pretext of the old recourse to an ambiguous idea of security and the so called “fight” against terrorism. Herein a critic analysis of this doctrine is offered from a triple perspective: a) moral, since the theory is started from a dehumanized presupposition of “enemy/non-person”; b) politic, since it involves a return to a totalitarian thinking that is not consistent with the idea of democracy; and c) legal, since the development of this doctrine contradicts and violates the fundamental rights and basic principles of the Rule of Law, specifically, the right to presumption of innocence, the right to criminal legality, the right to equality and non-discrimination and the principle of proportionality of criminal offences and penalties.

KEY WORDS: Security Terrorism Fundamental Rights Democracy Enemy/Non-Person

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como expresa el título de este trabajo, comparto una opinión bastante extendida, según la cual, el llamado ahora *Derecho penal del enemigo* no constituye una auténtica novedad teórica, sino que más bien representa una formulación nueva que se inscribe dentro de lo que conocemos tradicionalmente como pensamiento autoritario. Pero el pensamiento autoritario no es un todo monolítico, uniforme y estático, puesto que en su seno se integran diversas corrientes, que a su vez contienen múltiples facetas, matices, orientaciones, propuestas e iniciativas. En consecuencia, lo que aquí se pretende es una aproximación a sus fundamentos y consecuencias en el Derecho penal actual, que nos permita reflexionar acerca de su legitimidad y eficacia. Por tanto, desestimo tanto una descalificación global

a priori de todo el pensamiento autoritario, como el silencio que permita entender aceptados sus presupuestos, finalidades y efectos en sus tesis extremas.

Así mismo, creo oportuno comenzar advirtiendo de ciertas premisas metodológicas, o si se prefiere, de las perspectivas de aproximación a esta doctrina de las que parto, y que obviamente condicionan su comprensión.

En primer lugar, la teoría del *Derecho penal del enemigo*, entendida como una nueva reformulación del pensamiento autoritario, no debe ser examinada únicamente como un modelo alternativo al que podemos llamar *Derecho penal liberal*. Pues aunque esta comparativa sea necesaria hacerla, creo que sobre todo es imprescindible analizar la compatibilidad de ambas, esto es, el grado de coexistencia de tendencias político criminales y dogmáticas de uno y otro signo, dentro del mismo ordenamiento jurídico. Con

otras palabras, es difícil encontrar –más allá de las formulaciones meramente teóricas– modelos puros de una y otra tendencia en las legislaciones positivas actuales. Es una obviedad a estas alturas de la discusión, recordar la existencia de leyes penales que, en concretos ámbitos del Derecho penal vigente, se aproximan o son expresiones de una u otra orientación. De modo que la novedad no estriba en la existencia de manifestaciones legales del Derecho penal autoritario, sino en todo caso en su recobrado ímpetu y en su nueva formulación teórica. En este sentido, incluso podría convenirse que la conocida propuesta formulada por JAKOBS, que en buena parte se ha erigido en referencia del debate, le corresponde principalmente el mérito de difusión de la terminología, y en todo caso, presentar una fórmula elaborada con sus características¹. Ahora bien, en la discusión teórica debemos ocuparnos, antes que nada, del debate sobre la tesis central de esta nueva doctrina

Por ello comparto la opinión de quienes afrontan esta cuestión desde una perspectiva compleja, en el sentido de examinar la reformulación del Derecho penal del enemigo como un modelo alternativo, pero a la vez también estudiando los ámbitos legales vigentes elaborados desde presupuestos autoritarios. En todo caso, en este trabajo me limitaré a esbozar un examen del *Derecho penal del enemigo* como propuesta alternativa al Derecho penal común.

En segundo término, y estrechamente ligado a la premisa anterior, estimo que la constatación en la realidad normativa de leyes, preceptos o medidas inspiradas en la idea de un *Derecho penal del enemigo* no posee, en todo caso, más que un valor meramente descriptivo, y por tanto nada dice acerca de su legitimidad y de su compatibilidad con los sistemas constitucionales hoy vigentes. En consecuencia, en cuanto juristas, no nos corresponde exclusivamente una tarea de descripción de la realidad legal, sino que fundamentalmente nuestra función esencial estriba en explicarla conforme a parámetros normativos que descansan en una pretensión de racionalidad. En efecto, la *Ciencia* del derecho penal no responde ni a la pregunta de lo que puede hacerse, ni tampoco explica lo que es (plano ontológico), sino que ha de intentar ofrecer una respuesta racional *de lo que se debe* hacer. Su misión reside en comprender el significado (interpretación) y después ordenar (sistematizar) el conjunto de criterios de valor residenciados en las leyes penales. Así pues, es preciso recobrar las clásicas nociones diferenciadas de legitimidad, legalidad, eficacia y validez de las normas jurídicas.

Desde este planteamiento, en tercer lugar, encontramos los términos centrales del análisis jurídico, que no son otros que su adecuación al sistema constitucional. En este

contexto, las nociones de Estado de Derecho, democracia, derechos fundamentales y garantías constitucionales se erigen en la piedra angular a considerar. Y en este cotejo encontraremos junto a límites absolutos e infranqueables, decisiones u opciones que, aunque discutibles política o técnicamente, poseen un mayor o menor grado de compatibilidad con la Ley Fundamental. Expresado de otro modo: existe un marco constitucional que da cabida a múltiples políticas criminales con sus correspondientes iniciativas legislativas, y estas decisiones corresponden por completo al *legislador ordinario*. Ahora bien, mientras es legítima toda ley penal que discorra dentro de este espacio de juego, no puede desconocerse que la Constitución establece algunos límites absolutos al legislador ordinario y su reforma compete exclusivamente al *legislador constituyente*. De suerte que si el *legislador ordinario* rebasa estos límites, quiebra el sistema y consecuentemente esas leyes deberán ser declaradas inconstitucionales. De aquí la trascendencia del control ejercido en nuestro espacio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestros respectivos Tribunales Constitucionales.

En cuarto lugar, y como corolario de lo anterior, he de insistir que el marco de referencia de todo el Derecho penal es el sistema de derechos fundamentales y en general la Constitución, que hoy por hoy consagra un modelo llamado Estado de Derecho anudado a la idea de democracia. Por ello, las referencias a otros sistemas de organización social y política, como singularmente las dictaduras y tiranías, presentes o pasadas, poseen únicamente un valor dialéctico en la discusión y sin duda constituyen igualmente un parámetro histórico, en ocasiones no muy lejano, pero en modo alguno son los ejes centrales de la discusión. Por tanto, mientras sigamos conviviendo en el modelo democrático plasmado en el Estado de Derecho, éste, y sólo éste, es nuestro parámetro de referencia. Ahora bien, si se desea cambiar el sistema, o simplemente modificar la Ley Fundamental, debe hacerse abiertamente, sin ambigüedades ni subterfugios, conforme a los procedimientos democráticos de discusión y opinión libres. Precisamente aquí reside la esencia del ideal democrático.

En quinto y último lugar, quisiera referirme ya a la moderna doctrina del *Derecho penal del enemigo*. Y quisiera hacerlo ahora exclusivamente en un plano de delimitación conceptual. Pues bien, a mi juicio asiste la razón a MUÑOZ CONDE cuando señala que el *Derecho penal del enemigo* es una expresión bastante ambigua, por lo que sus defensores tendrían que aclarar mejor su contenido y significado, pues de otro modo genera un alto grado de inseguridad ya sea como explicación de un modelo to-

1. Así, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *“La expansión del Derecho Penal”*, 2ª edición, Madrid (Civitas) 2001, p. 163 y ss.

tal de intervención punitiva, o siquiera sea como justificación parcial de reformas o materias concretas. Mientras tanto no se desarrolle y precise, esta tesis se presenta como una construcción valorativamente ambigua, esto es, descriptiva, tecnocrática, funcionalista, y que, aparentemente al menos, se acomoda tanto a un sistema democrático como a un sistema puramente autoritario².

Una vez enfocada mi aproximación a esta polémica, a continuación adelanto los aspectos básicos de su desarrollo. Comenzaré por evaluar su presupuesto central, anclado en la posibilidad de distinguir entre personas y no-personas, entre ciudadanos y enemigos. Aquí reside la clave del debate, esto es, en aceptar o no esta premisa mayor. Después de esta discusión, incluso puede resultar secundario el análisis del impacto de esta doctrina sobre el sistema de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, y más todavía sobre las categorías de la teoría jurídica del delito y de las consecuencias jurídicas.

En otros trabajos anteriores ya me he ocupado del llamado *nuevo terrorismo*, al considerarlo el motor principal que a nivel internacional ha servido de excusa principal para el resurgimiento de las tesis autoritarias. Igualmente he expuesto como la idea de *seguridad* constituye la razón última que justifica la nueva política criminal emprendida para luchar contra el terrorismo y que a su vez se extiende rápidamente a otros ámbitos³. Esta tendencia es constante en los últimos años, y se aprecia tanto en las reformas legislativas recientes como en los dóciles giros de la jurisprudencia hacia interpretaciones cada vez más severas. Un último ejemplo lo encontramos en la STS de 20 febrero 2006 (caso *Herni Parot*), donde al enjuiciarse un expediente de un terrorista de ETA, se ha aprovechado para cambiar completamente la doctrina asentada en materia de acumulación de penas y refundición de condenas⁴. Pero

este notorio endurecimiento del régimen penológico no sólo comporta un evidente cambio jurisprudencial posterior en contra del reo, sino que además se extenderá de oficio a todos los casos existentes. En los votos particulares de esta resolución se puede apreciar la magnitud de los intereses y valores en juego.

2. La doctrina del Derecho penal del enemigo. Presupuestos y fundamentos: positivismo, funcionalismo y pensamiento autoritario

Como es de sobra conocido, en los últimos años se ha ido divulgando la doctrina denominada "*Derecho penal del enemigo*" (*Feindstrafrecht*)⁵. La terminología fue introducida por JAKOBS a mediados de los años ochenta en varios trabajos y seminarios⁶. Inicialmente se estimó que esta doctrina únicamente se limitaba a ofrecer una descripción de algunas leyes penales, centradas en significativas áreas de delincuencia, en especial el crimen organizado y su variedad terrorista. Más tarde, se consideró que sus defensores llegaban incluso a admitir esta categoría, aunque de forma excepcional. Finalmente, algunos autores opinan que ahora ya no se mantienen las posiciones originarias, evolucionando hasta llegar a postular la necesidad de su implantación general. Este giro es consecuencia de la adopción de un modelo penal y procesal estrictamente funcionalista, donde parece propugnarse abiertamente la renuncia a los principios del Derecho penal liberal, situando como fundamento del sistema la idea de defensa de la seguridad del Estado y de la sociedad⁷.

Lo primero que ha llamado la atención de la misma es que, en síntesis, propone fijar una radical diferencia entre los ciudadanos (delinquentes comunes) y los enemigos (terroristas entre otros sujetos), lo que se traduce en una

2. MUÑOZ CONDE, F.: "*De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*", Buenos Aires (Hammurabi), 2005, p. 69 y 70.

3. Por todos, ver los trabajos de BECK, U.: "*La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*", Barcelona (Paidós), 2002; MAQUEDA ABREU, M^a L^a: "*Políticas de seguridad y Estado de Derecho*", en Libro "*Serta In Memoriam Alexandri Baratta*", Universidad de Salamanca, 2004, p. 1287; Díez Ripollés, J.L.: "*El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*", en Jueces para la Democracia 49, marzo 2004; NAVARRO CARDOSO, F.: "*El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad*", en Libro "*In Memoriam Alexandri Baratta*", Universidad de Salamanca, 2004, p. 1131; PRITTWITZ, C.: "*Stafrecht and Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*", Frankfurt am Main (Klostermann), 1993;

4. Ver el comentario crítico de VIVES ANTÓN, T. S.: "*Una sentencia discutible: sobre la STS 197/2006*", Tiran On Line (TOL 817709) de 07-03-06.

5. JAKOBS, G./ CANCIO MELIA, M.: "*Derecho penal del enemigo*", Madrid 2003; PRITTWITZ, C.: "*Krieg als Stafe-Strafrecht als Krieg*", Festschrift für K. Lüderssen; Baden-Baden 2002; PRITTWITZ, C.: "*Krieg in Frieden?. Grund und Grenzen der Unterscheidbarkeit von Strafrecht und Krieg*" (trad. F. Navarro Cardoso: "¿Guerra en tiempos de paz?. Fundamento y límites de la distinción entre Derecho penal y guerra"), Revista Penal, 14, 2004, p. 174.

6. Suele citarse el manuscrito de JAKOBS "*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*", y los seminarios de Frankfurt y Berlín de 1985 y 1999. En opinión de PORTILLA CONTRERAS, G.: "*La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del enemigo tras el atentado de 11 septiembre de 2001*" (Revista "Mientras tanto", nº 83, 2002, p.79), el citado autor ya había esbozado este concepto en su trabajo "*Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgusverletzung*", en ZStW, 1997, p. 751 y ss.

7. PORTILLA CONTRERAS, G.: "*Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal del enemigo*", en "Jueces para la Democracia", nº 49, marzo 2004, p. 43.

reducción o pérdida de garantías, en el adelantamiento de la línea de intervención punitiva, en relativizar las reglas de imputación y en una penalidad mayor. Se justifica este doble tratamiento en que éstos últimos, los enemigos, no son y no se comportan como auténticos ciudadanos, pues no se limitan sólo a infringir el Derecho, sino que fundamentalmente tratan de destruirlo y con ello persiguen acabar con el sistema social. Por consiguiente, han de ser tratados como enemigos, y no como ciudadanos. De aquí deriva la necesidad de elaboración de un Derecho penal singular, especial o excepcional para estos sujetos.

El más destacado teórico en la actualidad de la doctrina del *Derecho penal del enemigo*, JAKOBS⁸, ha expuesto que el Derecho penal conoce dos polos de regulación. El primero representado en *el trato con los ciudadanos*, donde el Derecho penal espera la exteriorización de la conducta para reaccionar, y lo hace con la finalidad de que el castigo confirme la estructura normativa social. El segundo polo viene expresado en *el trato con el enemigo*, que debe interceptarse en seguida, incluso previamente a la exteriorización de sus actos y al que se castiga por su peligrosidad. El enemigo es visto como una *fente de peligro*, y como tal ha de ser tratado. Esta es la única manera de solucionar, a su juicio, el problema de los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Porque a quien no presta una *“seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”*⁹.

Con más detalle, el *Derecho penal de los ciudadanos* define y sanciona infracciones de normas cometidas incidentalmente por individuos, en las que manifiestan abusos de poder en las relaciones sociales donde participan como ciudadanos. Pero se trata siempre de sujetos vinculados a las normas y sometidos al Derecho. Por esta razón pueden ser considerados, desde una perspectiva normativa, como personas, puesto que prestan una seguridad cognitiva suficiente de su comportamiento personal. Y por ello mismo también pueden ser tratados como personas y gozar de las garantías procesales básicas. Pero este *status* no puede aceptarse en quienes por su actitud, actividad o incorporación a una organización se apartan de forma no incidental, sino definitiva, permanente y constante del Derecho. Por-

que quienes así se manifiestan, rechazan por principio la legitimidad del Estado, persiguen por tanto su destrucción y entonces no pueden ofrecer una garantía mínima (*“seguridad cognitiva”*) de su comportamiento. De modo que su rechazo y hostilidad al Derecho los transforma en permanentes y especiales fuentes de peligro. La conversión en *enemigos* nace por consiguiente de la imposibilidad de calcular, conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad, el comportamiento de estos sujetos. Esta inseguridad para la comunidad se traduce en la necesidad de defensa actual y futura frente cualquier agresión¹⁰.

Como se ha dicho textualmente, los enemigos no son personas. Por eso se propone la compatibilidad de *“dos Derechos”*, uno para los ciudadanos y otro para los enemigos. Los ámbitos de delincuencia inmersos en esta categoría serían singularmente el crimen organizado y dentro del mismo muy significativamente los delitos de terrorismo; la delincuencia patrimonial profesionalizada; y, la violencia sexual reiterada. Justamente estas áreas de delincuencia ponen en evidencia, a juicio de sus defensores, la incapacidad de las soluciones ofrecidas por el Derecho penal y procesal liberal. Esta incapacidad es la que comporta la exigencia de darles un contenido diferente respecto del modelo tradicional, tratando de ofertar modernas y novedosas soluciones que resulten realmente eficaces.

Como ya adelanté, la doctrina dominante no considera la construcción del *Derecho penal del enemigo* como una auténtica novedad teórica, sino más bien como una nueva terminología que se inscribe dentro de la tradición del Derecho penal autoritario. Para demostrar esta afirmación, basta con recordar algunos de los referentes históricos a los que se ha vinculado.

Comenzaré con exponer algunas leyes recientes que han sido calificadas como exponentes, manifestaciones o ejemplos del *Derecho penal del enemigo*. Así, se ha destacado su cercanía a los fundamentos de las leyes especiales de las dictaduras Argentina y Chilena, entre otras, que desde el concepto de *“enemigo interno”*, subrayando su significado bélico, sirvió para definir a los disidentes políticos y justificar su persecución incluso militar. Igualmente ocurre en algunos países latinoamericanos en la lucha contra el cultivo y tráfico de drogas, donde precisamente

8. JAKOBS, G.: *“Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”*, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ: *“Derecho penal del enemigo”*, Madrid 2003; y DEL MISMO AUTOR: *“Estudios De Derecho penal”*, Madrid 1997.

9. Ver la exposición crítica de DEMETRIO CRESPO, E. *“Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo”*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº. 14, 2004, p. 87. También puede verse el trabajo de CANCIO MELIÁ, M.: *“Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2003”*, en Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional nº. 3, 2003, p. 31.

10. JAKOBS, G.: *“La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente”*, en *“La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio”*, Valencia (Tirant), 2004, p. 57 y ss. Del mismo autor: *“Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”*, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ: *“Derecho penal del enemigo”*, Madrid 2003.

la calificación de “enemigos” ha favorecido el empleo de las Fuerzas Armadas¹¹. Un segundo reconocimiento se ha visto en el concepto norteamericano de “combatiente enemigo”, la situación procesal de los retenidos en la base militar de Guantánamo y otras cárceles secretas, y en general en el conjunto de las reformas normativas contenidas en la Ley Patriótica USA¹². Por último, en el caso español, así han sido calificadas por la doctrina mayoritaria las principales reformas del Código Penal de 2003, que han conducido a un endurecimiento severo del sistema de penas¹³.

Entre los antecedentes modernos de esta doctrina, fue MUÑOZ CONDE el primero en destacar el paralelismo entre ésta y la fórmula ya propuesta por MEZGER, aunque con otra denominación, dentro de la etapa nacional socialista: los “*extraños a la comunidad*”, que siendo equivalente a la moderna expresión “enemigo”, igualmente justificaba la aplicación de “dos Derechos penales”. De suerte que, junto a un “Derecho penal para la generalidad de ciudadanos, coexistía con un “Derecho penal especial” aplicable a grupos especiales de personas, como los delinquentes por tendencia. En este sector punitivo, sobran las garantías y se recurrió a las sanciones indeterminadas e indefinidas. Sin embargo, no debe pasarse por alto que aquellas teorías de los “*extraños a la comunidad*”, de los “*asociales*” o de “*los seres carentes de interés vital*” nacieron en el seno de un Estado totalitario¹⁴. Ninguna difi-

cultad habría para efectuar esta misma vinculación con los sistemas punitivos de otras dictaduras europeas de la época, y desde luego las coincidencias serían muchas con el Derecho penal aplicado en la URSS y sus Estados satélites durante una larga etapa todavía muy reciente.

Si adoptamos una perspectiva más amplia, ya son muchos los autores que han expuesto los referentes filosóficos y políticos de esta doctrina. Se han buscado antecedentes clásicos, remontándose a Platón¹⁵ y a Sócrates¹⁶, o a la escolástica de Tomás de AQUINO¹⁷. En todas estas referencias se recuerdan las tesis sobre hombres que podían perder su *status* como consecuencia de actos hostiles y entonces debían ser excluidos de la comunidad.

Este repaso histórico cobra especial significación en pensadores ilustrados. Así, como ha apuntado GRACIA MARTÍN¹⁸, en varios autores se encuentra una línea constante que, desde una perspectiva objetiva, diferencia entre unos hechos y otros, atendiendo para ello a criterios cuantitativos. Por ejemplo, merecerían un desvalor que excede el ordinario, el asesinato premeditado (FICHTE), los crímenes de *lesa majestad* y los que atentan contra leyes fundamentales (HOBBES), y las infracciones esenciales del contrato social (ROUSSEAU). Las citas de estos precedentes se repiten en otros autores, en particular en referencia a HOBBES y ROUSSEAU, aunque tampoco faltan las reseñas a C. SMIDTH, o GARÓFALO, e imprecisas y

11. FARALDO CABANA, P.: “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en “Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización”, Valencia (Tirant), 2004, p. 311.

12. MUÑOZ CONDE, F.: “De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo”, Buenos Aires (Hammurabi), 2005, p. 35 y ss. Ver también PORTILLA CONTRERAS, G.: “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del enemigo tras el atentado del 11 de septiembre de 2001”, en Revista Mientras Tanto, nº 83, 2002, p. 79.

13. FARALDO CABANA, P.: “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en “Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización”, Valencia (Tirant), 2004, p. 300; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “La contrarreforma penal de 2003: Nueva y vieja política criminal”, Revista Xurídica Galega, nº 38, 2003, p. 23; MUÑOZ CONDE, F.: “Las reformas de la Parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo”, en Revista General del Derecho Penal (Iustel.com), nº 3, 2005; PORTILLA CONTRERAS, G.: “La configuración del Homo sacer como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”, en “Serta in memoriam Alexandro Baratta”, Salamanca 2004, p. 1411.

14. MUÑOZ CONDE, F.: “El nuevo Derecho penal autoritario”, en “El Derecho ante la globalización y el terrorismo”, Valencia (Tirant) 2004, p. 161 y ss. También en “Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo”, 4ª edición, Valencia (Tirant), 2003, p. 230 y ss. Y finalmente en “De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo”, Buenos Aires (Hammurabi), 2005, p. 55 y ss. En un sentido muy similar se ha expresado ZAFFARONI, E. R.: “¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?”, en “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Madrid (Thomson/Civitas), 2005, p. 1085.

15. ZAFFARONI, E. R.: “¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?”, en “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Madrid (Thomson/Civitas), 2005, p. 1085.

16. GRACIA MARTÍN, L.: “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo”, en “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Madrid (Thomson/Civitas), 2005, p. 455 y ss.

17. GRACIA MARTÍN, L., *ob. y loc cit.*

18. GRACIA MARTÍN, L.: “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo”, en “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Madrid (Thomson/Civitas), 2005, p. 457 y ss.

controvertidas alusiones a diversos pasajes de las obras de KANT¹⁹.

Pero con este breve recorrido por la historia de las ideas conforme ha expuesto la doctrina, únicamente he perseguido destacar una idea principal: que la moderna construcción del *Derecho penal del enemigo* no constituye una novedad, sino que más bien es heredera de una tradición del pensamiento occidental instalada en el autoritarismo político. Y consecuentemente con esta afirmación, es preciso reconocer que cuenta con un aval en la historia de las ideas. En este sentido debe insistirse, en que por esto mismo, salvo la terminología y ciertos matices, no puede considerarse en puridad una aportación original, puesto que mantiene los principios y fundamentos ya contenidos en la corriente citada. Es en este sentido es en el que puede hablarse de un *renacimiento*, en cuanto se comprueba una constante histórica que, por diversos argumentos, no considera la delincuencia como un fenómeno homogéneo. A partir de este entendimiento diverso del delito y del delincuente, surge la necesidad de establecer modelos diferenciados.

Dentro de este marco de pensamiento autoritario, podemos a su vez observar claras coincidencias con el denominado *funcionalismo sistémico* de PARSONS y LUHMANN, en la medida que participa de sus rasgos más definitorios. Así, presenta una construcción del sistema jurídico sumamente abstracto, orientado a servir a la integración o a la exclusión del individuo en la estructura social. El Derecho es entonces concebido exclusivamente como un mecanismo de control y configuración social, cuya finalidad última sería mantener las “desilusiones” sociales dentro de límites tolerables. Es decir, el Derecho no estaría destinado a resolver conflictos de intereses sino a asegurar el mantenimiento y la supervivencia del sistema²⁰.

3. Aproximación crítica a la premisa central: *individuos, no-personas, enemigos*

Al comenzar este trabajo advertía que la doctrina del *Derecho penal del enemigo* puede afrontarse desde múltiples perspectivas. Pero aquí me he inclinado por incidir directamente sobre su legitimidad. Es decir, abordar el que en mi opinión constituye su fundamento último, para poder así discernir acerca de la justificación de una construcción pura y estricta de un *Derecho penal del enemigo*.

Por consiguiente dejo al margen la tarea de cotejar su reflejo más o menos directo en ciertas reformas o leyes vigentes. Esto es, no considero en este trabajo los reflejos indirectos de una determinada tendencia o los efectos parciales que sobre la legislación nacen del pensamiento autoritario inspirado en esta concreta elaboración. Y esta decisión del enfoque viene dada por dos razones. Primera, porque aunque comprobáramos su influencia en la realidad normativa, nada nos diría acerca de su racionalidad, de sus argumentos, de su pretensión de justicia. Por consiguiente aceptarlo así, sin más debate, como si de un hecho invariable se tratara, como una mera descripción de la realidad, no responde a nuestra principal tarea como juristas. En segundo lugar, porque estas líneas descansan en una pretensión conceptual y sistemática, no aplicativa, aunque ésta sea desde luego muy importante²¹.

En este sentido la discusión debe partir, como ha subrayado GRACIA MARTÍN, de determinar si las reglas del *derecho penal del enemigo* tienen sólo unas características especiales, no excepcionales, en razón de particularidades de los hechos o de sus autores, y parten de la consideración de sus destinatarios como personas responsables. O si por el contrario, las reglas del *Derecho penal del enemigo* renuncian a considerar a sus destinatarios como personas responsables. En el primer caso, estaríamos ante un

19. Así, puede verse los trabajos de: GRACIA MARTÍN, L.: “*Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 7, 2005.; PÉREZ DEL VALLE, C.: “*Sobre los orígenes del Derecho penal del enemigo. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau*”, en Cuadernos de Política Criminal nº 75, 2001, p. 597 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, G.: “*La configuración del Homo sacer...*”, cit., p. 1403; ZAFFARONI, E. R.: “*¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?*”, cit., p. 1085; DONINI, M.: “*Il diritto penale di fronte al nemico*”, ponencia presentada al Convegno “*Delito politico e Diritto penale del nemico*” (In memoria di Mario Sbriccoli), Trento, 10 y 11 marzo 2006.

20. FEBRAJO, A.: “*Funcionalismo strutturale e sociologia del Diritto nell'opera di Niklas Luhmann*”, Milano 1975, p. 51.

21. Desde esta perspectiva, en la doctrina española pueden consultarse los trabajos de DEMETRIO CRESPO, E.: “*Del Derecho pena liberal al Derecho penal del enemigo*”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 14, 2004, p. 87 y ss. Ver también FARRALDO CABANA, P.: “*Un Derecho penal de enemigos para los integrantes para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*”, en “*Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*”, Valencia (Tirant), 2004, p. 300; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “*La contrarreforma penal de 2003: Nueva y vieja política criminal*”, Revista Jurídica Galega, nº 38, 2003, p. 23; MUÑOZ CONDE, F.: “*Las reformas de la Parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo*”, en Revista General del Derecho Penal (Iustel.com), nº 3, 2005; PORTILLA CONTRERAS, G.: “*La configuración del Homo sacer como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial*”, en “*Serta in memoriam Alexandro Baratta*”, Salamanca 2004, p. 1411; MIRÓ LLINARES, F.: “*Democracia en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001 (1)*”, en Cuadernos de Política Criminal, nº 87, 2005, p. 185 y ss.

simple sector especial del Derecho penal y entonces el término enemigo únicamente tendría un valor formal y semántico, o citando a SCHÜNEMANN, el valor de una “metáfora engañosa”²². Por ello resulta clave aproximarse a su versión pura, o sea, a su viabilidad no como Derecho penal especial, sino como un Derecho penal autónomo y diferente del clásico. Aquí radica la importancia de estudiar sus presupuestos.

Así pues, en mi opinión, la trascendencia de este pensamiento sobre nuestro modelo de vida requiere un posicionamiento alejado del conformismo, la pasividad, o del fatalismo histórico, y a la vez exige un debate teórico sobre el modelo total, antes que un análisis parcial de sus múltiples consecuencias. Por estas razones considero prioritario abordar su presupuesto central, anclado en la posibilidad de distinguir entre personas y no-personas, entre ciudadanos y enemigos. Aquí reside la clave del debate, esto es, en aceptar o no esta premisa mayor. Después de esta discusión, incluso puede resultar secundario el análisis del impacto de esta doctrina sobre el sistema de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, y más todavía sobre las categorías de la teoría jurídica del delito y de las consecuencias jurídicas.

La necesidad de este enfoque global de los presupuestos básicos del *Derecho penal del enemigo* ya ha sido formulado en la doctrina. Así, la principal línea de rechazo ya se ha apuntado desde la idea de la dignidad de la persona, así como por su incompatibilidad con los fundamentos del Estado de Derecho, el sistema democrático e incluso con su consideración misma como Derecho.

En efecto JAKOBS parte de la distinción entre individuos y personas. Los primeros, como animales inteligentes, pertenecen al orden natural y no aparecen motivados por deberes u obligaciones. Por el contrario, las personas no son algo dado por la naturaleza, sino construcciones sociales, y en cuanto elaboración normativa puede atribuirse o no a los individuos. Pero entonces comporta un régimen de deberes y derechos. Por consiguiente, todo individuo que no actúe vinculado a este régimen ha de ser excluido del concepto de persona²³. Desde esta premisa, que parte de la diferenciación entre individuos (plano ontológico) y personas (plano normativo), se deriva luego, fácilmente, la distinción entre personas (ciudadanos) y no-personas o individuos (enemigos). Así pues, con otras pa-

labras, se respalda la existencia de dos categorías: la persona empírica (individuo, no-persona, enemigo) y la persona normativa (ciudadano). En consecuencia, el hombre, el ser humano, no es el sujeto del Derecho penal, sino que lo es la persona, es decir, un concepto normativo. Las reglas de imputación jurídico penales se dirigen exclusivamente a las personas, mientras que las no-personas no son susceptibles a estas reglas. Frente a las primeras la pena se impone como consecuencia de la infracción y persigue el restablecimiento del orden jurídico. Pero frente a las segundas el castigo es pura coacción y su finalidad no es la confirmación de la validez de la norma, sino el aseguramiento cognitivo del peligro que comportan.

Pus bien, para un amplio sector de la doctrina esta concepción es incompatible con el Estado de Derecho y la idea de dignidad humana. Como exponentes de esta crítica frontal he seleccionado a dos de sus más representativos exponentes en lengua española.

Así, para MUÑOZ CONDE, en síntesis, las reglas de imputación penal no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo que expresa un entendimiento del ser humano, la sociedad y del Estado. Y el sistema democrático se apoya en el acuerdo y en el respeto con la dignidad humana, por lo que nadie puede ser excluido mediante su calificación como no-persona²⁴. A su juicio, el *Derecho penal del enemigo* eleva la “razón de Estado” o la funcionalidad del sistema al único fundamento del Derecho penal: “*El Derecho es lo que es útil al Pueblo*”. De este modo el Derecho es lo que es funcional (útil) al sistema (Estado). Consecuentemente concibe el Derecho penal como un instrumento o arma para luchar contra el enemigo, pero sin que tener que someterse a límites o principios que pudieran debilitar su eficacia²⁵. Lo que importa es el sistema no las personas, lo que conduce a una paradoja: para supuestamente defender al Estado de Derecho se propone eliminar los principios y garantías que precisamente definen al Estado de Derecho. De ahí que concluya advirtiendo que esta construcción aparece como valorativamente ambigua (descriptiva, tecnocrática, funcionalista) y que aparentemente sirve igual en un sistema democrático que en uno autoritario²⁶.

Por su parte, GRACIA MARTÍN, aunque coincide con estos argumentos, no los considera suficientes por dos razones. Primera, porque desde la perspectiva del acuerdo

22. GRACIA MARTÍN, L.: “*Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 7, 2005, p. 42.

23. JAKOBS, G.: “*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*”, Madrid (Civitas) 1996, p. 15 y ss.

24. Ampliamente MUÑOZ CONDE, F.: “*Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo*”, 4ª edición, Valencia (Tirant), 2003, p. 67 y ss.

25. Ob. cit., p. 61.

26. Ob. cit., p. 70 a 82.

social, nada impediría a sus integrantes tomar el acuerdo de excluir a determinadas categorías de individuos. Y segunda razón, porque considera que los discursos de MUÑOZ CONDE y JAKOBS discurren en planos paralelos al partir de paradigmas completamente distantes: el primero identifica persona y hombre, mientras que el segundo autor, como hemos visto, no lo hace, al despojar a ciertos hombres de su condición de personas. Por estos motivos la cuestión debe plantearse, a su juicio, en los siguientes términos. En primer lugar “*debe indagarse acerca de si para el Derecho penal es sostenible un concepto puramente normativo de persona, ya sea en el sentido particular de JAKOBS o en cualquier otro*”. Y en segundo lugar, y aun cuando un concepto tal fuera sostenible, responder entonces a la pregunta de si “*el substrato que en todo caso habrá de quedar tras el despojo a alguien de la condición –exclusivamente normativa– de persona, esto es, el hombre empírico del campo de la experiencia (homo phenomenon en el sentido de Kant), no será portador ya de cualidades immanentes determinantes de una negación de validez y de legitimidad a toda actuación sobre él que viole tales cualidades*”²⁷.

Continuando con la tesis crítica de GRACIA MARTÍN, después de una extensa argumentación apoyada en referencias clásicas, concluye señalando que el sujeto tanto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por la persona normativa o jurídica, sino por el hombre como individuo humano. Porque la referencia valorativa de todo ordenamiento jurídico remite no a un concepto normativo de persona, sino más bien al substrato ontológico de la persona responsable y dicho substrato no puede estar constituido por nada más que por el hombre individual empírico. De modo que el punto de partida no es ninguna valoración previa de la que luego puedan derivarse estructuras lógico valorativas del ser humano, sino precisamente la inversa: “*la concepción del hombre como persona responsable, si no quiere ser una completa invención extraña al mundo real, es posible sólo a partir del reconocimiento en el hombre empírico de ciertas propiedades y estructuras ónticas previas que constituyen precisamente las condiciones mismas de la posibilidad de aquella concepción y no de otra distinta*”²⁸. Por ello concluye advirtiendo que el Derecho penal democrático ha de tratar a todo hombre como persona responsable y no puede por consiguiente ser lí-

cito ningún ordenamiento que contenga reglas de negación objetiva de la dignidad del ser humano.

Pues bien, coincido casi plenamente con la crítica y los argumentos esgrimidos por MUÑOZ CONDE, y también con los resultados a los que llega GRACIA MARTÍN, aunque no comparto su razonamiento. No comparto su razonamiento porque partimos de concepciones metodológicas completamente diferentes: la suya, por así decirlo, de base ontológica, la mía, por también simplificar, normativa. Pero más allá de esta inevitable disparidad, creo que el razonamiento de GRACIA MARTÍN es, dentro de su propia lógica interna, circular y en consecuencia se muestra insuficiente para cuestionar la tesis que combate. Así a la vez que parte de un concepto ontológico previo de persona, afirma que “*mientras que las respuestas y reacciones del mundo físico-natural son necesarias e inapelables, las del mundo social sólo son contingentes, pues sólo pueden ser entendidas como producto de convenciones entre hombres, es decir, de seres iguales (...)*”²⁹. La contradicción aparece, a mi entender, al afirmar, por una parte la existencia de estructuras ónticas previas que necesariamente vinculan al Derecho al definir a la persona; y por otra, negar que las acciones humanas sean equivalentes a hechos del mundo físico-natural. No alcanzo a entender dónde ni cómo ni cuándo ni por qué partiendo de un concepto ontológico, de pronto introduce un criterio normativo subyacente: el sometimiento a las *convenciones*, esto es, a reglas. Esta dualidad o salto entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, por expresarlo en términos clásicos, se aprecia claramente en este pasaje: “*Pero así como las respuestas y respuestas del mundo físico-natural no conocen nada acerca de su medida ni de su justicia, porque son así y no pueden ser de ningún otro modo, las del mundo social, por el contrario, en la medida que no son necesarias, si tienen que ser medidas con los criterios del valor, de la justicia y de la proporcionalidad*”³⁰. Es por tanto la existencia de convenciones (reglas), y no de las estructuras previas, las que condicionan el concepto de persona. Y justamente la introducción de este criterio valorativo y normativo es el que distingue su pensamiento del criticado, que si es puramente *funcionalista* y parte de un concepto estrictamente natural de individuo.

Precisamente por esta coincidencia con los planteamientos básicos del *funcionalismo sistémico*, la fórmula de JAKOBS es susceptible de recibir idénticas críticas.

27. GRACIA MARTÍN, L. : “*Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 7, 2005, p. 33.

28. Ob. cit., p. 38.

29. Ob. cit. p. 43.

30. Ob. y loc. Cit.

Me detengo únicamente en la referida al concepto de Derecho. Así, se considera que toda justificación de las normas es irracional, al negar o ignorar toda posibilidad de una fundamentación cimentada en discursos de la razón práctica. Por consiguiente trata los hechos y las normas –es decir, el plano lógico del ser y el del deber ser– como funcionalmente equivalentes. Es conocida la crítica de HABERMAS, al denunciar un proceder “*sospechoso en la concepción del Derecho positivo, ya que Luhmann no lo concibe como el producto de una simple decisión (decisionismo) pues entonces un conjunto de normas así justificado, sin ninguna referencia legitimadora, dejaría de ser funcional. Por ello se ve obligado a recurrir expresamente a la ideología como referencia del mismo, y aunque ésta se base en el irracionalismo, no deja de operar como una apoyatura axiológica –esto es con una llamada a los juicios de valor-, pero que se ve ideologizada*”³¹. En el caso de la justificación del *Derecho penal del enemigo*, o se apoya en un mero “decisionismo” (imperativo, mandato, desobediencia), o segunda posibilidad, para evitar su no funcionalidad, y sin dejar de afirmar la intrascendencia de los valores, acude a la ideología como último recurso (individuo, no-persona, enemigo), con lo que no introduce criterios racionales y generales, sino los propios del intérprete. En este sentido, la concepción de la “conducta desviada” parte de una visión moralizante del hombre y de la sociedad, entendiéndola como una “falta de algo”, en especial de carencia de pautas morales; como una especie de anomía (*anomos*), esto es, sin ley, carente de restricción, de templanza, forma o pauta. La consecuencia de esta concepción es la desaparición de cualquier manifestación de la libertad individual, ya que se difumina de modo total y absoluto cualquier atisbo de autonomía personal³².

También conviene incidir en la naturaleza de Derecho de la doctrina del *Derecho penal del enemigo*. Muchos autores no ha considerado esta cuestión, otros simplemente la han planteado pero sin contestarla³³, mientras que otros parecen negar tal condición³⁴. Particularmente me ofrece dudas su caracterización como Derecho la misma forma con que se plantea la solución del conflicto, pues más que solución es una disolución o negación del mismo. A este respecto la misma idea de Derecho conlleva la de conflicto, y ésta queda aquí completamente orillada al prevalecer la exigencia de exclusión de los no-personas. Unido a este argumento cabría plantearse si las soluciones que propone son reglas,

esto es, directivas de conducta anudadas a una pretensión de validez. Podría pensarse tal vez que no, puesto que los enemigos ya están excluidos automáticamente del Derecho penal *ordinario* y entonces su alternativa, el *Derecho penal del enemigo*, no persigue regular sus conductas, sino exclusivamente prevenir los peligros que generan. En cualquier caso, más allá de estos interrogantes, lo que si parece claro es que la concepción de JAKOBS concibe la infracción, en última instancia, como una mera desobediencia al poder establecido, en una trasgresión del mandato. Es en esta concepción es donde asoma la característica fundamental de su doctrina: la sustitución de la pretensión de validez de las normas por una pretensión de verdad. De suerte que, tras este enfoque supuestamente científico del Derecho penal, se elude la discusión acerca de toda referencia valorativa. Es así como desaparece el valor central de todo ordenamiento jurídico: la idea de justicia, del que luego derivan aspectos parciales, como son los requerimientos de seguridad jurídica, libertad, eficacia, etc³⁵.

Así pues, si la idea de justicia constituye el valor central de todo ordenamiento jurídico, tiene que partirse de este concepto. En nuestra cultura el paradigma desde el que se ha de analizar la elaboración del *Derecho penal del enemigo* es desde el de los presupuestos del Estado de Derecho. Pues como resulta una obviedad, es en el que todavía seguimos conviviendo. De suerte que, mientras no se desee cambiar el modelo –y en este caso debería proponerse abiertamente– el Derecho penal se halla insito en el marco de un conjunto de reglas, positivizadas y constitucionalizadas en su mayoría, que responden a esta concepción del individuo, de la sociedad, del Estado y del ejercicio de poderes, obligaciones y derechos. Por ello, en el apartado siguiente esbozaré las razones por las que lo considero radicalmente incompatible con el fundamento del mismo y del sistema democrático.

Pero antes de apuntar esta crítica interna desde los parámetros propios de un Estado de Derecho, me parece necesario alegar una consideración en cierta forma más amplia, ya expresada al formular la crítica que comparte con el *funcionalismo sistémico* y su proceder sospechoso con la introducción de criterios ideológicos. En mi opinión, el punto de partida del *Derecho penal del enemigo*, diferenciando entre personas y no-personas, entre personas e individuos, entre ciudadanos y enemigos, es antes que nada, un regreso a la tribu, a la caverna y por tanto el fin del progreso de la

31. HABERMAS, J.: “*La lógica de las ciencias sociales*” (trad. M. Jiménez Redondo), Madrid 1988, p. 382 a 387.

32. GOULDNER, A.: “*La crisis de la sociología occidental*” (trad. N. A. Miguez), Buenos Aires 1979, p. 388.

33. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “*La expansión del Derecho Penal*”, 2ª edición, Madrid (Civitas) 2001, p. 163..

34. MUÑOZ CONDE, F. “*De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*”, *cit.*, p.67 y ss.; y, GRACIA MARTÍN, ob. y loc. Cit. p. 42 y 43.

35. Ampliamente VIVES ANTÓN, T. S.: “*Fundamentos del sistema penal*”, Valencia (Tirant) 1996, en especial p. 479 a 482.

humanidad. Supone un retroceso milenario en el mundo de las ideas, para llevarnos a la recuperación de las nociones de las culturas antiguas acerca de “los otros”, los que no pertenecen a nuestra tribu, a los que están fuera de la caverna. Nos propone un regreso a la noche de los tiempos, a construir dos sistemas: uno de reglas para los ciudadanos y otro precisamente para los enemigos, es decir, para los extraños, para los diferentes, para los que no son como nosotros, esto es, para los bárbaros, en su sentido original. En este sentido, por ello mismo, previamente a discutir la cuestión sobre un concepto empírico o normativo de persona, estimo más importante desvelar el principio moral sobre el que descansa, en última instancia, una construcción de esta naturaleza. Y no he encontrado ningún principio moral que justifique esta tesis más allá de una ideología. Tampoco he hallado ninguna carta internacional de derechos donde pueda colgarse esta construcción. En este sentido, GRACIA MARTÍN, recuerda que la idea de dignidad del hombre, en la tradición del pensamiento jurídico occidental plasmada en las declaraciones de derechos, se distinga entre derechos de la persona, entendidos como sinónimos de individuo de la especie humana, y derechos del ciudadano, referidos a los pertenecientes a una determinada comunidad política. Los primeros se reconocen a todo ser humano por el mero hecho de serlo, mientras que los segundos sí pueden ser objeto de limitación o restricción³⁶. Esta idea ya había sido subrayada por FERRAJOLI, al recordar que desde la Declaración de Derechos de 1789, hombre y ciudadano representan dos estatutos jurídicos, uno anudado a los derechos fundamentales de la personalidad y que posee cualquier ser humano, y otro referido a la ciudadanía, limitado a los ciudadanos³⁷. Y como resulta obvio, la separación entre individuos y personas, con la negación de derechos fundamentales a los primeros, no se corresponde en absoluto a esta tradición³⁸.

A partir de aquí ya podemos iniciar un estudio interno desde la óptica del sistema vigente en nuestras sociedades, esto es, desde los valores propios del Estado de Derecho y del ideal democrático.

4. Apuntes sobre las consecuencias en el sistema de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales

Hasta ahora se ha convenido que el definido como enemigo tendrá que ser sometido a un Derecho penal excepcional, en el que sus derechos y garantías se verán seriamente recortadas. Pero el contenido y alcance de estos recortes no ha sido precisado. Citaré a continuación sólo algunos ejemplos decisivos. En primer lugar, nada se ha perfilado en relación a los límites a la libertad de expresión. De singular importancia son los preceptos que en nuestras legislaciones configuran un extenso concepto de la apología del terrorismo o de la negación del holocausto³⁹. Cabe entonces preguntarse si, de acuerdo a las tesis del *Derecho penal del enemigo*, los enemigos gozan de libertad de expresión o que grado de restricción a la misma sufrirán. Pero es más, la duda se extiende hasta alcanzar a los ciudadanos, pues no se sabe si éstos tendrían derecho a defender públicamente a los enemigos o incluso a defender que no sean tratados como tales.

Igualmente interesante es la cuestión relativa al régimen de la libertad en su acepción más básica respecto de los enemigos, o mejor dicho, de los sospechosos de ser enemigos. Aquí debe considerarse el régimen de la detención y sus garantías, de los criterios y límites de la prisión provisional, y por supuesto de la duración máxima de las penas (medidas) privativas de libertad, con sus correspondientes beneficios penitenciarios. Directamente vinculado a este derecho aparece aquí el derecho a la integridad personal y a la integridad moral, con la consiguiente prohibición de la tortura y de cualquier trato inhumano o degradante.

Los mismos interrogantes deben formularse en relación al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, en materia de las garantías del secreto de las comunicaciones, entrada y registro, y sobre la investigación de datos personales de toda naturaleza, incluyendo los biomédicos, familiares, económicos, ideológicos, etc.

36. Ob. Cit. P. 41.

37. “Derechos y garantías” Madrid (Trotta) 2000, p. 98

38. En este sentido, puede decirse que, hablar de un *Derecho penal del enemigo* es una contradicción o un juego retórico, puesto que en sentido estricto sólo cabe hablar de “enemigo” dentro de una situación de guerra, y entonces lo que debe aplicarse no es el Derecho penal ordinario, sino la normativa internacional sobre “usos y costumbres de la guerra”. Y para ello, tal vez la Corte Penal Internacional debe y puede ser también un instrumento idóneo. De nuevo nos situamos antes dos únicas alternativas: los juristas debemos elegir entre las *over reaction* del Estado singular, esto es, entre la emergencia de un Derecho penal excepcional, o entre las instituciones del Derecho internacional fundamentalmente contenidos en el Convenio de Ginebra.

39. Vid. por todos CUERDA ARNAU, M. L^a: “Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología”, en *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia e Interior, n^o 1757, Madrid, 1995; CUERDA ARNAU, M.L^a: “El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales”, en *Revista del Poder Judicial*, n^o 56, Madrid, 1999 y, VIVES ANTÓN, T.S.: “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión”, en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Valencia (Tirant), 2001.

Y no se puede dejar de hacer mención al impacto sobre el derecho fundamental al honor que el mismo trato como enemigo comporta.

Este somero enunciado de derechos y libertades fundamentales que pudieran verse drásticamente aminoradas, comporta que, al menos telegráficamente, se resuman los aspectos más elementales del Estado de Derecho.

Conviene recordar que el Estado de Derecho, antes que nada, al descansar en la división de poderes, suministra la posibilidad de una legitimidad fundada en una racionalidad que garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Este tipo de *racionalidad procedimental* constituye la única dimensión posible para asegurar al sistema jurídico un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída al ataque constante de la contingencia. Es entonces cuando podrá hablarse de una racionalización de los procedimientos institucionalizados jurídicamente⁴⁰. De aquí la necesidad de establecer límites a la acción estatal, incluso si su intervención se justifica en aras de un mayor bienestar⁴¹, de tutelar la libertad o de garantizar la seguridad.

Por esta razón se ha afirmado que sólo el Derecho es el futuro de la democracia. De aquí la necesidad de elaborar el Derecho penal de un Estado de Derecho desde la idea de democracia. ¿Y por qué democracia?⁴². Quizás porque como dijera RADBRUCH, es la única forma de gobierno apropiada para garantizar el Estado de Derecho⁴³. La democracia es simplemente un modo de ejercer el poder estatal, más exactamente la forma de ejercerlo mediante el poder del pueblo⁴⁴. Su núcleo reside en la soberanía popular y en su sentido formal no indica su contenido, sino sólo la forma de tomar decisiones en el ámbito político. La democracia por tanto es ante todo un método para tomar decisiones, y no apunta al *qué*, sino al *cómo* se ejercita el poder⁴⁵.

Ahora bien, la democracia no es un concepto de clase, sino que únicamente puede definirse respecto de un ideal.

Y los ideales democráticos apuntan a su significado, a los valores relacionados con esta forma de gobierno. Es sobradamente conocido que los ideales democráticos se materializan en los derechos fundamentales. Derechos fundamentales que como ha expuesto VIVES ANTÓN “*no son solamente garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de una serie de valores sustantivos que la Constitución incorpora, sino que, tal vez de modo primario, representan las reglas básicas de procedimiento a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático*”⁴⁶

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son la esencia misma de la idea de democracia, erigiéndose en los pilares desde los que se levanta el edificio del Estado de Derecho. Desde este entendimiento, la democracia aparece como un ingenioso sistema de asignación de poderes, con sus delicados equilibrios y sus medios de control. En su seno, el poder punitivo no escapa a este modelo y debe configurarse como orden externo necesario para garantizar la convivencia, desde la idea de libertad como valor supremo del ordenamiento jurídico. Y sin excepciones; ni siquiera la lucha contra el terrorismo puede escaparse fuera de los límites infranqueables de un Derecho penal de un Estado de Derecho *democrático*. En este extremo conviene recordar que el Estado de Derecho y sus garantías, es una cuestión de grado, dependiente del reconocimiento de los derechos fundamentales, de la precisión de los límites impuestos a los poderes públicos y del grado de efectividad de los controles de este sistema de garantías⁴⁷.

Por eso mismo, lo que cabe discutir en el seno de un Estado de Derecho es el grado de protección de los derechos y garantías, y el equilibrio y solución de los conflictos generados entre unos y otros. Pero a mi entender, lo que si queda fuera del debate, por constituir una contradicción lógica, es la existencia de una legislación sin sujeción a los controles y garantías constitucionales, y cuanto menos a los propios de una situación de emergencia. La demo-

40. HABERMAS, J.: “*Escritos sobre moralidad y eticidad*” (trad. M. Jiménez Redondo), Barcelona 1991, p. 148-172.

41. Insiste en esta idea KEANE, J.: “*Democracia y sociedad civil*” (trad. A. Escotado), Madrid 1992, p. 12-20.

42. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “*Derecho penal y teoría de la democracia*”, en “*Historia y Derecho. Estudios en Homenaje al profesor Arcadi Gracia Sanz*”, Valencia (Tirant Lo Blanch) 1995, p. 449. También publicado en *Cuadernos Jurídicos*, 30, 1995, p. 10.

43. RADBRUCH, G.: “*Derecho por encima de las leyes y leyes que no son Derecho*”, en “*Derecho injusto y Derecho nulo*” (trad. J.M. Rodríguez Paniagua), Madrid s/f., p. 21.

44. MACCORMICK, N.: “*Legal right and social democracy*”, Oxford 1982, p. 27.

45. ROSS, A.: “*Por qué democracia?*”, (trad. R.J. Vermengo), Madrid 1989, p. 24 y ss. En el mismo sentido DÍAZ, E.: “*La justificación de la democracia*”, *Sistema*, nº. 66, Madrid 1985, p. 28. También puede verse una justificación muy amplia en el trabajo de RAWLS, J.: “*Las libertades fundamentales y su prioridad*”, en “*Libertad, igualdad y Derecho*” (trad. G. Valverde Gefael), Barcelona 1988.

46. VIVES ANTÓN, T.S.: “*Reforma política y Derecho penal*” (*Cuadernos de Política Criminal* 1, 1977, p. 73 y ss; “*Estado de Derecho y Derecho penal*”, en “*Comentarios a la ley penal*”, tomo 1, Madrid 1982, p. 1; y más recientemente en “*La reforma del proceso penal*” en “*La libertad como pretexto*”, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1995, p. 248 y ss.

47. FERRAJOLI, F.: “*Il Diritto come sistema di garanzia*”, ob. y loc. cit.

cracia sólo puede defenderse con la democracia. No puede aceptarse la tensión “amigo-enemigo”, convirtiéndose en un “*bárbaro subhumano*” o “fanático irracional” al terrorista o a cualquier otro ser humano calificándolo de enemigo. Desde aquí es fácil luego deslizarse por la criminalización del crítico como traidor, entrar en la tensión amigo-enemigo, aducir que la única respuesta que puede comprender es la fuerza, y en fin, dejarse llevar por políticas que lo justifican todo⁴⁸.

Las líneas que siguen persiguen iniciar el debate precisamente en este extremo, aunque centrándonos únicamente en los principios, y a la vez derechos fundamentales a la presunción de inocencia, igualdad y no discriminación, legalidad y seguridad jurídica, y proporcionalidad, al considerarlos los pilares básicos del Estado de Derecho.

5. Presunción de inocencia

Como en los apartados siguientes precisaré, la doctrina del *Derecho penal del enemigo* se construye sobre dos ideas básicas: el carácter absoluto de la seguridad colectiva y la selección de los sujetos que, por su peligrosidad, incluso no exteriorizada en la comisión de delitos, deben ser tratados como enemigos. Desde estas premisas, su conjugación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia presenta serias dudas.

En el plano legislativo, parece conducir, inequívocamente, a la formulación de “delitos de sospecha”. Es decir, se procede a definir legalmente la peligrosidad previamente a la iniciación de actividades delictivas, mediante el recurso a establecer grupos de riesgo. La mera pertenencia a uno de estos grupos de riesgo ya determina la peligrosidad, pues se presume que en un futuro se convierta en un ataque real. No queda tampoco suficientemente claro el método que debe seguir el legislador para determinar la peligrosidad, ni cuál debe ser su fundamento: biológico, sociológico, psicológico, o si bajo el pretexto al recurso a pretensiones técnico científicas de pronóstico se decanta por un método intuitivo⁴⁹. Pero existe un argumento clásico contra este entendimiento de la peligrosidad, aquel que considera que entonces el ser humano es tratado como si fuese “un hecho ciego de la naturaleza”. No se puede, según esta idea, calcular la probabilidad de actuación

futura del ser humano, porque de una parte éste se mueve según juicios de valor, y de otra parte, porque, si la acción humana se determina según juicios de peligrosidad, no existe la constitución ciudadana⁵⁰.

En cualquier caso, con este procedimiento se opera con presunciones *iure et de iure*, o en el mejor de los casos, *iuris tantum*, de peligrosidad y por ende de ser considerado delincuente. Por consiguiente, la plasmación de esta doctrina en la formulación legal desemboca en la estructura de delitos de sospecha.

En el plano judicial ocurre algo similar, pues el juez deberá operar igualmente con presunciones. En este sentido nace además el inconveniente de precisar el momento temporal desde que el presunto enemigo peligroso debe ser así considerado y tratado. La pregunta entonces es desde que momento procesal el juez ha de considerarlo enemigo y cuales son los criterios a valorar para otorgar ese estatuto. La misma cuestión ha de hacerse extensiva a la actuación del Ministerio Público y la policía. Pero igualmente se traslada a los medios de comunicación y al conjunto de la sociedad, con lo que, además de su entendimiento como derecho fundamental (esto es, como regla de juicio), la presunción de inocencia recobra su exigencia como regla de tratamiento: todo ser humano ha de ser tratado como inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. ¿Desde cuándo hemos de tratar a alguien como un enemigo? ¿Desde qué instante es legítimo considerarlo peligroso sin quebrar su derecho a ser presumido inocente?. Nuestras leyes fundamentales no pueden soportar una declaración de culpabilidad cuando ésta no ha quedado demostrada “más allá de cualquier duda razonable”, pues este proceder resultaría incompatible con la dignidad de la persona humana⁵¹. De ahí que sea proscrito el prejuicio, la idea preconcebida de que el acusado cometió una infracción y en consecuencia, cualquier duda ha de beneficiar al reo⁵².

Tampoco desde la óptica del derecho de defensa la compatibilidad es clara. ¿De qué hay que defenderse?. Esto es, cuál es la pretensión de la acusación y cuál es entonces el contenido de la defensa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los desarrollos llevados a cabo por diferentes Tribunales Constitucionales europeos, han fijado que las imputaciones están siempre referidas, exclusivamente, a hechos delictivos⁵³. No se puede imputar una

48. Cfr. Extensamente los argumentos de TERRADILLOS BASOCO, J.: “*Terrorismo y Derecho*”, Madrid 1988.

49. Cfr. Críticamente VIVES ANTÓN, T. S.: “*Métodos de determinación de la peligrosidad*”, en “*Peligrosidad social y medidas de seguridad*”, Universidad de Valencia (Instituto de Criminología), 1974, p. 393 y ss.

50. Así BETTIOL, G.: “*Statu di Diritto e misure vdi sicurezza*”, Pádova (CEDAM) 1q962, p. 17.

51. Extensamente en VIVES ANTÓN, T. S.: “*La presunción de inocencia en la Ley del Jurado*”, en Cuadernos de Derecho Judicial nº 43, 2004, p. 427 y ss.

52. STEDH de 6 diciembre 1988 (caso *Barberá, Messegué y Jabardo* contra España).

53. Cfr. Ampliamente VIVES ANTÓN, T. S.: “*El Ius puniendi y sus límites constitucionales*”, en Tirant On Line (TOL 817272), de febrero 2006.

forma de ser ni imputar el incumplimiento de una norma. La acusación debe probar la comisión de un hecho, que luego se valorará si integra un tipo penal. Pero el contenido de la imputación, lo que se puede probar, es un hecho. Pues bien, la determinación del hecho en la doctrina del *Derecho penal del enemigo* queda reducida a la pertenencia a un grupo de riesgo. Y consecuentemente la defensa queda reducida también a este extremo. Con ello se impide que la prueba se practique, como exige el TEDH, con una contradicción suficiente, que ha de cubrir hasta la fase previa, y de este modo se viene a anticipar la declaración de culpabilidad (aquí de peligrosidad)⁵⁴. La falta de contradicción suficiente y adecuada ha sido declarada como una restricción insoportable del derecho de defensa⁵⁵. Estrechamente unido a esta cuestión reaparece la característica del *Derecho penal del enemigo* sustentada en la acusación de un “hecho indeterminado”, lo que inexorablemente conduce a la práctica de pruebas imposibles o *diabólicas*. De esta forma, la exigencia de pruebas imposibles, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁶.

Pero de la configuración constitucional del derecho a la presunción de inocencia deriva la interdicción de las presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure* respecto de los hechos. De modo que, con independencia del tipo de delito de que se trate, como señalara la STC 87/2001, de 2 abril “*en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure. La primera modalidad de presunción iuris tantum no es admisible constitucionalmente ya que, como declaró la STC 105/1988, produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el art. 24.2 CE. Y la segunda modalidad, la presunción iuris et de iure, tampoco es lícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos, por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia*”.

También en sede de presunción de inocencia debe hacerse referencia al “enemigo arrepentido” y en particular

al valor probatorio de sus testimonios como prueba de cargo, debiéndose considerar los beneficios legales obtenidos a cambio. Ya el TEDH calificó como “testigo sospechoso” a aquél que obtiene ventajas al declarar en un determinado sentido, y por ello viene exigiendo que las declaraciones de éstos tengan que ser corroboradas por otras pruebas⁵⁷. Esta doctrina es básica al aplicarla en procesos contra el crimen organizado, que como sabemos, constituye el eje del *Derecho penal del enemigo*.

6. Principio de igualdad

El concepto de “no-personas” que conduce a la calificación de enemigos y el régimen jurídico consecuente, con la exclusión de personas por pertenencia a grupos de riesgo definidos *ex ante*, pudiera plantear cuestiones de constitucionalidad desde la óptica del principio de igualdad, y más concretamente desde la prohibición de discriminación.

Parece claro que este concepto sigue siendo en la actualidad el más controvertido de los valores sociales y constitucionales. De modo que, ante la inmensa magnitud de la cuestión, aquí solamente pretendo esbozar el interrogante de su compatibilidad con el *Derecho penal del enemigo*.

Si tomamos como ejemplo la Constitución española de 1978, y la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional sobre su art. 14, las dudas de compatibilidad aumentan. Así, el artículo 14, 1º proclama que “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. En una primera proclamación consagra la concepción valorativa de la igualdad, como interdicción de la desigualdad, esto es, de la diferencia de trato no razonable (ya desde la doctrina sentada en la STC 21/81). Lo que abre la discusión en torno a la aparente desigualdad ante la ley de unos y otros, por la coexistencia de dos Derechos penales. Más difícil se torna la conformidad de esta doctrina con el contenido de la segunda parte del apartado, donde se veda la discriminación o trato diferente no justificado. Aquí se extrema el *juicio de razonabilidad* respecto a las causas de discriminación (“escrutinio estricto”): es decir, se produce una inversión de la carga de la prueba para demostrar que no existe discriminación o para demostrar que existen valores superio-

54. STEDH de 2 junio 2005 (*Cottin* contra Bélgica).

55. Entre otras, pueden verse las SSTEDH de 24 noviembre 1986 (caso *Unterperntiger* contra Austria); 19 diciembre 1990 (caso *Delta* contra Francia); 24 abril 2001 (caso *Luca* contra Italia); y, 4 septiembre 2002 (caso *PS* contra Alemania).

56. En este sentido, ver por ejemplo la STC 74/2004 de 22 abril.

57. SSTEDH de 6 abril 2000 (caso *Labita* contra Italia) y de 13 noviembre 2003 (caso *Elci* contra Turquía).

res. ¿Cómo se explica la diferencia de trato entre ciudadanos y enemigos? ¿Cuál es el valor superior del ordenamiento jurídico que lo legitima?.

Pero tras la STC 128/87, que concede una autonomía considerable a este inciso segundo del artículo 14, esto es al derecho a no ser discriminado, las posibilidades se tornan todavía más escasas. Así, desde la conexión de este derecho con la idea de dignidad humana se llega también a la interdicción del mantenimiento de situaciones sociales de desigualdad. Para llegar aquí, la doctrina constitucional rebaja el canon de *razonabilidad*, y lo sustituye por los índices de situaciones comunes de discriminación de acuerdo al listado previsto en el propio inciso segundo del artículo 14. Y como segundo paso en este giro, sigue una suerte de “dirección unilateral”, pues se protege sólo a los inmersos en grupos *victimizados*. Dada la ambigüedad del concepto de enemigo y por tanto su naturaleza volátil, con tendencia a la expansión, fácilmente se desliza desde los grupos terroristas, hasta organizaciones criminales, para luego quizás atraer a grupos *victimizados* como inmigrantes, vagabundos, toxicómanos, o incluso extranjeros. En este caso ya estaríamos de lleno en colectivos inmersos en situaciones sociales desfavorecidas.

De esta doctrina es posible extraer varias conclusiones. Partimos de la premisa de que todos los similares deben ser tratados de forma similar, pero entonces surgen dos dudas: qué tipos de similitud son considerados relevantes; y dos, qué es lo que constituye un tratamiento similar. A esta consideración debe añadirse que la igualdad total entre las personas sigue siendo un objetivo imposible: ahora bien, lo que debe perseguirse es la reducción de la desigualdad. Y por fin, mientras que el control de constitucionalidad del inciso primero (igualdad) se centra en un canon de estricta *razonabilidad*; el inciso segundo precisa de un doble canon: el muy debilitado de *razonabilidad* y el emergente de proporcionalidad. Por ello el centro del debate se traslada en buena medida al principio de proporcionalidad, ya que en realidad no nos encontramos ante un problema de igualdad en sentido estricto, sino de discriminación. A estos interrogantes debe responder la construcción del *Derecho penal del enemigo*, explicando, con-

forme a valores legítimos en nuestro sistema constitucional, las razones de la discriminación entre personas y enemigos. Pero de partida, no tienen cabida en el procedimiento democrático leyes discriminatorias para personas o grupos, que ya de principio coloquen fuera de la ley a multitud de ciudadanos⁵⁸

7. Seguridad jurídica y principio de legalidad (principio del hecho)

Debe partirse de que las exigencias del principio de legalidad nacen desde el instante que cualquier intervención punitiva comporta una injerencia en los derechos fundamentales (libertad, honor, intimidad). Por consiguiente, la materia penal, en cuanto comporta una limitación de derechos, debe estar sometida a controles precisos. El primero de ellos, que los delitos y las penas han de estar “previstos en la ley”. Pero la aplicación de este principio, y a la vez derecho fundamental, requiere a la ley penal claridad y precisión. Por eso la primera objeción sería a la doctrina del *Derecho penal del enemigo* nace de la propia ambigüedad del concepto de enemigo, difícilmente compatible con el mandato de taxatividad. En este sentido el TEDH ha afirmado que *sólo puede considerarse como ley la norma que se formula con la precisión suficiente para que el ciudadano pueda ajustar a ella su conducta*. De ahí la exigencia de accesibilidad y previsibilidad de las consecuencias de su conducta para el destinatario y la correspondiente prohibición de analogía e interpretación extensiva en contra del reo⁵⁹.

En efecto, no resulta sencillo determinar *a quién* ha de considerarse enemigo, ni *cómo* se efectúa tal calificación. Los caminos tradicionalmente transitados en esta dirección, como los perfiles criminológicos, la pertenencia a grupos de riesgo, los delitos de sospecha, la peligrosidad social, o el Derecho penal de autor, han sido severamente criticados y rechazados por la doctrina científica⁶⁰ y parecían prácticamente expulsados de nuestras legislaciones. Pero la indeterminación de quienes han de ser considerados jurídicamente enemigos parte a su vez de otras categorías extremadamente espurias: las nociones de se-

58. VIVES ANTÓN, T. S.: “Constitución, sistema democrático y concepción del bien jurídico”, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana (Tirant), nº 16, 2005, p. 17.

59. Por todas ver las SSTEDH de 26 abril 1979 (caso *Sunday Times* contra el Reino Unido; 24 abril 1990 (caso *Kruslin* contra Francia) y, de 25 mayo 1996 (caso *Kokkinakis* contra Grecia).

60. Pueden verse las críticas a este pensamiento en: PORTILLA CONTRERAS, G.: “El Derecho penal y procesal del enemigo”, en *Jueces para la Democracia*, nº. 49, marzo de 2004; PORTILLA CONTRERAS, G.: “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del enemigo tras el atentado del 11 de septiembre de 2001”, en *Revista Mientras Tanto*, nº. 83, 2002; DEMETRIO CRESPO, E.: “Prevención general e individualización judicial de la pena”, Salamanca 1999; DEMETRIO CRESPO, E.: “Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº. 14, 2004, p. 87; QUINTERO OLIVARES, G.: “Adonde va el Derecho penal. Una reflexión sobre las leyes penales y los penalistas españoles”, Madrid 2004, p. 126.

guridad cognitiva y los no-personas. Y naturalmente estas incertidumbres nos abocan a la idea de seguridad jurídica.

La idea de seguridad jurídica es absolutamente irrenunciable en nuestra cultura. Y es irrenunciable tanto por razones de eficacia como por razones de principio. Es un lugar común en nuestro acervo cultural que el Derecho penal que hoy conocemos nace con la Ilustración, particularmente desde el anhelo de su *humanización* (BECCARIA) y su consideración como la “*Carta Magna del delincuente*” y “*barrera infranqueable de la política criminal*” (VON LISZT).

Como presupuesto de este modelo, se encuentra el principio de legalidad, una suerte de principio de principios⁶¹, desde el que se desarrollan todos los demás principios penales, entendidos como límites al *ius puniendi* del Estado, esto es, como garantías de los ciudadanos frente al poder público sancionador. En su seno se contiene la *libertad de los modernos*, según la cual lo que no está expresamente prohibido, está permitido. En este sentido puede afirmarse que el principio de legalidad constituye la esencia misma del Estado de Derecho.

Ahora bien, el principio de legalidad descansa sobre la idea de *seguridad jurídica*, enunciada como posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias jurídicas de las diferentes acciones. Por consiguiente su función es trazar la esfera pública autónoma e independiente de la moralidad individual, que conlleva delimitar lo que el Estado puede llegar a prohibir. Pues de ningún modo puede prohibir cualquier conducta, sino que la injerencia estatal ha de ceñirse a lo que resulte indispensable para tutelar la coexistencia externa de los arbitrios individuales según la ley general de libertad⁶².

Para comprender mejor la trascendencia de la idea de seguridad jurídica, expresada en el principio de legalidad penal, basta con recordar que no sólo representa un límite formal al ejercicio del poder punitivo del Estado (*lex praevia, scripta et stricta*), sino también, como ha declarado el TEDH, un límite material al mismo, con su independencia de concepciones morales y religiosas y su restricción a cas-

tigar las perturbaciones más intolerables de la vida social⁶³. Al mismo tiempo, como quiera que las consecuencias de las acciones humanas si que se hallan, en mayor o menor medida, vinculadas a los designios de sus autor, resulta posible sancionarlas. De esta consideración se sigue que el principio de legalidad, como principio de regulación de las conductas humanas por medio de normas, contiene el germen del principio de culpabilidad. Y por fin, al concebirse la pena como un *mal* necesario para tutelar la convivencia, también deriva de su enunciado el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso (intervención mínima). En definitiva, la idea de seguridad jurídica contenida en el principio de legalidad, condiciona un entendimiento del Derecho penal que va más allá de su configuración como “*Carta Magna del delincuente*”, hasta su comprensión como “*Carta Magna libertati*” (o como una especie de Constitución a la inversa o Constitución negativa)⁶⁴.

Indudablemente una de las consecuencias del principio de legalidad que no ofrece mayores dificultades, se refiere a la exigencia de que la ley penal esté formulada y sea interpretada como una *lex stricta*. Y en este sentido se configura como mandato dirigido tanto al legislador como al juez que aplica la ley. Lo decisivo desde el punto de vista constitucional es, que dentro de la materia punitiva, esto es, de la exigencia de legalidad penal, reside en la prohibición de generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisibles. Pero establecer límites precisos no resulta sencillo, aunque las dificultades se van reduciendo por la práctica de una cultura interpretativa, y también trazando la divisoria en atención a las posibilidades ofrecidas por el texto de la ley. De modo que el mandato de *taxatividad* se orienta en un primer momento al legislador, que lo infringirá cuando formule tipos excesivamente abiertos. Y en un segundo plano se dirige al juez, vedándole rebasar el *tenor literal posible*, aplicando la ley a supuestos no contemplados implícita ni explícitamente en ella⁶⁵. En estos casos el juez habrá dejado atrás el ámbito de la interpretación extensiva para penetrar en el de la analogía⁶⁶.

61. Según expresión y desarrollo de VIVES ANTÓN, T.S.: “*Principios penales y dogmática penal*”, en “Estudios sobre el Código Penal de 1995”, CGPJ, Madrid 1996, p. 39 y ss.

62. VIVES ANTÓN, T.S.: “*Principios penales...*”, cit p. 41 y ss.

63. STEDH 4 octubre 2005 (caso *Unsal Ozturk* contra Turquía).

64. VIVES ANTÓN, T.S.: “*Principios penales...*”, cit p. 44 y ss.

65. Por ejemplo ver STEDH 6 noviembre 1980 (caso *Guzzardi* contra Italia).

66. En esta dirección se inscriben precedentes de la jurisprudencia constitucional como las SSTC 111/1993; 34/1996 y 219/1997. En la primera de estas resoluciones se afirma que “el principio de legalidad penal, [...] es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982, fundamento jurídico 7.), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales que garantizan los arts. 24.2 y 117.1 de la Constitución, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la Ley.»”

El principio constitucional de legalidad impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente, pero similares a los que sí contempla. Por esta razón, difícil parece el acomodo del concepto ambiguo de enemigo y la imprecisa definición de los grupos de riesgo que dan lugar a la aplicación de un régimen punitivo excepcional, con la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, seguida entre otros por el Tribunal Constitucional español, acerca del control constitucional del derecho a la legalidad penal. En efecto, partiendo de que no toda aplicación incorrecta, inoportuna o inadecuada de la ley penal conlleva la infracción de la Constitución, ha señalado que estaremos ante una aplicación extensiva *in mala partem* vedada constitucionalmente cuando “carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente”. En síntesis, se trata de garantizar que los ciudadanos puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente⁶⁷.

Si recordamos la formulación del *Derecho penal del enemigo* como un segundo polo, que se expresa en *el trato con el enemigo*, que debe interceptarse en seguida, incluso previamente a la exteriorización de sus actos y al que se castiga por su peligrosidad. Pues bien, con esta formulación, junto a la crítica por incumplimiento del mandato de taxatividad, incluso existen serias dudas acerca de la existencia de un auténtico hecho, esto es, de una conducta exteriorizada. La responsabilidad sin hecho o por hecho presunto se abre paso desde esta concepción. Y con ella también reaparecen rasgos claros de un “Derecho penal de autor”, por la tendencia, o por la aptitud, y una evidente subjetivización del injusto. La idea de peligrosidad *ex ante* o social (frente a la peligrosidad criminal o *post-delictiva*), es decir, sin previa comisión de un hecho delictivo, se erige en el fundamento del castigo.

A este respecto resulta muy interesante, por ejemplo, la clásica práctica de imponer medidas preventivas a los considerados vagos, los cuales han integrado uno de los tradicionales grupos de riesgo o de peligrosidad *pre-delictiva*. Pues bien, en la STEDH de 6 de noviembre de 1980 (caso *Guzzardi* contra Italia), ya se consideró sí, conforme

al art. 5,1º del Convenio Europeo, podía ser considerado “vago”, a los efectos de imposición de una medida preventiva, un sujeto sin actividad profesional conocida y presunto integrante de una organización criminal. La respuesta fue negar la inclusión en el sentido ordinario de “vago” contenido en el Convenio a este ciudadano, puesto que en ella se justifica en la necesidad de su protección.

A partir de aquí se pueden perfilar otras consecuencias de esta tesis. Por ejemplo, un considerable adelantamiento de la línea de intervención penal, al apoyarse en estructuras de peligrosidad sin necesidad de exteriorización en una conducta delictiva. Pero igualmente comporta *per se*, una equiparación entre actos preparatorios y actos ejecutivos; entre conductas de autoría y conductas de participación; el traslado de la imputación personal a la pertenencia a estructuras organizadas o grupos (responsabilidad por hecho presunto). Es decir, conduce a la relajación de las reglas de imputación.

Por su parte, el carácter absoluto de la idea de seguridad del Estado o de la sociedad, provoca otras consecuencias no menos importantes. Citaré primero las relativas a las causas de justificación, pues supone un notable cambio en el entendimiento de la legítima defensa, del estado de necesidad y del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Esto sucede porque al primar por encima de todo el valor seguridad, en realidad se disuelve siempre el conflicto de intereses a favor de esta idea. Con ello, colateralmente, se distorsiona la interpretación y solución de hipótesis de tortura, escuchas telefónicas e interceptación de las comunicaciones, registros, obtención de pruebas corporales (ADN, extracción de sangre, etc) y detención personal. Así, junto al efecto directo sobre causas de justificación y delitos donde se tutelan derechos fundamentales, también quedan seriamente afectadas sus garantías constitucionales.

Por fin, la elevación de la seguridad del Estado a criterio superior del sistema, y el consiguiente adelantamiento del fundamento del castigo hasta la idea de peligrosidad *ex ante*, inevitablemente implica una renuncia al dogma del bien jurídico. Pues bien, esta consecuencia, unida a las anteriores, nos traslada hasta el análisis del principio de proporcionalidad. La única razón para tratarlas en sede del principio de legalidad, descansa en el entendimiento de este principio como principio de principios.

Por esta razón, y porque ya ha sido suficientemente advertido por la doctrina, me limito a recordar la incidencia que la tesis del *Derecho penal del enemigo* pudiera tener en relación al principio de culpabilidad. En particular sobre la culpabilidad por el hecho y la culpabilidad de autor.

67. SSTC 133/1987; 137/1997, 151/1997, 223/1997; 189/1998, 142/1999; 174/2000, 185/2000 y 195/2000.

Por ello basta con reiterar que no se juzga a la persona, ni toda su personalidad, ni sus inclinaciones, facultades o disposiciones. Cualquier forma de ser es igualmente respetable para el derecho penal. Quedan pues vedadas las concepciones amparadas en la conducción de vida o por el carácter.

8. Principio de proporcionalidad

Este principio, tras una dilatada evolución, posee hoy una aceptación general y un amplio reconocimiento como expresión de un modelo constitucional asociado a la idea de libertad, sustancial a la democracia⁶⁸. En consecuencia, responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, y, consiguientemente, a la de limitar el recurso a las penas a lo imprescindible. Así mismo, igualmente refuerza la interdicción de asignar a las normas penales la función de regir las intenciones, y por ende de inmiscuirse en la moralidad de los ciudadanos o acometer finalidades tendentes a limitar el libre desarrollo de la personalidad.

Al carecer de una proclamación expresa en el texto constitucional, la doctrina lo ha construido sobre un doble fundamento: los valores propios de un Estado democrático imponen la exigencia de restringir la intervención penal, e igualmente se deriva de la esencia misma del sistema de los derechos fundamentales. De suerte que con esta doble justificación, inmediatamente se ha deducido su rango constitucional: la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico; indicio inequívoco de que, siendo superior, sólo podrá ser recortado o suprimido en virtud de razones de peso. En esta línea, también se ha señalado el reconocimiento de la dignidad personal⁶⁹.

En este sentido, el principio de proporcionalidad obliga a ponderar los intereses en conflicto: de un lado justificando la necesidad de tutela de un bien mediante la pena, y de otro, valorando el impacto de esta limitación sobre el derecho fundamental afectado. Del principio general de

prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, derivan otros principios o exigencias, que no son sino concreciones de aquél, y aquí basta con recordar⁷⁰: **a)** El *principio de adecuación*, según el cual toda sanción ha de ser adecuada a la finalidad perseguida con la misma⁷¹. Esto es, a la finalidad de tutelar un bien jurídico determinado⁷². Un interés que no esté proscrito constitucionalmente o que sea socialmente irrelevante; **b)** El *principio de necesidad*, comúnmente denominado principio de intervención mínima, implica que sólo se puede recurrir a la parte del ordenamiento que es el Derecho penal y, por ende, a la conminación con pena, para dispensar protección a los bienes jurídicos dignos de ella frente a los ataques más graves e intolerables (*principio de insignificancia*). El Estado está obligado a elegir la medida que permita lograr el objetivo con el menor sacrificio posible de los derechos individuales; **c)** El *principio de proporcionalidad en sentido estricto* está referido primordialmente a la *medida de la pena*, esto es, a la clase y cantidad de sanción a imponer. De acuerdo a esta premisa, se proyecta en dos planos: el primero, que el legislador al establecer delitos y sus correspondientes penas ha de buscar el equilibrio entre la entidad de éstas y la gravedad de aquellos. Segundo, que el juez ha de individualizar la pena concreta que impone al condenado conforme a la gravedad del delito cometido por éste. Ha de ponderarse la *carga coactiva de la pena* con el fin perseguido.⁷³

Pues bien, al hilo de esta doctrina constitucional surgen múltiples cuestiones de compatibilidad entre el principio de proporcionalidad y la concepción asentada en la idea de peligrosidad *ex ante* y seguridad del Estado como criterio superior. En primer lugar habría que dar por reproducido lo dicho ya al tratar el principio de legalidad, especialmente si tenemos en cuenta que la tesis del *Derecho penal del enemigo* comporta un adelantamiento generalizado de la línea de intervención penal. Si como ya dijera Thomas JEFFERSON "todo Gobierno debe tener como único fin la preservación de los derechos del hombre", esto es, desde una perspectiva de la *adecuación a fin*, no

68. Cfr. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Madrid 1990.

69. En este sentido, por todos ver COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho penal. Parte general", Valencia (Tirant) 1999, p. 82.; CUERDA ARNAU, M^a.L^a.: "Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal", en "Estudios Jurídicos en memoria del profesor J.R. casabó Ruiz", vol. I, Valencia 1997, p. 447 y ss.; y, CARBONELL MATEU, J.C.: "Derecho penal: concepciones y principios constitucionales", Valencia (Tirant), 3^a edición, 1999, p. 199 y ss.

70. Sigo aquí el desarrollo expuesto en ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: "Compendio de Derecho penal", Valencia (Tirant) 2004, p. 60, en donde se continúa con la propuesta inicial formulada por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, cit. p. 81 y ss.

71. Sobre las dificultades de aplicación de esta exigencia y su plasmación en la doctrina constitucional española, ver LASCUA-RAIN SÁNCHEZ, J. A.: "La proporcionalidad de la norma penal", en Cuadernos de Derecho Público, nº 5, 1998, p. 161.

72. Sobre exigencia de protección de un bien determinado, ver AGUADO CORREA, T.: "El principio de proporcionalidad en Derecho Penal", Madrid 1999, p. 215 y ss.

73. Por todos, ver CARBONELL MATEU, cit. p. 210 y ss.

parece claro que las normas excluyentes de las libertades y derechos fundamentales de los enemigos, respondan a esta finalidad. Con otras palabras, es muy dudoso que la sacralización de la idea de seguridad colectiva, hasta el punto de anular garantías básicas de seres humanos, pueda entenderse como una finalidad constitucionalmente legítima. En segundo lugar, tendrían que valorarse estas normas desde el canon de *necesidad*, midiendo si no existen otros recursos menos gravosos para obtener la tutela de la seguridad del Estado. La respuesta ha de ser negativa, puesto que el sacrificio de los derechos de los calificados como enemigos es absoluto. Igualmente dudosa es la equiparación entre actos preparatorios y actos ejecutivos; entre conductas de autoría y conductas de participación; el traslado de la imputación personal a la pertenencia a estructuras organizadas o grupos. Y en tercer término, tendría que reflexionarse detenidamente en el giro sobre las consecuencias jurídicas.

En efecto, si el presupuesto de la responsabilidad criminal se traslada a la situación de riesgo, a la pertenencia a un grupo u organización, a la peligrosidad *ex ante*, la reacción se traslada también desde la pena hasta la medida de seguridad predelictiva, que de esta forma se convierte en pieza esencial del sistema punitivo. La anticipación al ataque, la necesidad de prevención, son consecuencia lógica de este pensamiento. Pero con el redescubrimiento del binomio peligrosidad social *ex ante* y su consecuencia lógica, la medida de seguridad pre-delictual, también renace el fantasma de la “pena absolutamente indeterminada”: mientras subsista la peligrosidad y no preste una mínima “seguridad cognitiva”, existirá la necesidad de prevenir la seguridad (el sistema), y entonces, sin contrapesos ni límites, habrá de mantenerse el régimen restrictivo o privativo de derechos del enemigo. De esta forma la función de la pena ya no será la tutela de bienes jurídicos, sino el mantenimiento de la seguridad colectiva. Así mismo los fines del castigo, más allá de consideraciones de prevención general, descansarán en la finalidad de inocuización, de aislamiento y de exclusión del peligroso. Y una pregunta final: ¿queda algún espacio para la resocialización?. Ninguno mientras no ofrezca una mínima “seguridad cognitiva”. Esto es, ninguno mientras no renuncie a su

forma de vida y deje de representar una “fuente de peligro” para la seguridad de los ciudadanos. En este punto reaparece la noción central del clásico delito político, como forma de sanción de las ideas. A este respecto es de utilidad recordar las fórmulas históricas y las todavía vigentes, acerca del arrepentido, de sus requisitos para la reinserción, del abandono de la violencia, de la colaboración con el Estado, del valor probatorio de sus testimonios y de los beneficios legales obtenidos a cambio. O si se prefiere, aflora una concepción moral del arrepentimiento.

Pero probablemente el impacto mayor sobre el principio de proporcionalidad reside en la renuncia al dogma del bien jurídico. Porque como recientemente ha afirmado VIVES ANTÓN, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, “*es el primer momento lógico del principio constitucional de proporcionalidad. Se puede –o no estar de acuerdo con él; pero en cualquier caso, el desacuerdo no puede entenderse como un problema de interpretación del ordenamiento constitucional; sino que es otro, muy distinto, de falta de aceptación del mismo*”⁷⁴.

Posiblemente aquí radica el mayor interrogante al que debe responder la doctrina del *Derecho penal del enemigo*. Pues si el castigo de una conducta no se fundamenta ya en la lesión de un bien jurídico, sino en la mera pertenencia a un grupo de riesgo, tampoco podrá hablarse en propiedad de una pena como consecuencia de la infracción previa. El fundamento del castigo se traslada hasta el juicio de peligrosidad; en donde a través de una inferencia del hecho base (pertenencia a un grupo de riesgo social) se lleva a cabo un pronóstico sobre un hipotético comportamiento futuro. De modo que la prognosis criminal se articula desde la previa consideración como “fuente de peligro” de un ser humano; o sea, de su peligrosidad social (*ex ante*), constituye el momento esencial de esta propuesta. En síntesis, si ya no puede justificarse la limitación de derechos en un fin constitucionalmente legítimo, sino en un mero cálculo –no racional, no científico– sobre un comportamiento futuro, habría que concluir con el tan citado HOBBS, que entonces se trataría de un “acto de hostilidad” al enemigo; en la fuerza y coacción; pero no en la imposición de una sanción conforme a Derecho.

74. VIVES ANTÓN, T. S.: “*Constitución, sistema democrático y concepción del bien jurídico*”, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana (Tirant), nº 16, 2005, p. 21.