



Revista

ISSN 2007-4700

Perla
MÉXICO

Número 5 • Septiembre 2013

El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

Elena Núñez Castaño

Universidad de Sevilla, España

RESUMEN: Las transformaciones de la sociedad tienen un reflejo innegable en la legislación penal mediante las reformas legislativas realizadas en los últimos tiempos. Reformas que, en un intento de responder a las demandas sociales de garantizar una mayor seguridad, reflejan una innegable tendencia hacia regulaciones que atentan contra los principios y garantías esenciales en un Estado de Derecho. Estas tendencias responden a las características del denominado Derecho penal del enemigo que responde claramente a las exigencias de un Derecho penal de la Seguridad ciudadana, que ha sustituido al tradicional sistema del Derecho penal liberal. Con ello se camina hacia un sistema de punitivismo que resulta difícilmente compatible con el sistema garantista perseguido hasta el momento. Este reflejo de las tendencias punitivista se manifiesta con mayor claridad en determinados ámbitos que provocan un mayor reproche social como el terrorismo, la delincuencia sexual, la violencia intrafamiliar o la criminalidad organizada.

PALABRAS CLAVE: sociedad de riesgo, punitivismo, intensificación penal, derecho penal del enemigo, garantías penales.

ABSTRACT: The changes in society have an undeniable reflection in criminal law through the legislative reforms implemented in recent times. In an attempt to satisfy social demands asking for more security, these reforms reflect an undeniable trend toward regulations that are contrary to the principles and essential guarantees in a state governed by the rule of law. These trends correspond to the characteristics of the so-called criminal law of the enemy that clearly meets the requirements of a criminal law of the citizen security, which has replaced the traditional liberal criminal law system. This means moving towards a punitivism system that is hardly compatible with the system of guarantees pursued so far. This reflection of punitivism trends reveals itself most clearly in certain areas that cause more social criticism, such as terrorism, sex crimes, domestic violence or organized crime.

KEY WORDS: risk society, punitivism, intensification of criminal law, criminal law of the enemy, criminal guarantees.

SUMARIO: I. Introducción: las transformaciones sociales y el Derecho penal. II. Los principios del Estado liberal: la “lucha” entre libertad y seguridad. III. De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana. IV. La seguridad ciudadana y el Derecho penal del enemigo. V. Las reformas penales y el Derecho penal del enemigo. VI. Conclusiones.

El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

I. Introducción: las transformaciones sociales y el Derecho penal

En los últimos tiempos se escucha con demasiada frecuencia que el Derecho penal está en crisis, y resulta obligado admitir que las transformaciones por las que pasa el mundo reforman los horizontes del Derecho penal, desde la primera Revolución industrial hasta la actual situación de “tolerancia cero”.¹ De esta manera, la concepción clásica del Derecho penal que implicaba, tal como señaló Von Liszt, que *el Derecho penal constituía la infranqueable barrera de la política criminal*,² con lo que, esencialmente, se quería decir dos cosas: que los principios limitadores del *ius puniendi* servían como modo de contención de un legislador influido por las demandas sociales, y tendente a dar una fácil y rápida respuesta a las mismas mediante el recurso al derecho penal, y que, para permitir la actuación del Derecho Penal en un determinado campo, era necesario constatar que se podía intervenir,³ se está alejando claramente del horizonte de los legisladores en lo que se refiere al Derecho penal. De hecho, las nuevas tendencias que resultan notorias en las últimas reformas legislativas ponen de relieve la existencia de una clara inclinación a la superación del modelo penal garantista, sustentado en los principios tradicionales del Estado liberal y, hasta hace relativamente poco tiempo, el único que se consideraba “legítimo” y “aceptable”

en un Estado de Derecho, y a reemplazarlo con el denominado “Derecho penal de la seguridad ciudadana”.⁴

Efectivamente, es necesario reconocer que la situación ha variado notablemente, al tiempo que se produce un cambio de paradigmas, de tal modo que el Derecho penal se convierte ahora en instrumento de la Política criminal,⁵ preparada y apoyada por las teorías funcionales del Derecho penal, de los fines de la pena y de la Dogmática jurídica, en un clima en el que la prevención, la consideración de las consecuencias y la utilización de instrumentos jurídico-penales en la persecución de fines políticos se han convertido en los criterios centrales de justificación del Derecho penal. Consecuentemente, la penetración de la Política criminal en el Derecho penal es cada vez más evidente, como lo prueban el constante aumento de los delitos de peligro abstracto, la penetración de los intereses preventivos en constelaciones jurídico-penales con “alta necesidad política de solucionar el problema”, o la aparición de un Derecho penal simbólico,⁶ en el que tal como demuestran Díaz Pita y Faraldo Cabana, las normas simbólicas no fracasan porque se sabe *ab initio*, que no van a producir ningún tipo de efectos,⁷ características todas ellas de lo que se ha dado en llamar “moderno” Derecho penal.⁸

Ciertamente, el fenómeno ha adquirido en los últimos tiempos un alcance inquietante, fácilmente

¹ La expresión “tolerancia cero” hace referencia a una forma de prevención mediante el castigo severo de infracciones de escasa relevancia, “no dejando pasar, por así decirlo, ni una, atajando el mal en sus orígenes, antes de que éste llegue a manifestarse en hechos más graves y perniciosos para la comunidad”. Cfr. Hassemer y Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, Valencia, 2002, p. 330; Muñoz Conde, “Las reformas de la Parte especial del Código Penal español del 2003, de la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo”, *Revista General del Derecho penal*, núm. 3, mayo de 2005, Iustel, www.iustel.com.

² Así afirmaba Roxin, que el Derecho penal garantiza unos límites de intervención del Estado sobre el individuo, mientras que la Política criminal solamente debe reclamar la atención del legislador y actúa en el ámbito de ejecución de la pena. Cfr. *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 33 y ss.

³ Esto es, que se respetaban todos los límites señalados, que existía un bien jurídico merecedor y necesitado de protección, que se producía un ataque grave contra el mismo, y que no cabía otra solución al conflicto generado; en definitiva, que se respetaban los principios y garantías informadores del Derecho penal.

⁴ Cfr. entre otros, Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 803 y ss.; el mismo, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005, pp. 25 y ss.; Zugaldía, “Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004; Portilla Contreras, “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal penal del enemigo”, *Jueces para la democracia*, núm. 49, 2004, p. 43 y ss.; Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista electrónica de ciencias penales*, núm. 07-01, 2005, <http://criminol.ugr.es/recpe/07/recpe07-01.pdf>, p. 2.

⁵ Cfr. Hassemer, “Crisis y características del Derecho penal moderno”, *Actualidad penal*, 1993-2, pp. 635-639.

⁶ Cfr. Hassemer y Muñoz Conde, *Introducción*, *op. cit.*, p. 173; sobre el Derecho penal simbólico, vid. Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, 1991; Díaz Pita y Faraldo Cabana, “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 7, 2002, pp. 119 y ss.

⁷ Cfr. Díaz Pita y Faraldo Cabana, “La utilización simbólica del Derecho penal...”, *ibidem*.

⁸ Sobre el “moderno” Derecho penal, *vid.*, entre otros, Hassemer, “Crisis y características...”, *op. cit.*, pp. 635-646; el mismo, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, *Revista Penal*, Huelva, 1997, pp. 37-41; Hassemer y Muñoz Conde, *Introducción*, *op. cit.*; Muñoz Conde, “El ‘moderno’ Derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias”, *La Ley 1996*, pp. 1339-1341, y Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política-criminal de las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, 2001.

perceptible en las últimas reformas penales que están teniendo lugar en Europa, y ha encontrado una buena ocasión para su desarrollo en la profunda renovación de que han sido objeto diversos códigos penales europeos, entre ellos el español. Ahora bien, también hay que reconocer, como hace Díez Ripollés,⁹ que “la potenciación del denostado Derecho penal simbólico está en directa relación con ciertas transformaciones sociales recientes a las que no puede cerrar los ojos la política criminal”.

Entre estas transformaciones cabe citar varias. Por un lado, el creciente protagonismo de los medios de comunicación social que se configuran como uno de los más significativos agentes del control social en las sociedades modernas. Así, como afirma Cuerda Riezu,¹⁰ “resulta una obviedad afirmar que los medios de comunicación ejercen una tremenda influencia sobre la criminalidad y la justicia penal [...] los medios se nutren de la realidad, pero a su vez ellos mismos influyen sobre la realidad. En algunos casos llegan a generar la propia noticia”. Por otro lado, es necesario mencionar el acentuado desplazamiento del ámbito de resolución de los diversos dilemas valorativos sociales al plano jurídico.

A ello se une un proceso que, derivado de la combinación de las dos circunstancias citadas, implica que la opinión pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al Derecho penal reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en esos debates públicos sobre problemas sociales relevantes.¹¹

Señala Von Bar¹² que “allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad —pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso—, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pesima respublica, plurimae leges*”.

Efectivamente, es innegable la tendencia dominante en la legislación de todos los países de nuestro entorno sociocultural a recurrir al Derecho penal como medio de solución de los distintos conflictos que se plantean, recurriendo bien a la introducción de nuevos tipos penales (que se ha denominado “expansión”),¹³ bien a una agravación de los ya existentes (o una “intensificación” del Derecho penal),¹⁴ que “cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la ‘reinterpretación’ de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal”.¹⁵ Se produce, de este modo, la creación de nuevos bienes jurídico-penales, la ampliación del ámbito de riesgos relevantes penalmente, una flexibilización de los criterios de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía.

La concepción tradicional del Derecho penal que, basada en el recurso a la razón para la resolución de los conflictos, elevaba a la categoría de irrenunciables el principio de legalidad y, más concretamente, el de intervención mínima, dejando el Derecho penal para aquellos casos en que no se consiguiera una solución racional del conflicto,¹⁶ está claramente en

⁹ Cfr. Díez Ripollés, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Actualidad Penal*, núm. 1, 1-7 enero de 2001.

¹⁰ Cfr. Cuerda Riezu, “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001, pp. 187 y ss.

¹¹ Así, tal como señala Cuerda Riezu, “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, *op. cit.*, p. 190, los poderes públicos procesan esa información sobre un hecho delictivo y reaccionan ante ella, y es raro (sino muy común) que a partir de esa base se proponga una reforma legal para aumentar la penalidad de tales conductas.

¹² Cfr. Von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrecht und der Strafrechtstheorien*, Berlín, 1882 (reimp. Aalen, 1992), p. 334, citado por Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 17.

¹³ Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, expresión que considero que en este contexto debe ser entendida como una ampliación de las barreras de intervención del Derecho penal, bien mediante la introducción de nuevos tipos delictivos, lo cual, en mi opinión, resulta justificable en determinados supuestos en los que los avances sociales y tecnológicos implican la existencia de algunas lagunas de punibilidad, o bien, en la relativización de determinados principios y garantías tradicionalmente consolidados, que resulta difícilmente justificable.

¹⁴ Entendiendo ésta como una mayor presión coercitiva de los instrumentos penales en ámbitos en los cuales ya existía una clara y delimitada intervención penal.

¹⁵ Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁶ En este mismo sentido señala Brandariz García, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, en *Retos de la política criminal actual*. *Revista Galega de Seguridade pública*, Xunta de Galicia, segunda época, núm. 9, p. 35, que “... la responsabilidad de garantía de la convivencia social, en clave de tutela de determinados intereses fundamentales para la vida en sociedad, no reside, ni exclusiva ni primordialmente, en el instrumento penal”.

El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

crisis, e incluso —me atrevo a afirmar— en vías de desaparición.¹⁷ Resulta evidente que en el panorama contemporáneo del Derecho penal, ya no se recurre a los principios mencionados, o al menos no son los que inspiran básicamente la actividad legislativa, sino que, por el contrario, nos encontramos ante una “hipertrofia legislativa, donde la producción de leyes se encuentra marcada por la ausencia de cualquier criterio de cuño utilitario y, sin duda, generando una sensación de absoluto desamparo social, combatida, curiosamente, con la producción de más leyes que, nuevamente, no servirán para nada”.¹⁸

Y es ante este fenómeno donde, frecuentemente, se origina una especie de “perversidad del aparato estatal”, que trata de aportar una solución fácil y rápida a los problemas que surgen en la sociedad; y, para ello, recurre en forma continuada y permanente a la legislación penal, provocando el desplazamiento al plano simbólico (es decir, al de la declaración de principios, dirigida a tranquilizar a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental, esto es, de la protección efectiva.¹⁹

De este modo, entramos en el ámbito del proceder legislativo declarativo-formal, cuya pretensión fundamental es plasmar en la norma legal, del modo más fiel y contundente posible, el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva y que está vacío de cualquier consideración sobre la medida en que la norma en cuestión puede colaborar a resolver el problema.²⁰

Sin embargo, tal como pone de relieve Silva Sánchez,²¹ aunque esta explicación es, en parte, cierta, sería ingenuo ubicar todas las causas de este fenómeno exclusivamente en la instancia estatal, pues se trata de una situación compleja que tiene su base en el modelo social que se ha ido configurando a lo largo de las dos últimas

décadas, y en el cambio de papel del Derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales, en relación con la demanda social de mayor protección; y, por consiguiente, éste debe ser el punto de partida del análisis del fenómeno.²² Ahora bien, y antes de entrar en el análisis pormenorizado del citado fenómeno, conviene poner de relieve, aunque sólo sea de modo previo, la posible responsabilidad que los medios de comunicación y otros mediadores sociales podrían tener desde su papel de creadores y canalizadores de opinión; del mismo modo, es necesario, también, cuestionar que desde las más altas instituciones estatales no sólo no se trate de racionalizar y reconducir a sus justos términos las demandas, en ocasiones desmesuradas, de determinados sectores sociales, sino que incluso se las retroalimiente, desde una postura absoluta y exclusivamente populista y electoralista. Claro ejemplo de ello son las últimas reformas que se han producido en nuestro país en el ámbito penal, que se traducen en el incremento desmesurado de pena para determinados delitos, en el cumplimiento íntegro de las condenas, en la tendencia a hacer radicar el reproche social en las “conductas o modos de vida” de los sujetos y no en los hechos efectivamente realizados, en la opción, más o menos clara, por un concepto unitario de autor, descrito mediante la introducción de un amplio catálogo de conductas típicas sin diferenciar (al menos en lo que a consecuencias jurídicas se refiere) los distintos desvalores de cada uno de los comportamientos, en el adelantamiento de la intervención penal a situaciones constitutivas de actos preparatorios o meras sospechas, etcétera.

Curioso resulta, cuando menos, el hecho de que las más relevantes o sensacionalistas reformas en materia penal se realicen en épocas preelectorales, o en coincidencia con algún otro conflicto o crisis social, como está ocurriendo en el momento actual.²³ Sobre todo

¹⁷ Cfr. Brandariz García, *ibidem*, quien, en relación con la seguridad ciudadana, afirma: “... En este ámbito, como en otros, el sistema penal no sólo no opera según la lógica de la *ultima ratio*, sino que se ve impelido a ir más allá de su función instrumental de protección de bienes jurídicos básicos ante determinados ataques graves a los mismos”.

¹⁸ Cfr. Gerber, “Direito penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a vella estória de sempre”, en *Novos Rumos do Direito penal contemporâneo, Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2006, p. 249.

¹⁹ Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., p. 21.

²⁰ Cfr. Díez Ripollés, “El derecho penal simbólico”, *ibidem*.

²¹ Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 21 y 22.

²² Cfr. *ibidem*, pp. 23 y 24.

²³ En el sentido de que responder a las demandas sociales mediante un incremento de la presión penal es beneficioso electoralmente, cfr. Larrauri Pijoan, “El populismo punitivo... y cómo resistirlo”, *Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006, p. 15. Del mismo modo, afirma Brandariz García, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, p. 38, que “las crecientes demandas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad”.

cuando la tan “anunciada” reforma penal, en su mayor parte, no hace sino regular de nuevo lo ya regulado y producir una agravación de penas, con lo que se produce no ya una “expansión del Derecho penal”, sino una “intensificación” del mismo en determinados ámbitos y comportamientos.²⁴

Sin embargo, por debajo de toda esta reforma que afecta a buena parte de la legislación positiva se está haciendo bastante más que modificar preceptos para agilizar la justicia penal. Casi sin darnos cuenta se están cambiando concepciones antropológicas, sociales y jurídicas muy serias y arraigadas, y permitiendo la formulación de planteamientos que, bajo la apariencia del respeto al modelo de Estado de Derecho, consideran que en determinados supuestos y/o respecto de determinadas personas, no sólo se puede sino que se debe regresar a un Derecho penal con “tintes autoritarios”, como único medio idóneo y capaz de garantizar la seguridad de nuestro sistema frente a quienes pretenden socavarlo o destruirlo. Como afirma Muñoz Conde,²⁵ estos planteamientos y tendencias no resultan novedad alguna, sino que “con nuevos nombres resucitan viejas posiciones autoritarias, no por viejas ya superadas”, y aparecen cada vez con más frecuencia en legislaciones de excepción que, como respuesta a determinados fenómenos como el terrorismo, la criminalidad organizada o la delincuencia sexual, se han ido elaborando tanto en nuestro país como en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Planteamientos y tesis que “pretenden legitimar este Derecho penal máximo o de excepción, de corte autoritario y difícilmente compatible con los principios y bases del Estado de Derecho”.²⁶

Mala cosa es esta de volver al *homo hominis lupus* hobbesiano. La neutralización del miedo al otro, el reto de saber coexistir con el diferente, el ser al tiempo

iguales pero diversos, la capacidad de gestionar los conflictos sin eliminar a la otra parte, el mismo paradigma de la orientación reinsertadora de las partes, están, poco a poco, guardándose en el baúl de los recuerdos mientras se da paso a un peligroso principio de “tolerancia cero”, de incalculables consecuencias para la cultura de los derechos y las garantías jurídicas.²⁷ La exigencia de “seguridad” de la sociedad actual está arrinconando a la reclamación de “libertad” del Estado liberal.

II. Los principios del Estado liberal: la “lucha” entre libertad y seguridad

Ciertamente, la Constitución española en su artículo. 17,1 establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”. Este axioma así enunciado resulta irrefutable. Efectivamente, todos los hombres somos o debemos ser libres, y tenemos derecho a estar “seguros”. Ahora bien, a pesar de ser cierto, el enunciado no puede mantenerse en forma absoluta, es necesario acotarlo y delimitarlo, y con ello se plantea uno de los dilemas más contradictorios que tiene que resolver el ser humano en la convivencia social.

Resulta innegable que “libertad” y “seguridad” son dos bienes jurídicos muy importantes y tan necesarios como difícilmente conciliables. Y, sin embargo, necesitan ser conciliados porque, por su propia condición, el ser humano está obligado, para la supervivencia y la reproducción de la especie, a la convivencia. Como señala Muñoz Conde, “el vivir es un convivir. La existencia una coexistencia”.²⁸

El problema surge precisamente aquí, en que esa convivencia no es idílica, sino conflictiva. Afirma Muñoz Conde que la convivencia es resultado de un proceso de interacción en el que el individuo renuncia

²⁴ La clara distinción que debe realizarse entre ambos fenómenos que implica diferenciar entre una “expansión” del Derecho penal, encaminada a hacer frente a nuevos ámbitos necesitados de la intervención penal y derivados de la innata evolución que debe existir en todo ordenamiento jurídico, y la “intensificación” de la legislación existente, encaminada a un mayor presión penal con mayores penas, adelantamiento de las barreras de intervención, relajación en la interpretación de las instituciones y garantías de los sujetos, etc., ya fue puesta de relieve por Díez Ripollés en “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana...”, *op. cit.*

²⁵ Cfr. Muñoz Conde, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, *Retos de la política criminal actual. Revista Galega de Seguridade pública*, Xunta de Galicia, segunda época, núm. 9, p. 88.

²⁶ Cfr. Muñoz Conde, *ibidem*.

²⁷ En este sentido pone claramente de relieve Muñoz Conde, “Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre ‘el Derecho penal del enemigo’”, *Revista Penal*, núm. 18, Huelva 2006, p. 338, que este planteamiento responde a “ideas totalitarias que han existido y parece que desgraciadamente seguirán existiendo como último recurso al que se acoge el poder, cuando ve como una amenaza todo lo que pueda perturbar de forma relevante sus intereses o su sistema social de convivencia, y que se pueden condensar en la frase acuñada por el fascismo italiano: “¡Protegi il tuo simile, distruggi tutto il resto!”.

²⁸ Cfr. Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, en Octavio de Toledo y Ubieto, Gurdíel Sierra y Cortés Bechiarelli (coords.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, Valencia, 2004, p. 806.

El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con otros individuos le posibilite un mejor desarrollo y los medios necesarios para su supervivencia.²⁹ Se trata, en definitiva, de ceder espacios propios a fin de lograr una pacífica convivencia. Y esta idea ya ha sido expresada en distintas formas por distintos autores, pero coincidiendo siempre en la misma idea central. Así, para Sigmund Freud, el malestar en la cultura se debe a que frente al principio del placer, que impulsa a las personas a satisfacer, por encima de todo, sus instintos, está el principio de la realidad, representado por las normas sociales que obligan al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás. O como señala Kant, la libertad individual termina allí donde comienza otra libertad individual.³⁰

La idea central es, pues, siempre la misma. La libertad no es absoluta, y no lo es porque lógicamente sería incompatible con la libertad de los demás individuos que componen el seno de la sociedad necesaria para la convivencia y supervivencia. Ahora bien, tampoco podemos restringirla hasta tal punto que convirtamos al ser humano en un ser permanentemente controlado y vigilado en absolutamente todos los aspectos de su vida. Es decir, no puede existir un control total porque, si hay algo que caracteriza y diferencia al ser humano frente a los demás seres vivos, es precisamente la posibilidad que tiene, dentro de ciertos límites, de configurar y desarrollar libremente su personalidad. Y este último también es un derecho fundamental recogido en el artículo 10.1 de la Constitución española.

Sobre esta base, resulta claro que el problema no reside en reconocer el derecho a la libertad, que es innato e innegable a todo ser humano; sino que el problema lo constituye el trazar los límites dentro de los cuales esa libertad se puede ejercer. Y a la delimitación de los márgenes dentro de los cuales se permite el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad por parte de los individuos se le llama *seguridad*, entendida como la expectativa que podemos, razonablemente, tener de que no vamos a ser expuestos a peligros o ataques a nuestros bienes jurídicos más preciados por otras personas.³¹

Ahora bien, de modo similar a como ocurría con el concepto de libertad, tampoco la seguridad es un valor absoluto. Porque es evidente que ni el Derecho ni nadie puede garantizar una seguridad absoluta, una ausencia total de peligro.

Con este planteamiento previo se hace necesario enfrentar la situación actual de la sociedad a fin de tratar de comprender las reacciones de la misma ante los conflictos surgidos. Los avances tanto científicos como técnicos de los últimos años han contribuido, paradójicamente, a configurar la sociedad actual como una “sociedad de riesgo” (*Risikogesellschaft*).³² En ella, esos mismos avances que permiten el surgimiento de un *estado de bienestar* para el individuo, pueden ser las principales fuentes de las que se deriven los peligros más graves para el mismo. Riesgos que proceden no sólo directamente de los seres humanos, sino también de accidentes nucleares, desastres medioambientales o alimentarios, que suelen tener su origen en comportamientos negligentes o técnicamente deficientes.³³

Y es más, en los momentos actuales tenemos ante nosotros el peligro inminente del mayor mal y peligro que puede azotar e incluso destruir a la Humanidad misma: la guerra en todas sus versiones y consecuencias, la amenaza terrorista global, la guerra preventiva con inimaginables consecuencias derivadas de su ilegitimidad, que constituyen la amenaza más grave a la seguridad de cuantas pueda imaginarse.³⁴

En este punto, al enfrentarse el ciudadano a esos nuevos riesgos difícilmente aprensibles, que desconoce de dónde proceden, cuándo pueden ocurrir y/o cómo afrontarlos, reacciona instintivamente buscando la certeza de mantenerse a salvo, de no verse afectado por los mismos, esto es, buscando *su seguridad*. Y para ello se dirige a quien considera competente y único responsable de garantizarla, esto es, al Estado, exigiéndole que intervenga hasta el punto de aportar la máxima seguridad. Se produce, en este momento, la colisión de los dos derechos fundamentales, de los dos pilares básicos de cualquier sociedad: la libertad y la seguridad.

El ciudadano, pretendiendo verse a salvo de los potenciales riesgos que le acechan, no duda no sólo en

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ Cfr. Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, *op. cit.*, p. 807.

³² Cfr. Beck, *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Navarro, Jiménez y Borrás, Barcelona, 1998.

³³ Cfr. Muñoz Conde, *ibidem*.

³⁴ *Idem.*

permitir, sino en exigir, una mayor injerencia y represión del Estado en el ámbito de los derechos y las libertades; no importa que se produzca un menoscabo de los mismos, no importa renunciar a ámbitos de libertad siempre y cuando ello signifique que el Estado le va a garantizar un mayor (absoluto) nivel de seguridad. Es el axioma tan repetido últimamente “cambio libertad por seguridad”, porque ya no nos encontramos en aquellos momentos en que el principal logro social radicaba en el reconocimiento efectivo de los derechos y garantías; ahora esos ya se dan por sobreentendidos, son implícitos al Estado de Derecho, y plantearse la posibilidad de su vulneración por determinados comportamientos y tendencias del gobierno de turno es casi una “traición al Estado” que trata de protegernos. Ahora nos encontramos en el *estado de bienestar*, donde las metas son diferentes, se trata en este momento de garantizar la conservación de ese bienestar y la consecución del mayor nivel posible del mismo. Y para ello lo que se reclama claramente es *seguridad*: seguridad para los bienes jurídicos más personales (vida, integridad física y/o psíquica, integridad moral, e, incluso, patrimonio), pero también, y esencialmente, seguridad de mantener el mismo nivel de bienestar, evitando cualquier distorsión o menoscabo del mismo que pudieran producir agentes externos, ya sean éstos humanos o artificiales.

En pro de esta expectativa, si para ello es preciso renunciar a algunos ámbitos de libertad, se renuncia, en la creencia (errónea obviamente) de que las limitaciones, restricciones y vulneraciones de los derechos y garantías nunca afectarán al ciudadano medio, al buen ciudadano, por cuanto jamás podrá sentirse identificado con los autores de estos comportamientos peligrosos, contemplándose a sí mismos como potenciales víctimas; y ello, sin percatarse de que en un Estado de Derecho, las leyes (afortunadamente) son las mismas para todos, de tal manera que los derechos y garantías que preconizamos para los delincuentes, son los mismos derechos y garantías de quienes respetan las normas, al tiempo que las restricciones y limitaciones que permitimos que realice el Estado en pro de una mayor

seguridad, son predicables para todos, delincuentes y no delincuentes. Y, sobre todo, es preciso advertir que la priorización del valor seguridad como certeza acerca de la conducta futura de alguien y su absolutización, lleva a la despersonalización de toda sociedad.³⁵

Ante esta diatriba entre dos de los derechos más fundamentales de los seres humanos, es al Estado a quien le corresponde armonizarlos, delimitándolos lo mejor posible, a fin de respetar los fundamentos básicos de un Estado de Derecho.

Esta nueva situación se enfrenta al planteamiento existente de manera tradicional respecto del Derecho penal, donde la principal aspiración de cualquier tipo de intervención penal radicaba en el respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos mediante la elaboración de toda una estructura jurídico-penal, encaminada a respetar los mencionados principios. De este modo, lo que hasta hace relativamente poco constituía esa tradición y esencia, se ha visto superado por el devenir de los tiempos y de las distintas situaciones que provienen de la nueva configuración de la sociedad actual: agentes económicos a gran escala, transnacionales, estructuras de poder, legales o apartadas de la legalidad, etc., han supuesto una revolución social que no podía por menos que obtener una respuesta por parte del Derecho penal. Es en este momento cuando se reconoce que, para cumplir este objetivo, las estructuras tradicionales deben someterse a una revisión en profundidad, para lograr que sean operativas a la hora de enfrentar los conflictos que estas nuevas situaciones provocan, y donde se produce el aprovechamiento de las propuestas securitarias para “legitimarse” dentro del sistema social.

Surge así la dicotomía entre dos situaciones que deben ser claramente diferenciadas, a pesar de los distintos intentos por identificarlas:³⁶ por un lado, el Derecho penal de la Sociedad de riesgo o lo que se ha denominado “moderno Derecho penal”,³⁷ y, por el otro, el Derecho penal de la seguridad ciudadana que, en mi opinión, coincide en sus rasgos esenciales con las características del Derecho penal del enemigo. Vayamos por partes.

³⁵ Cfr. Zaffaroni, *El enemigo en Derecho penal*, Dykinson, 2006, p. 21, quien afirma que “una sociedad que aspire a la seguridad respecto de la conducta posterior de cada uno de nosotros como valor prioritario, proyectada al futuro y hasta sus últimas consecuencias, aspiraría a convertirse en una sociedad robotizada y, por ende, despersonalizada”.

³⁶ Cfr. Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 10.

³⁷ Cfr. Hassemer, “Crisis y características...”, *op. cit.*, pp. 635-639.

III. De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana

Las nuevas figuras delictivas surgidas al amparo del auge de la sociedad posindustrial o de riesgo, del sistema económico y de la actividad mercantil, difícilmente podrán encajarse en el ámbito de los tradicionales tipos delictivos, provocando, de este modo, el nacimiento de nuevas víctimas indefensas ante la obsolescencia de un Derecho penal basado en el espíritu y la ideología del siglo XIX, e incapaz de dar respuesta, con las tradicionales instituciones, a los distintos problemas y situaciones que van a surgir. Esta innovación de las modalidades delictivas procedentes de los avances tecnológicos y/o científicos, junto con la posibilidad de su impunidad, derivada de la incapacidad de las figuras e instituciones tradicionales para hacerles frente, puso de relieve la necesidad de crear mecanismos aptos para garantizar el correcto funcionamiento de todo el sistema de un país, que evite la sensación de inseguridad en la sociedad, derivada de la apariencia de impunidad para aquellos que ocasionan los conflictos.

Señala Seelmann³⁸ que entre los aspectos más definitorios de lo que se ha dado en denominar Sociedad del riesgo, se pueden destacar los tres siguientes:

- a) El cambio en el potencial de los peligros actuales, que se caracterizan por ser “artificiales”, es decir, producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de éste. A ello se une el hecho de que amenazan a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas,³⁹ con lo que surge una nueva dimensión, que típicamente se atribuye a la sociedad actual, como es la *globalización* de muchos de los fenómenos que en ella se producen. Ahora bien, estos riesgos de la modernización son

consecuencias secundarias (*Nebenfolgen*) del proceso tecnológico, que constituyen siempre efectos indeseados, a menudo no previstos o imprevisibles, de un actuar humano, inicialmente dirigido a fines positivamente valorados, y que por lo general se basan en fallos de conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas.⁴⁰

- b) La *complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad*, de tal modo que el considerable incremento de las interconexiones causales y su desconocimiento o las dificultades en su aclaración, junto con la creciente sustitución de contextos de acciones individuales por otros de carácter colectivo,⁴¹ determina que la responsabilidad se ramifique cada vez más a través de procesos en los que contribuyen muchas personas, a veces integradas en un sistema de división de trabajo, pero otras sin relación entre ellos. Así, se ha hablado de una “irresponsabilidad organizada”, en el sentido de que cuanto más compleja y perfeccionada es una organización, más intercambiable resulta el individuo, y menor es su sensación de responsabilidad, al considerar éste que su personal contribución al conjunto de la actuación es sumamente reducida.⁴² Aplicado al ámbito penal, ello implica que existiría una vaga o difusa culpabilidad por el hecho individual, de modo que sólo con dificultades pueden ponerse en relación la producción del daño o del peligro y la culpabilidad por ello.
- c) una *sensación de inseguridad subjetiva* que puede existir independientemente de la presencia de peligros reales.⁴³ El binomio riesgo-inseguridad hace que los individuos reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad.⁴⁴

Efectivamente, a modo de resumen, podemos señalar que una de las características de la sociedad

³⁸ Cfr. Seelmann, “Societat de risc i pret penal”, *IURIS. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, pp. 272 y ss.

³⁹ Como señala Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, 2001, p. 26, se trata de “grandes riesgos tecnológicos”, ligados a la explotación y el manejo de energía nuclear, de productos químicos, de recursos alimenticios, riesgos ecológicos o de ingeniería genética.

⁴⁰ Cfr. Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana...”, *op. cit.*, p. 3.

⁴¹ Estos mismos caracteres los reconoce Schünemann como propios de la sociedad industrial actual, a la que aplica en algún momento el calificativo de *Sociedad de riesgo*, aunque niegue globalmente la solidez o el sentido de tal concepto como modelo de la sociedad actual. Cfr. “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, *ADPCP*, 1996, pp. 198 y ss.

⁴² Cfr. Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la Sociedad de riesgo*, *op. cit.*, p. 29.

⁴³ Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

⁴⁴ Cfr. Boix Reig, Orts Berenguer y Vives Anton, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, p. 81, donde se afirma que “bajo el Estado social o Estado del bienestar se ha desarrollado una demanda de seguridad material tan fuerte (en ocasiones, incluso, excesiva) que obliga a los poderes públicos a demostrar un interés en la prevención de peligros desconocido para la mentalidad política del s. XIX”.

posindustrial es la sensación general de inseguridad;⁴⁵ sensación que, aunque está basada en la existencia real de nuevos riesgos, sin embargo, no parece corresponderse con el grado de existencia objetiva de los riesgos difícilmente controlables o incontrolables propios de una *Risikogesellschaft*⁴⁶ que, además, se compensa con la radical reducción de los peligros procedentes de fuentes naturales. La vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la existencia objetiva de los mismos,⁴⁷ y que se ve potenciada por las dificultades de adaptación de la población a sociedades en continua aceleración (especialmente, en relación con la revolución de las comunicaciones) y la actuación de los medios de comunicación, e incluso de las propias instituciones estatales encargadas de la represión de la criminalidad, que en la mayoría de los casos transmiten imágenes sesgadas y parciales de la realidad que fomentan el incremento y la difusión entre la sociedad de la sensación de inseguridad.⁴⁸

Consecuente con ello se produce un incremento de la pretensión social de protección penal que ponga fin, aunque sólo sea formalmente, a esa inseguridad creciente, aun a costa de modificar las garantías básicas y clásicas del Estado de Derecho.⁴⁹ A modo de ejemplo, podemos mencionar la demanda de mayor criminalización en el medio ambiente, el orden económico, las nuevas tecnologías, pero también en el

ámbito sexual, de violencia doméstica, terrorismo, etc., que quedan claramente alejados del núcleo de riesgos cuyo elemento esencial lo constituyen los avances tecnológicos o científicos.

El Derecho penal se ve, así, forzado a un continuo proceso de expansión destinado al control de nuevos peligros, de manera que asume un papel que no le pertenece de modo prioritario ni, menos aún, exclusivo. Ello puede suponer una intervención penal excesiva que abocaría al desarrollo de un Estado de prevención (*Präventionsstaat*), que tiende más hacia la seguridad absoluta de los bienes jurídicos y puede hacer surgir fisuras en aspectos garantistas del Derecho penal.⁵⁰

Se produce, de este modo, como decíamos antes, una primacía de la seguridad frente a la libertad, debido principalmente a que el ciudadano medio ya no es el agente del Estado liberal que reclamaba al Estado ámbitos de libertad, sino un sujeto paciente, dependiente directa o indirectamente del Estado, en cuanto necesita ser protegido de riesgos que deben ser controlados por terceros. Un ciudadano, además, que se identifica más con la víctima que con el delincuente, lo que explica el cambio de la visión del Derecho penal como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado, a la concepción de la ley penal como *Magna Carta* no sólo

⁴⁵ En la misma línea, afirma Brandariz García, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, *op. cit.*, p. 40, que “la etapa histórica presente se caracteriza, al margen de otros rasgos nucleares, por un elevado nivel objetivo de peligro, así como por una acusada sensación social de riesgo”.

⁴⁶ Cfr. Díez Ripollés, “De la seguridad del riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 4, quien afirma que el sentimiento de inseguridad se ve “potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con las que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompañar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la seguridad colectiva”; en el mismo sentido de afirmar que la percepción subjetiva de los riesgos no guarda proporcionalidad con su entidad efectiva, cfr. Brandariz García, “Itinerarios de evolución del sistema penal...”, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁷ Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 28-37. En esta línea, también pone de relieve Silva Sánchez que la sociedad posindustrial es una sociedad que expresa la *crisis del modelo del Estado de bienestar*, una sociedad con importantes problemas de vertebración interna, que generan episodios frecuentes de violencia incidiendo en la seguridad ciudadana. Así, es un fenómeno nuevo que las sociedades posindustriales europeas experimenten problemas de vertebración hasta hace poco desconocidos en ellas (inmigración, multiculturalidad y nuevas bolsas de marginalidad), que provocan la expansión de la “ideología de ley y orden” a sectores sociales más amplios que los que las respaldaban unos años atrás, cfr. ult. *op. cit.*, pp. 30 y 31. Por su parte, Brandariz García, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, *op. cit.*, p. 40, afirma que “del mismo modo que la percepción subjetiva de inseguridad (riesgo) es desproporcionada en relación con la entidad objetiva de los peligros, el temor subjetivo al delito no guarda correlación con los índices efectivos de criminalidad o victimización”.

⁴⁸ Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 37-39, donde pone de relieve que “los medios, que son el instrumento de la indignación y la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos”, cfr. p. 39 y n. 67; Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 4; Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, p. 320.

⁴⁹ Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

⁵⁰ Cfr. Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, *op. cit.*, p. 32.

El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

del delincuente sino también, e incluso especialmente, de la víctima.⁵¹

Efectivamente, ante la gravedad con la que se perciben por la opinión pública y por el Estado, los nuevos riesgos y las situaciones que éstos provocan, que generan, a su vez, una considerable sensación de inseguridad entre los ciudadanos, la reacción claramente constatable es la de acudir a la respuesta penal como forma de control que se considera la adecuada por su máxima severidad, así como necesaria por su hipotética efectividad. En este sentido, cuanto más grave sea el daño temido, más justificado se considera acudir al Derecho penal en su calidad de respuesta más dura del control social.⁵² El principal problema de esta cadena de acción-reacción es evidente: la realidad de la incapacidad e impotencia de garantizar la seguridad frente al delito por parte de las instituciones ante la demanda ciudadana, como afirma Brandariz García,⁵³ “... puede determinar, en una suerte de ejercicio autopoietico, el reforzamiento de esa demanda y de las soluciones a la misma por parte de las instancias públicas”, desembocando en una aún mayor presión e intensificación de la respuesta jurídico-penal ante posibles y/o presuntos peligros de procedencia indeterminada.

Sin embargo, todo lo dicho hasta el momento, no explica completamente la demanda de punición y la expansión, precisamente del Derecho penal; la razón de que dicha demanda se refiera específicamente a una protección jurídico-penal se debe en gran parte, probablemente, al descrédito de otras instancias de control social. Así, la sociedad no parece funcionar como instancia autónoma de moralización, de creación de una ética social que redunde en la protección de los bienes jurídicos. La evolución del Derecho

civil de un modelo de responsabilidad a un modelo de seguro, al margen de consideraciones sobre la negligencia y con un sistema de baremos con límites mínimos, no parece poder garantizar el cumplimiento de funciones preventivas; a ello se unen la burocratización y la corrupción administrativa que han provocado un descrédito de los instrumentos de protección administrativa. En este contexto, la protección penal aparece como único instrumento eficaz de pedagogía social, como mecanismo de socialización, no como *ultima ratio*, sometiendo el Derecho penal a cargos que éste no puede soportar.⁵⁴

Ante esta serie de características de la sociedad actual, la respuesta del Estado, frente a las continuas demandas encaminadas a la prevención y el control de los riesgos, desde la perspectiva de la *política criminal*, se vería delimitada por cuatro grandes notas:⁵⁵ 1) una notable ampliación de los ámbitos sociales objeto de intervención penal que abarcaría tanto las nuevas realidades sociales problemáticas, derivadas del surgimiento de nuevos riesgos de procedencia humana, o bien, y aquí radica en mi opinión una de las principales perversiones de esta tendencia, como pondré de manifiesto posteriormente, sobre realidades preexistentes cuya vulnerabilidad se habría potenciado;⁵⁶ 2) una concentración de los esfuerzos en la persecución de la criminalidad de los poderosos que hasta ese momento difícilmente entraban en contacto con la justicia penal; 3) la preeminencia otorgada a la intervención penal en detrimento de otros instrumentos de control social, con lo cual quedaría gravemente cuestionado el principio de subsidiariedad penal,⁵⁷ y 4) la necesidad de acomodar los contenidos del Derecho penal y procesal penal a las especiales dificultades

⁵¹ Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., p. 53. Obviamente, ello no tiene consecuencias en la comprensión del principio de legalidad, pues ni la reducción teleológica de los tipos ni la admisión de la analogía *in bonam partem*, totalmente coherentes desde una concepción del Derecho penal como garantía del delincuente frente al *ius puniendi*, pueden considerarse procedimientos inconstitucionales si se parte del Derecho penal como *Magna Carta* de la víctima, cfr. en particular, pp. 54 y 55.

⁵² Así, la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995 recoge esta tendencia a recurrir a la intervención penal, al afirmar que las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja suponen dar acogida a nuevas formas de delincuencia; en el mismo sentido, cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 20 y 21; Mendoza Buergo, *EL Derecho penal en la sociedad de riesgo*, op. cit., p. 36.

⁵³ Cfr. Brandariz García, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, op. cit., p. 51.

⁵⁴ Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 61-66.

⁵⁵ Cfr. Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, op. cit., pp. 4 y 5.

⁵⁶ Así, señala Díez Ripollés que “entre los sectores de intervención preferente habría que citar la fabricación y distribución de productos, el medio ambiente, los nuevos ámbitos tecnológicos como el nuclear, informático, genético..., el orden socioeconómico y las actividades encuadradas en estructuras delictivas organizadas, con especial mención de los tráfico ilícitos de drogas”, en “De la Sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, op. cit., p. 4.

⁵⁷ En este sentido, afirma Díez Ripollés que “la contundencia y capacidad socializadora del derecho criminal se consideran más eficaces en la prevención de tales conductas que otras medidas de política económica o social o que intervenciones llevadas a cabo en el seno de otros sectores jurídicos como el Derecho civil o el Derecho administrativo”, *ibidem*.

que plantea la persecución de esta nueva criminalidad, y en este punto es donde se plantea claramente la necesidad de reelaborar los criterios de legitimación de las instituciones jurídico-penales a fin de obtener una reinterpretación de las mismas que permita dar soluciones a las “nuevas” situaciones surgidas.

Sobre la base de los aspectos expuestos, el Derecho penal derivado de esa nueva orientación de la política criminal se sustenta sobre la base de los siguientes instrumentos:⁵⁸ a) recurso a la protección de bienes jurídicos universales o colectivos, ya que los sectores en los que esta nueva tendencia se concentra sólo en forma indirecta tienen que ver con el ciudadano de a pie, con el individuo, sino que se encuentran más orientados a la sociedad y las funciones sociales que deban cumplir, perdiendo de esta manera su principal referente individual; b) recurso a delitos de mera actividad y de peligro abstracto, que amplían enormemente el ámbito de intervención del Derecho penal al prescindir de la necesidad de demostrar la causalidad con el resultado lesivo; bastaría, por tanto, con probar la realización de la acción inculpada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el órgano judicial, ya que ha sido el motivo por el cual el legislador la ha tipificado;⁵⁹ c) anticipación desmesurada de la intervención penal, abarcando ámbitos del Derecho administrativo, civil o mercantil, y elevando a la categoría de delito lo que no son sino meros actos preparatorios, impunes hasta ese momento, y d) se produce una sustancial modificación y flexibilización en los criterios de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales, a fin de convertirlos en instrumentos válidos para dar respuesta a las nuevas exigencias sociales.

Evidentemente, estos cambios de ámbitos e instrumentos producen también cambios visibles en las funciones del Derecho penal, que así deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad, perdiendo con ello su posición en el conjunto del ordenamiento jurídico y aproximándose a las funciones del Derecho civil o administrativo. En relación con esto aparece la tendencia antes mencionada de utilizar el Derecho penal no como última, sino como primera o única *ratio*, haciéndolo intervenir, en contra del principio de subsidiariedad, siempre que parezca rentable políticamente; cambio que coincide con la pretensión de hacer del Derecho penal un instrumento de transformación y que se desarrolla, en un contexto de lucha total contra la criminalidad, en un clima favorable a la utilización del Derecho penal como instrumento eficaz para afrontar los modernos y graves problemas que amenazan a la sociedad.⁶⁰

Así, en lugar de respuesta al delito y retribución justa del mismo, se pone el acento en la prevención del delito futuro.⁶¹ Ello conduce a que, en relación con los fines de la pena, la prevención general positiva está alcanzando un gran número de defensores. Para Hassemer⁶² todas las variantes de esta teoría se caracterizan por el abandono de una consideración meramente empírica de la prevención directa. Ello da lugar a lo que se ha denominado “Derecho penal de prevención” (*Präventionsstrafrecht*).⁶³

De acuerdo con este planteamiento de las tendencias hacia las que se dirige el Derecho penal en la sociedad actual, y aprovechando el debate doctrinal originado por lo que, con anterioridad, se denominó

⁵⁸ En este sentido, *cfr.* Hassemer, “Crisis y características...”, *op. cit.*, pp. 639 y 640; el mismo, “Viejo y nuevo Derecho penal”, en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Muñoz Conde y Díaz Pita, Valencia, 1999, pp. 52-63; Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, *op. cit.*, pp. 68 y ss.; Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.; Martínez-Buján Pérez, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en Díez Ripollés, Romeo Casabona, Gracia Martín y Higuera Guimerá (eds), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 396 y ss.; Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, pp. 130 y ss.; Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...”, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁹ Así, afirma Cuerda Riezu que, al vivir en una sociedad de riesgo “si la pena se impone cuando ese peligro ya se ha verificado en la lesión de un bien jurídico, la consecuencia jurídica llega demasiado tarde; para conseguir los mayores efectos preventivos, es preciso situar la amenaza penal en un momento anterior, es decir, cuando se genera ese peligro. Puesto que mayoritariamente se considera que la tentativa del delito imprudente es impune, la única salida del legislador es tipificar de forma autónoma delitos de peligro”, *cfr.* “Contribución a la polémica sobre el delito publicitario”, *Estudio sobre consumo*, núm. 35, 1995, p. 72.

⁶⁰ *Cfr.* Hassemer, “Crisis y características...”, *op. cit.*, p. 641; el mismo, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, *op. cit.*, p. 38.

⁶¹ *Ibidem*, p. 641.

⁶² *Cfr.* Hassemer, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

⁶³ *Cfr.* Sánchez García de Paz, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Secretario de publicaciones e intercambio editorial, 1999, p. 96.

El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

“expansión del Derecho penal” surgen unas nuevas que ya habían sido insinuadas durante la discusión en torno a las demandas de la sociedad de riesgo,⁶⁴ a fin de incluir, dentro de los ámbitos de la “expansión”, algunos aspectos que poca o ninguna relación tenían con los riesgos procedentes de los avances tecnológicos y/o científicos, como es el caso de los delitos contra la libertad sexual, la violencia doméstica, y la delincuencia patrimonial convencional, o bien, otros sectores como la criminalidad organizada o el terrorismo, respecto a aquellos en que las facilidades de actuación que pudieran aportarles los avances de la sociedad tecnológica no era el aspecto más relevante,⁶⁵ incluso, como afirma Díez Ripollés, alguno de estos planteamientos pretendían incluir bajo el paraguas de la “expansión”, el presunto “riesgo” que “creaban con su misma existencia los ‘otros’, las personas excluidas del modelo de bienestar, como desempleados, inmigrantes, etcétera”.⁶⁶

De esta manera se pretende pasar, sin solución de continuidad, de la sociedad de riesgo a la sociedad de la seguridad ciudadana, amparándola bajo los mismos parámetros de justificación, en el sentido de la necesidad de que el Derecho penal haga frente a los nuevos retos que suponen los avances tecnológicos y a los riesgos que de ellos provengan. Sobre la base de este planteamiento, como afirma Díez Ripollés, las propuestas securitarias han obtenido “un plus de legitimidad dialéctica [...] por el hecho de haber tenido éxito en presentar sus iniciativas como un aspecto más del fenómeno de la expansión del Derecho penal vinculada a la consolidación de la moderna sociedad del riesgo”,⁶⁷ consiguiendo con ello disfrazar sus contenidos reales, esto es, que sus áreas de intervención no son nuevas, no suponen “nuevos riesgos” desconocidos por la sociedad hasta ese momento, sino que se refieren a la delincuencia clásica, y que la naturaleza de la intervención no radica en aportar soluciones a nuevos conflictos (entre otras cosas porque estos conflictos no son nuevos, sino que son los eternos conflictos, adecuadamente sobredimensionados por determinados sectores sociales y/o ideológicos y po-

líticos, y aderezados con la actuación de los medios de comunicación), sino en incrementar la presión y coerción penal sobre ámbitos ya tradicionalmente regulados y protegidos.

Se mezclan, de este modo, dos corrientes, no sólo totalmente diferentes, sino incluso contrapuestas, que se refieren a realidades sociales diferentes y que conllevan planteamientos ideológicos netamente diferenciados. En consecuencia, se hace preciso un juicio al respecto que permita delimitar y distinguir claramente ambas situaciones, tratando de evitar que se realicen equiparaciones conceptuales entre aspectos de cada una de ellas basadas en la indeterminación y equivocidad de alguno de los términos empleados para definirlos.

Así por ejemplo, la indeterminación del concepto nuclear de la sociedad de riesgo, esto es, el “riesgo” en sí mismo, permite que algunos autores incluyan en él los conflictos derivados de la marginalidad social, de la inmigración, de la “criminalidad callejera”, esto es, la criminalidad de los socialmente excluidos, afirmando que constituye la “dimensión no tecnológica” de la sociedad de riesgo.⁶⁸ De este modo, la anticipación de la intervención penal se justifica tanto respecto de la necesidad de reaccionar frente a las nuevas formas de criminalidad (aspecto claramente identificable de la sociedad de riesgo) como de la *urgencia* de actuar contra la desintegración social y la delincuencia habitual que originan los marginados sociales, considerando esta última actuación como un exponente más de la expansión que exige la nueva sociedad de riesgo.⁶⁹ Sobre esta base, la equiparación en el concepto de riesgo permite asimismo una equiparación entre el sentimiento de inseguridad ante los riesgos derivados de los avances científicos y/o tecnológicos, y el *sentimiento de inseguridad callejera* derivado del miedo a ser víctima de un delito en la vida cotidiana.⁷⁰

Con estos planteamientos se está tratando de legitimar una tendencia político-criminal que responde a unos fundamentos esencial y radicalmente distintos de los que se derivaban de la *sociedad de riesgo*, iden-

⁶⁴ Cfr. Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁵ Cfr. Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, *op. cit.*, pp. 113 y 159 y ss; Díez Ripollés, *ibidem*; Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales...”, *op. cit.*, p. 302.

⁶⁶ Cfr. Díez Ripollés, *ibidem*.

⁶⁷ Cfr. Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

⁶⁸ Cfr. Silva Sánchez, *Expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁹ Cfr. Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*.

tificando dos fuentes de riesgo completamente distintas (los riesgos tecnológicos y los de la delincuencia habitual y/o violenta) tanto en su origen como en los sujetos que intervienen, en la naturaleza de los comportamientos y en las consecuencias perjudiciales que se producen.⁷¹ Con esta identificación se permite tratar de igual manera dos fenómenos absolutamente diferentes, como pueden ser la criminalidad organizada de extranjeros, en la que el elemento estructural es nuclear a la misma, y, la criminalidad de inmigrantes derivada de su inestabilidad y carencia económica; pero es más, se permite tratar de igual modo la criminalidad de los poderosos, radicada generalmente en los “nuevos ámbitos del Derecho penal” (esto es, orden económico, medio ambiente, etc.) con la criminalidad de la marginalidad social, usualmente radicada en el ámbito patrimonial.

Los “nuevos riesgos” a los que se refería la discusión en torno al “Moderno Derecho penal” o a la “expansión” de éste, radicaban en esos nuevos ámbitos de intervención, en los que hasta ese momento el Derecho penal poco o nada había tenido que decir; criminalidad que se centraba normalmente en el ámbito de los “poderosos”, de aquellos que tenían acceso a los medios, instrumentos y/o tecnologías necesarias para verificarlos. De este modo, con la “expansión del Derecho penal” se pretendía luchar contra este tipo de criminalidad, evitando la impunidad con la que muchas veces se actuaba en estos ámbitos. Ello nada tiene que ver con el momento actual. Basta una mera lectura de las reformas penales de los últimos tiempos para poder constatar que no es éste el sector hacia el que van dirigidas. Por el contrario, la intervención penal responde a las demandas sociales actuales, que lo que reclaman son actuaciones más enérgicas contra la delincuencia clásica, la procedente de la marginalidad social y económica, la que produce una sensación de inseguridad en el ac-

tuar cotidiano de las personas; muy lejos de aquellos atentados contra el medio ambiente o maquinaciones de ingeniería financiera que entran en los ámbitos de discusión del moderno Derecho penal. Como afirma Díez Ripollés, “las identificaciones sociales de las mayorías ciudadanas con las víctimas de la delincuencia no parecen conducir a una reacción frente a los poderosos y su criminalidad”.⁷²

Llegamos con ello al núcleo del problema. El Derecho penal en la actualidad ha dejado de responder a las demandas de “expansión” características de una sociedad de riesgo, en la que se hacía necesaria una ampliación de los ámbitos y modos de intervención del Derecho penal a fin de dar respuesta a los nuevos riesgos procedentes de los avances tecnológicos de una sociedad, para pasar a una “intensificación” del mismo, como respuesta a una mayor intervención del Derecho penal en los ámbitos tradicionales mediante una restricción de derechos y garantías fundamentales en pro de una “¿mayor?” seguridad,⁷³ contra una delincuencia que se encuentra incorporada a los textos penales desde hace largo tiempo, y recurriendo para ello a un incremento desmesurado de las penas, a un adelantamiento de la intervención penal, a una modificación y flexibilización de las instituciones clásicas.

Simplemente con leer las reformas penales que se han verificado en los últimos años, podemos fácilmente constatar el cambio de ámbitos de intervención del mismo, prácticamente abandonando los relativos a los “nuevos riesgos” (orden económico, medio ambiente) para centrarse en los derivados de la delincuencia tradicional. Así, se pueden identificar tres grandes bloques de comportamientos sobre los que esencialmente incide esta nueva tendencia de intervención penal:⁷⁴ 1) *la delincuencia organizada*, que se concentra fundamentalmente en tres ámbitos: el narcotráfico, el terrorismo y, más recientemente, el

⁷¹ La diferencia entre ambas concepciones la pone de relieve Mendoza Buergo, “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad de riesgo”, en Agra, Domínguez, García Amado, Hebberecht Recasens (eds.), *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003, pp. 72 y 73, n. 16, donde diferencia entre *seguridad técnica*, ligada a la consecución de cotas de seguridad en relación con los riesgos también llamados tecnológicos, por su relación con el avance y utilización de nuevas tecnologías, y la tradicionalmente llamada *seguridad pública* o *seguridad interior*. En el mismo sentido, *cf.*: Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 11.

⁷² *Cf.*: Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad pública”, *op. cit.*, p. 12; también, Martínez Buján Pérez, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch*...”, *op. cit.*, p. 410.

⁷³ A este respecto, Díez Ripollés habla de expansión “extensiva” e “intensiva”, refiriéndose esta última a la que se encamina al incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica. *Cf.*: “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁴ La determinación de los bloques de intervención que señalo es la que fue realizada por Silva Sánchez, Felip Saborit, Robles Planas y Pastor Muñoz, “La ideología de la seguridad en la legislación española presente y futura”, en *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, *op. cit.*, p. 113 y ss.

El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

tráfico de seres humanos;⁷⁵ 2) la *criminalidad individual grave*, identificada con la de naturaleza violenta y/o sexual que afecta a bienes jurídicos individuales clásicos (vida, integridad física y/o psíquica, libertad sexual, e incluso patrimonio) y ya ampliamente protegidos por los textos penales desde hace tiempo, y 3) la *delincuencia leve*, que se centra en los ámbitos de *marginalidad, inmigración y exclusión social*, que se refiere a la comisión reiterada de infracciones patrimoniales de carácter leve en los que, en muy pocas ocasiones, concurren hechos violentos.

La pregunta es inmediata: ¿en qué responden los ámbitos mencionados a las características descritas de la “expansión del Derecho penal”? La respuesta, igual de inmediata: en nada. En ninguno de los bloques expuestos los avances técnicos y/o científicos constituyen la esencia fundamental de la producción de riesgos que se derivan de estos comportamientos y que son típicos de la sociedad tecnológica y globalizada. De lo que se trata con esta *intensificación*, es de incrementar las reacciones penales respecto de la delincuencia tradicional, en una sociedad en la que cada vez más se está alejando al delincuente de su consideración de miembro de la misma, considerándolo algo distinto, por cuanto ni responde a las normas sociales, ni a las tradicionales reacciones penales contra la infracción; de este modo, el único camino que queda es intensificar la reacción penal, hasta el punto de inocular el peligro que suponen para la sociedad. Y en este punto surge la conexión con el último de los ámbitos de intervención enumerados, donde la gravedad del comportamiento es prácticamente inexistente, pero sí la *potencial peligrosidad* que los sujetos que *habitualmente* realizan este tipo de comportamientos suponen para la sociedad, al haberse posicionado en un *modus vivendi* contrario al respeto y cumplimiento de las normas, es decir, al haberse *situado en una contravención permanente del ordenamiento jurídico*. Con ello, la *peligrosidad* y su control pasan a primer

término de los intereses y metas de la política criminal actual, en un intento de excluir de la sociedad a quienes han optado por una forma de vida contraria al Derecho, y justificar, de esta manera, el rigor de las intervenciones penales que se realicen.

Se trata de inocular a determinados tipos de delincuentes (aquellos que se consideran más *peligrosos* para la sociedad) y si para ello es necesario despojarles de los derechos y garantías de los miembros de una sociedad, no hay inconveniente. Se pierde con ello la condición de ciudadano, por cuanto su propio comportamiento es lo que le autoexcluye de su entorno social, y si no respeta las normas de convivencia, tampoco tiene derecho a disfrutar de los beneficios que de ella se deriven.

Éste es el discurso elaborado principalmente por Jakobs,⁷⁶ en el cual se contraponen los conceptos de ciudadano e individuo, y según el cual, al individuo que se muestra peligroso (y la valoración de lo que sea peligroso será realizada *ad hoc* dependiendo de las distintas ideologías y épocas) hay que tratarlo como enemigo social y, consecuentemente, privarle del estatus de ciudadano a causa de su tendencia a persistir en el delito.⁷⁷

Efectivamente, Jakobs sostiene que el Derecho penal va dirigido a ciudadanos, a aquellos individuos respecto de los cuales existe una expectativa de comportamiento que cumple las normas establecidas por la sociedad, que se constituye en sujeto de derechos y deberes y que mantiene una actitud de fidelidad al ordenamiento jurídico; si, excepcional o puntualmente, estos ciudadanos infringiesen la norma y, consecuentemente, defraudasen las expectativas normativas al respecto, la pena señalada por el ordenamiento jurídico cumple la función de *reafirmar la vigencia de la norma infringida*. Por el contrario, aquellos individuos que debido a *su actitud personal*, a su *modus vivendi*, a su incorporación a organizaciones delictivas, manifiestan una disposición reiterada y duradera a delinquir, de-

⁷⁵ Sin embargo, tal como afirma Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 15, son fácilmente incluidos dentro de estos supuestos los casos de blanqueo de capitales, e incluso las conductas de corrupción administrativa o empresarial, aunque sus posibilidades de comisión son muy variadas y no siempre precisan del elemento estructural, o la producción y difusión de pornografía infantil. *Cfr.* especialmente la nota 40.

⁷⁶ Hay que poner de relieve la innegable evolución que ha tenido este autor en esta materia, representada fundamentalmente por tres hitos principales en su obra, así “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997; “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft von den Herausforderungen der Gegenwart”, en Eser, Hassemer y Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, C.H. Beck, 2000, con versión en español, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004, y Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs y Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

⁷⁷ *Cfr.* Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, pp. 25-33.

fraudando así persistentemente las expectativas normativas formuladas por el Derecho, e incumpliendo las exigencias del contrato social, deben ser excluidos de la sociedad, en tanto que son *enemigos* de la misma; por ello, el Derecho penal que les resulta aplicable nunca puede ser el mismo que para los *ciudadanos*, sino otro distinto encaminado a neutralizar su peligrosidad, obviamente a costa de la reducción o eliminación de sus derechos y garantías, donde la pena persigue su inocuización y mantenerlo fuera de la sociedad,⁷⁸ y con ello se produce el regreso a nociones que no nos son desconocidas pero que afortunadamente habían quedado desterradas del discurso penal.⁷⁹ Entre los ámbitos a los que debe aplicarse este planteamiento se incluyen el terrorismo, el narcotráfico, la delincuencia organizada en general, la delincuencia sexual, la delincuencia habitual y toda delincuencia grave.

Claramente, estos ámbitos de intervención se corresponden perfectamente con los que anteriormente señalábamos como prioritarios en la *intensificación* del Derecho penal procedente de las propuestas securitarias, donde se produce un importante cambio de paradigma en la estructuración del Derecho penal. Efectivamente, se abandona el Derecho penal basado en la valoración del hecho realizado (el *Derecho penal del hecho*, que constituyó uno de los principales logros en la evolución del Derecho penal, y en el reconocimiento de los derechos y garantías de los ciudadanos) para basarse (nuevamente) en la persona del delincuente, esto es, un retorno al *Derecho penal de autor*.⁸⁰ en el que lo relevante es la actitud de permanente desprecio hacia el ordenamiento jurídico.⁸¹

IV. La seguridad ciudadana y el Derecho penal del enemigo

Desde el planteamiento expuesto, es evidente que el asunto de la *seguridad ciudadana* ha supuesto un

importante problema en el ámbito del Derecho penal desde hace largo tiempo, pero también resulta innegable que se ha acentuado intensamente en los últimos años, sobre todo desde el 11-S, momento a partir del cual se produce una creciente presión sobre los gobiernos, y, lógicamente, sobre los legisladores, a fin de que ofrezcan soluciones rápidas y adecuadas que eliminen la sensación de inseguridad e impunidad que emana de la sociedad en general. Se requiere, con ello, un mayor intervencionismo estatal y una mayor injerencia en los ámbitos individuales de los ciudadanos, lo que permite incluso la quiebra y lesión de las garantías legales y constitucionales, en aras de lograr la pretendida solución a este tipo de situaciones.

En este ámbito, toda modificación o reelaboración de las construcciones dogmáticas tradicionales son bien vistas, siempre y cuando sirvan, al menos en el plano teórico, para aportar una efectiva salida al conflicto, para dar seguridad a la sociedad que la reclama y para eliminar o “inocuar” cualquier fuente de peligro para la misma. En definitiva, se observa una tendencia creciente hacia lo que Jakobs ha denominado “Derecho penal de enemigos”,⁸² en virtud del cual, el “legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico”.⁸³

Es evidente la transformación que, en relación con este concepto, se ha producido en los últimos años, esencialmente en la posición del propio Jakobs, quien pasa de una mera descripción, crítica incluso, de la existencia de este “Derecho penal de enemigos”, considerándolo algo excepcional e incompatible con el Estado de las libertades⁸⁴ a una abierta admisión e

⁷⁸ Cfr. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *passim*; el mismo, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en VVAA, *Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia, 1999, Estudios de Derecho Judicial*, 20, Madrid, 2000, p. 140; *vid.* una exposición más detenida al respecto en Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, pp. 19-21; Muñagorri Laguía, “Acerca de las reformas del 2003 al Código Penal español”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2003, p. 242.

⁷⁹ Cfr. Muñoz Conde, “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, *DOXA*, núm. 15/16, 1994, pp. 1031 y ss.

⁸⁰ Cfr. Cancio Melia, “¿Derecho Penal del enemigo?”, en Jakobs y Cancio, *Derecho Penal del enemigo*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

⁸¹ A este respecto, afirma Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 21, n. 57, que “se puede afirmar de una lectura cuidadosa de Jakobs [...] que su construcción del Derecho penal del enemigo no se edifica sobre el delincuente reincidente o habitual, sino sobre el individuo que rechaza de forma persistente el ordenamiento jurídico y muestra así su disponibilidad a delinquir, quizás plasmada ya en algún comportamiento delictivo. Ello no obsta a que en algunos pasajes tienda a referirse a la habitualidad delictiva”.

⁸² Cfr. Jakobs, “La autocomprensión del Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

⁸³ Cfr. Muñoz Conde, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005, p. 25.

⁸⁴ Cfr. Jakobs, “Criminalización en un estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *op. cit.*, pp. 322 y 323.

El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

incluso legitimación del mismo, concibiéndolo como algo inevitable y necesario para mantener la “seguridad cognitiva” y reafirmar la confianza de los ciudadanos en la validez y eficacia de la norma penal, llegando a admitir que “no hay alternativas a ese Derecho penal del enemigo”.⁸⁵

Desconozco si Jakobs ha sido consciente o no de la trascendencia que ha tenido su postura, incluso desconozco si fue el planteamiento el que influyó en el devenir legislativo o si, por el contrario, la clara tendencia intensificadora en el ámbito penal del legislador fue la que provocó el desarrollo y legitimación del Derecho penal del enemigo. No sé si fue antes el huevo o la gallina, y quizás sea un problema irresoluble. Pero lo que sí resulta claro es que ambos se retroalimentan, y de una manera tan marcada que cada vez es más evidente el reflejo que este “Derecho penal” y sus características tienen en nuestras legislaciones.

Y también son notorias las numerosas críticas que este planteamiento ha tenido desde prácticamente todos los sectores doctrinales, advirtiendo del peligro que la admisión del mismo representaba para el Estado

de Derecho y para una concepción liberal, humana y democrática del Derecho penal,⁸⁶ basada esencialmente en la imprecisión conceptual que implica esta concepción, y sobre todo su incompatibilidad con principios básicos y esenciales del Derecho penal, como el de proporcionalidad, culpabilidad, igualdad, etc.,⁸⁷ llegando a afirmar Roxin que el concepto de *Feindstrafrecht* debe rechazarse tanto cuando se utilice como concepto puramente descriptivo, como denunciatorio crítico, o como afirmativo legitimador.⁸⁸

En este punto, la importancia de este “Derecho penal del enemigo” radica en que este Derecho penal excepcional, que obviamente resulta contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y declaraciones internacionales de derechos humanos, se está introduciendo en forma notoria en las legislaciones de los Estados democráticos de Derecho que, en principio, acogen en sus ordenamientos jurídicos los principios básicos e inspiradores del Derecho penal material en todo Estado de Derecho (legalidad, culpabilidad y, principalmente,

⁸⁵ Cfr. Jakobs, “La autocomprensión del Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 53 y ss; y también, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.* En el planteamiento de Jakobs se ofrece la siguiente fundamentación “Los enemigos no son efectivamente personas (Feinde sind aktuell Unpersonen)”, p. 60. Algunos autores consideran que Jakobs emplea el concepto de persona como equivalente de sujeto de Derecho, subsistema psicofísico de imputación dentro del sistema, y que es esta cualidad la que dejarían de tener aquellos que se colocan de manera permanente al margen del sistema y atacan las bases fundamentales del mismo. Cfr. Portilla Contreras, “El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Bacigalupo*, Madrid, 2004, t. II, pp. 696 y ss. Sin embargo, lo cierto es que Jakobs se ha reafirmado en la necesidad de admitir el Derecho penal del enemigo, con este u otro nombre, como algo inevitable a lo que tiene que recurrir una sociedad en casos extremos para mantener su seguridad. Así, afirma categóricamente que “quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento persona; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar como un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero, a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”. Cfr. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”; *op. cit.*, pp. 55 y ss. En mi opinión, su postura no puede ser más clara.

⁸⁶ Cfr. Muñoz Conde, quien afirma que “en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano ni el ‘enemigo’ ni nadie puede ser definido como no persona”, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, 2000, p. 75; el mismo, *De nuevo sobre...*, *op. cit.*; el mismo, “Comentarios a los Congresos...”, *op. cit.*, pp. 336 y 337; Ambos, “Feindstrafrecht”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, núm. 124, 2006, pp. 1 y ss.; incluso ha llegado a equipararse el Derecho penal del enemigo con el retorno a ideas nazis, así Gerber, “Direito penal do inimigo”, *op. cit.*, p. 253, quien afirma: “...en el campo del Derecho, el que más encuentra en el ‘nazifascismo’ (expresión literal del autor) sus puntos de identidad es el denominado Derecho penal del enemigo”.

⁸⁷ Cfr. Muñoz Conde, “Comentarios a los Congresos...”, *op. cit.*, p. 337.

⁸⁸ Cfr. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed. Múnich, 2006, pp. 55 y ss.; también Muñoz Conde afirma que “en la medida en que el planteamiento funcionalista de Jakobs también sea compatible con sistemas dictatoriales, brutalmente negadores de los derechos humanos más elementales, está claro que, desde el punto de vista de una concepción político-criminal característica de un Estado de Derecho, debe ser rechazado, porque convierte a la Dogmática jurídico-penal en un instrumento de legitimación de dichos sistemas, cuando no en cómplice servil de sus excesos”, *cfr. Edmund Mezger y el Derecho penal...*, *op. cit.* Pero incluso admitiendo el planteamiento del Derecho penal del enemigo como inevitable e incompañable, puesto que son muchos los ordenamientos jurídicos en los que se pueden encontrar ejemplos normativos inspirados en esta concepción belicista del Derecho penal como medio de lucha contra el enemigo, surge de inmediato la cuestión formulada por Eser en el Coloquio celebrado en Berlín en octubre de 1999: “Esta frialdad que se deduce de la concepción del delito reducida a la lesión normativa asusta aún más, cuando se contraponen el frente construido por Jakobs entre un ‘Derecho penal del ciudadano’ respetuoso del Estado de Derecho y un ‘Derecho penal del enemigo’ emanado del poder estatal. Enemigos como ‘no personas’, es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho, cualesquiera que sean los criterios que se utilicen para determinar quien es ‘ciudadano’ y quien ‘enemigo’. ¿Quién puede decir realmente quien es el buen ciudadano o el mayor enemigo?, ¿el que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer

las garantías procesales penales como presunción de inocencia y/o debido proceso, etc.).⁸⁹ Resulta altamente preocupante que, cada vez con mayor frecuencia, pueda constatarse en los Estados modernos un aumento de leyes y actuaciones gubernativas que claramente se pueden incluir en el concepto de “Derecho penal de enemigo” que representan “no ‘la fortaleza del Estado de libertades’ sino su debilitamiento o su inexistencia”.⁹⁰ Lo que no debe ni puede olvidarse es que una *seguridad cognitiva total* no puede nunca ser garantizada por ningún sistema, sea del tipo que sea; se podrán alcanzar niveles de seguridad más o menos elevados, pero tratando siempre de que sean compatibles con los derechos y garantías constitucionales. Son dos extremos difíciles de equilibrar; pero si, como señala Muñoz Conde,⁹¹ “... la balanza se inclina descaradamente y sin ningún tipo de límites a favor de la seguridad cognitiva, la consecuencia inmediata será la paz, pero la paz de los cementerios. Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo”.

Un planteamiento de este tipo, encuadrado en nuestros ordenamientos jurídicos, permite componer un escenario en el que cada uno puede incorporar los

hechos y actores que quiera, simplemente calificando a todo aquel que incluya en el mismo como enemigo, o tal como lo ha definido el gobierno del presidente Bush, “enemigo combatiente”, “arrojándolo al fuego eterno de la marginación social y jurídica, en un estado intermedio entre el de una simple cosa, un animal, y la mera corporalidad como ‘corpus nudo’, desprovisto de todo derecho, probablemente incluso del derecho más elemental a la vida e integridad física. Detrás de eso puede venir, aunque a Jakobs no le guste y seguramente lo rechace, Guantánamo, Abu Craig, la tortura como medio legítimo de obtención de pruebas, las Comisiones militares, la supremacía del derecho a la defensa, y como corolario de todo ello la pena de muerte”.⁹² Lógicamente, todo este planteamiento y renuncia a los principios más básicos, sólo se aplicará a los denominados “enemigos” (sean éstos quienes sean),⁹³ para el resto sigue vigente el Estado de Derecho con todos sus principios y garantías, configurando una especie de “Derecho penal del ciudadano” que resultaría aplicable a aquellos que respetan las normas y el Derecho, o incluso a quienes accidental y esporádicamente se apartan del mismo⁹⁴ (quizás podamos apreciar en los distintos escándalos financieros y económicos de los últimos años, que los actores de los mismos, sólo se apartan del Derecho en

sistemas jurídicos, por muy coherentes que *puedan* ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se pueden derivar y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica”. Cfr: Eser, “Consideración final de Albin Eser”, traducción de M^a del Carmen Gómez Rivero, en Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004, p. 472.

⁸⁹ Cfr. Muñoz Conde, *De nuevo sobre...*, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁰ Cfr. Muñoz Conde, “Comentarios a los Congresos...”, *op. cit.*

⁹¹ Cfr. Muñoz Conde, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 111.

⁹² Cfr. Muñoz Conde, “Comentarios a los Congresos...”, *op. cit.*, Señala Brandariz García, “Itinerarios de evolución del sistema penal...”, *op. cit.*, p. 59, que “el ejemplo más gráfico de la cultura de la emergencia, en su contemporánea versión de gestión del control social del enemigo, es la imagen de los ‘prisioneros’ de Guantánamo, donde desde enero de 2002 se hacían en condiciones inhumanas, pero espectacularizadas con la intención para transmitir mensajes de seguridad y —al tiempo— de alarma, más de seiscientas personas sin rostro de diversas nacionalidades (entre ellos, el español H.A. Ahmed), en una situación de no-Derecho, en una zona ajena a la legalidad, sin acusación formal, sin derecho de defensa, sin plazo, sin control judicial, sin estatuto de reclusos ni de prisioneros de guerra, reducidos a una condición subhumana de no-personas”.

⁹³ Afirma contundentemente Faraldo Cabana que “en la definición del ‘enemigo’ se cae en la utilización de un lenguaje pseudo-religioso que está arrinconando el significado militar del término, que fue preponderante en otros momentos históricos. La concepción simbólica del concepto se ha utilizado en diversos frentes: en las dictaduras argentina y chilena la caracterización de los disidentes como ‘enemigos internos’ permitió apuntalar la doctrina de la seguridad nacional y la represión; en la lucha contra el cultivo de droga en los países iberoamericanos la noción de enemigo permite justificar el empleo de medios militares en una situación que no es de guerra, entendido este concepto de acuerdo con el Derecho internacional”. Cfr: “Un Derecho penal de enemigo para los integrantes de organizaciones criminales...”, *op. cit.*, pp. 310 y 311; lo mismo lo puso de manifiesto Cancio Melia, “¿Derecho penal del enemigo?”, *op. cit.*, pp. 87 y 88. El concepto de ‘enemigo’ se remonta a la distinción romana entre *inimicus* y *hostis*, donde éste último era el verdadero enemigo político, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como la negación absoluta del otro ser o la realización extrema de la hostilidad. El *extranjero*, el *extraño*, el *enemigo*, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba fuera de la comunidad, cfr: Zaffaroni, *El enemigo en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁴ Afirma Muñoz Conde, “Comentarios a los Congresos...”, *op. cit.*, p. 338, n. 10, que “no cabe excluir que a fuerza de expansionarse en esta dirección, todo el Derecho penal termine por convertirse en un Derecho penal de enemigo, considerando como tal a todos los delincuentes”. Aspecto que ya advirtió Hassemer, “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz”, en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Díaz Pita y Muñoz Conde, Valencia, 1999.

El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

forma “accidental y esporádica”. Obviamente, resulta “accidental y esporádica” la actuación de todos los implicados en el “caso Malaya” de corrupción y fraude inmobiliario en Marbella, y precisamente por ello, deben ser considerados y tratados como ciudadanos con todos sus derechos y sus respetadas estrictamente garantías. Caso distinto es el que ha cometido múltiples pequeños hurtos para poder mantenerse junto con su familia, y que obviamente debe ser tratado como enemigo por cuanto ha renunciado a respetar la norma, al convertir el comportamiento delictivo en su *modus vivendi*, incluso aceptando que es el único *modus* de vivir que le ofrece la sociedad).⁹⁵

A pesar de todo lo dicho, es innegable que el 11-S supuso un antes y un después en los planteamientos de seguridad de los Estados, planteamientos que tienen su reflejo en las legislaciones y, más concretamente, en aquellas que impliquen la posibilidad de una mayor coerción de los derechos y libertades de los individuos en aras de una pretendida mayor seguridad. Obviamente, el Derecho penal constituye el mejor campo de cultivo de este tipo de planteamientos, donde la fuerza de los instrumentos de control estatales permite la mayor restricción y vulneración de los ámbitos de libertad de los ciudadanos, e incluso, paradójicamente, de los de seguridad, que ahora no se va a ver vulnerada por sus semejantes sino por el aparato estatal.

Pero analicemos las distintas características del Derecho penal del enemigo a fin de constatar su filtración en las diversas reformas penales que se han originado en los últimos años. En primer lugar, como ya se ha señalado, quizás lo más característico del Derecho penal del enemigo sea que lo relevante para el mismo no es el concreto hecho delictivo cometido, sino la “actitud del autor”, la “inclinación o tendencia al delito” o, incluso, la “peligrosidad criminal” que

podría tener.⁹⁶ De este modo, Jakobs afirma que “el enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual ‘peligroso’ según el §20a del Código penal alemán) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo ‘complot de asesinato’) es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra ese déficit a través de su comportamiento”.⁹⁷ En definitiva, como acertadamente señala Zaffaroni,⁹⁸ el núcleo esencial del diferente trato respecto del “enemigo” radicaría en que el Derecho “le niega la condición de persona y sólo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino”. Precisamente, la consideración como *enemigo* (no-persona), que implica la posibilidad de privarle de determinados derechos individuales, es la primera incompatibilidad y quebrantamiento de los principios de un Estado de Derecho.

En segundo lugar, se caracteriza por un amplio adelantamiento de la punibilidad, de manera que la perspectiva del ordenamiento jurídico pasa a ser prospectiva, tomando como referencia el potencial hecho futuro, en lugar del tradicional punto de vista retrospectivo, el hecho ya cometido.⁹⁹ Un claro reflejo de ello es la elevación a la categoría de delito autónomo, lo que no son sino meros actos preparatorios hasta ese momento impunes en la mayoría de los casos y estableciendo la intervención penal en supuestos alejados, incluso, de la puesta en peligro del bien jurídico.

⁹⁵ Fiel reflejo de esto es la modificación del delito hurto, y de otros en similar sentido, realizada por la reforma de 2003, en la que aplicando la técnica importada de Estados Unidos de “*three strikes and you’re out*”, se establece que la comisión de cuatro faltas de hurto se elevan a delito de hurto, con lo que se está relegando la valoración del desvalor de resultado, característico de la falta, para pasar a tener en consideración exclusivamente al autor, su forma de vida, las características de su personalidad.

⁹⁶ Así, Muñoz Conde, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 37, afirma que “la primera observación que se puede hacer a Jakobs es que su ‘Derecho penal del enemigo’ recuerda mucho al ‘Derecho penal de autor’ que propugnaron los penalistas nazis”. El Derecho penal del enemigo, al fijar sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho penal del hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como “Derecho penal de autor”, cfr. Demetrio Crespo, “El Derecho penal del enemigo *Darf nich sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado ‘Derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, *Revista General del Derecho penal*, núm. 4, noviembre de 2005, www.iustel.com, pp. 15 y ss.

⁹⁷ Cfr. Jakobs, “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal”, op. cit., p. 59.

⁹⁸ Cfr. Zaffaroni, *El enemigo en Derecho penal*, op. cit., p. 18.

⁹⁹ Cfr. Cancio Melia, “Seguridad ciudadana y Derecho penal del enemigo”, Xunta de Galicia, en *Retos de la política criminal actual*, *Revista Galega de Seguridade pública*, segunda época, núm. 9, p. 58.

En tercer lugar, un incremento desmesurado e injustificado de las penas a aplicar, estableciendo penas draconianas para supuestos en los que ni la gravedad y desvalor de la acción ni los del resultado las justifican en forma alguna, y, especialmente, en relación con el aspecto anterior, sin tener en cuenta la anticipación de la barrera de intervención penal a fin de ponderar adecuadamente la pena impuesta.

Y, en cuarto lugar, la supresión, recorte o relajación de determinadas garantías procesales individuales, que reflejan claramente la configuración del delincuente como enemigo, al cual no se le reconocen los mismos derechos que a aquellos que respetan el ordenamiento jurídico, y ostentan, por tanto, la condición de ciudadanos.¹⁰⁰

Sobre la base de todo lo expuesto hasta el momento, es decir, que las características del Derecho penal del enemigo son, en mi opinión, absolutamente incompatibles con los postulados y elementos estructurales del Derecho penal propio de un Estado de Derecho, y cuya legitimidad en un Estado de Derecho me parece inaceptable desde todo punto de vista.¹⁰¹

Como se verá, las últimas reformas penales que se han producido en nuestro país, y en muchos otros de nuestro entorno jurídico, responden a algunas (si no a todas ellas) de las características descritas. Se potencia el reproche de los comportamientos basándose en las características personales del autor, se produce un incremento desmesurado de las penas, y se incide esen-

cialmente en ámbitos que, o bien ya estaban regulados en los textos penales, o bien constituían actos previos y preparatorios, en los que la intervención penal no encontraba justificación.

V. Las reformas penales y el Derecho penal del enemigo

Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, que inicialmente fue concebido como el “Código penal de la democracia” para dar solución a todos los nuevos conflictos jurídico-penales surgidos desde el respeto de los principios básicos de un Estado de Derecho, han sido numerosísimas las reformas que ese texto ha sufrido. De hecho, ostenta el, en mi opinión, nada loable récord de haber sido el más modificado en el menor lapso; y ello nos obliga a plantearnos una importante diatriba: o muy defectuosa fue su redacción inicial, o algo está ocurriendo en la sociedad y en los poderes públicos que acelera la “¿necesidad?” de reforma, un texto que responde a una realidad tan reciente. Creo que a lo largo de estas páginas he dejado claro que considero correcta la segunda de las respuestas.

En el breve análisis que aquí se efectuará solo se tendrán en cuenta las reformas más recientes, porque de otro modo sería inabarcable, y para ello se hará referencia a algunas de las que se han realizado desde principios de 2003¹⁰² (muchas veces reformando

¹⁰⁰ Todas estas características ya han sido puestas de relieve por la doctrina, así Jakobs, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 53 y ss; Cancio Melia, “¿Derecho penal del enemigo?”, *op. cit.*, p. 37; Gracia Martín, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, núm. 07 de febrero de 2005, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, pp. 9 y ss; Demetrio Crespo, “El Derecho penal del enemigo *Darf nich sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, *Revista General del Derecho penal*, núm. 4, noviembre de 2005, www.iustel.com, p. 13.

¹⁰¹ Afirma Cancio Melia, “Seguridad ciudadana y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 59, que el Derecho penal del enemigo existe en las legislaciones de nuestro entorno, “supone una especie de usurpación del rótulo del Derecho penal” y constituye algo nuevo y distinto del Derecho penal. Sin embargo, coincide plenamente con Muñoz Conde cuando afirma que negar al Derecho penal del enemigo el carácter o, incluso, el nombre de “Derecho penal” no clarifica la postura, ya que no es un problema de nombres o etiquetas, sino de contenidos, y que “será Derecho penal, pero un Derecho penal del que hay que salir corriendo”. *Cfr.* Muñoz Conde, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 111 y 112.

¹⁰² Entre las reformas realizadas desde el 1º de enero de 2003 pueden señalarse las siguientes: LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales; LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, reforma que alcanzó a 182 preceptos, si bien muchos de ellos constituyen una revisión parcial a fin de adaptarse a la introducción del euro; LO 20/2003, de 23 de diciembre (un mes después) de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal, donde se introducen tres nuevos preceptos: el artículo 506 bis (convocatoria “ilegal” de elecciones y referéndums), 521 bis (facilitar, promover o asegurar los descritos en el art. 506 bis) y 576 bis (financiación “ilegal” de asociaciones o partidos disueltos o suspendidos), derogados (afortunadamente) por el actual Gobierno por LO 2/2005, de 22 de junio de modificación del Código Penal al reconocer en su Exposición de Motivos que “las conductas recogidas en estos tipos penales no presentan las notas exigidas para proceder a su incriminación. La Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico ya cuentan con los instrumentos suficientes y adecuados para asegurar el respeto a la legalidad y a las instituciones democráticas y garantizar la convivencia pacífica de todos los ciudadanos”; LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la

El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

nuevamente lo que ya de modo previo había sido reformado).¹⁰³ Al margen de la irracionalidad y el atentado a la seguridad jurídica (entre otros principios) que muchas (si no la mayoría) de estas reformas puedan implicar, lo cierto es que responden a las características del Derecho penal de la seguridad que se ha apuntado previamente; en ellas, el legislador se hace eco de las demandas sociales de una mayor seguridad, legislando a impulsos en materias que, presuntamente, implican alarma social. De hecho, la gestión estatal de la seguridad/inseguridad se caracteriza por el endurecimiento del control social como respuesta a la alarma social; endurecimiento que se manifiesta mediante reformas jurídicas de mayor corte represivo.

Señalaba que en estas propuestas de seguridad ciudadana, los ámbitos de donde procedían los “riesgos” y, consecuentemente, donde se exigía una mayor intervención del Estado, se centraban en la delincuencia organizada, la delincuencia violenta y/o sexual, y la delincuencia habitual,¹⁰⁴ y, curiosamente, éstos son los ámbitos a los que se refieren las reformas realizadas. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, afirma que “la sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar”, o la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (ya la

propia denominación de la Ley es clara al respecto) donde se afirma que “la realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada”.¹⁰⁵

Y esa intervención exigida por la sociedad se refería a tipos delictivos ya existentes, estableciendo un incremento de penas y un adelantamiento de la intervención penal. Así se pone de relieve por la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, donde se señala que “la reforma penal pretende la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, en los términos que se desprenden de las diferentes propuestas parlamentarias y de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual”.

Tomemos por ejemplo la referencia a la *delincuencia profesionalizada* que se halla en la Ley Orgánica 11/2003, donde se produce un incremento desmesurado de la represión punitiva y en la restricción de los derechos y garantías, teniendo como elemento unificador la *reiteración* del comportamiento, o, lo que es lo mismo, la *habitualidad*. O, dicho de otro modo, se está castigando, no por la gravedad del hecho producido, como se verá, sino por la forma de vida que tiene el autor, y que consiste en que de una forma reiterada y duradera muestra su disposición a delinquir, defraudando así, persistentemente las expectativas normativas formuladas por el Derecho. Se trata por

salud y lucha contra el dopaje en el deporte que regula el delito de dopaje mediante la introducción del artículo 361 bis; LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica el Código penal en materia de Seguridad vial. Y, por si aún no resultaban suficientes, el 14 de julio de 2006 se aprobó en Consejo de Ministros un Anteproyecto de reforma del Código penal que afectaba a numerosos preceptos, que no llegó a ser aprobado, pero que fue sustituido por otro Anteproyecto en noviembre de 2008 que aún se encuentra en tramitación.

¹⁰³ Así, por ejemplo, en materia de Violencia doméstica, se han producido sucesivas reformas: LO 11/1999, de 30 de abril, de Modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal; LO 14/1999, de 9 de junio, de Modificación del Código Penal en materia de Protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de Seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; y, por último (¿?), LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

¹⁰⁴ Como podemos apreciar, nada tienen que ver estos ámbitos señalados, con los propios del moderno Derecho penal, y de la expansión del mismo, esto es, orden económico, medio ambiente, fraudes alimentarios o de medicamentos, corrupción, etc.

¹⁰⁵ Continúa afirmando la mencionada Exposición de Motivos que “son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada”; claro que la pregunta es evidente en mi opinión: ¿adecuada a qué? ¿adecuada al desvalor del hecho cometido? ¿adecuada a la vivencia subjetiva de la víctima? ¿adecuada a la forma de vida del autor? ¿adecuada a los intereses políticos de turno? La respuesta a esta pregunta nos permitirá determinar en que tipo de sistema nos encontramos. Si la adecuación se refriese al primero de los supuestos, es decir, al hecho que se realice, estaríamos ante un Derecho penal respetuoso de los principios y garantías penales; desgraciadamente, no es a ese supuesto al que se refiere esa adecuación.

tanto de analizar la *actitud del autor*, que tiene una *inclinación o tendencia* al delito, que pone de relieve su *peligrosidad criminal*. Se trata, como puede verse, de la primera de las características que señalábamos respecto del Derecho penal del enemigo, y que podemos constatar claramente cuando la reforma de la LO 11/2003 convierte en delito de hurto, castigado con pena de prisión, la realización en un año de cuatro faltas contra la propiedad, siempre que el montante total sea superior a 400 euros. De este modo, se castiga a quien ha convertido la delincuencia de poca monta contra la propiedad ajena en *modo de vida*,¹⁰⁶ lo que claramente constituye una reacción desproporcionada de las clases más desafortunadas económica y socialmente, esto es, de los marginados sociales, que no encuentra base alguna ni en la gravedad del hecho realizado ni en el del resultado producido, sino, exclusivamente, en que es el comportamiento habitual del autor del mismo.¹⁰⁷ Se trataría, por tanto, de dar una respuesta que determine la “inocuidad del peligroso”, planteamiento totalmente incompatible con los derechos y garantías que informan el Estado de Derecho.¹⁰⁸

Esta *habitualidad*, también se puede referir, no a la forma de vida del autor, sino a la concreta *per-*

sonalidad del mismo, retornando de este modo a un rechazable *Derecho penal de autor*,¹⁰⁹ en el que la única validez del hecho realizado es tomarlo como síntoma o indicio de la personalidad de su autor,¹¹⁰ por cuanto su gravedad es absolutamente irrelevante, como es el caso del artículo 147 del Código Penal, en el que en forma similar a como se señalaba en el párrafo anterior, la reiteración de cuatro faltas de lesiones en el plazo de un año, eleva la conducta a delito de lesiones. Las observaciones formuladas son plenamente trasladables a este punto. Resulta evidente que cada día estamos más cerca de la famosa fórmula estadounidense de *three strikes and you're out*, y que constituye una de las metas principales de cualquier sistema jurídico exclusivamente encaminado a la consecución de la seguridad ciudadana, a costa de lo que sea.

Per es que, además, estos tipos penales provocan una notoria vulneración de los derechos y garantías constitucionalmente consagrados por cuanto de la redacción de los mismos se desprende que esta reiteración de comportamientos no se basa en condenas previas (por el contrario, el caso de la *reincidencia* se trata específicamente en las reformas), sino en la mera “constancia” (¿?) de que el sujeto haya realizado en

¹⁰⁶ Como acertadamente señala Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial ...”, *op. cit.*, p. 6, no se trata de un supuesto de delito continuado, no sólo porque no se dan los presupuestos que exige el art. 74 del Código penal, sino porque pueden ser infracciones aisladas sin ningún tipo de relación personal, temporal o espacial entre sí.

¹⁰⁷ Así afirma Muñoz Conde (*ibidem*) que constituye una “criminalización de la pobreza” que raya en los límites de lo que fue la Ley de Peligrosidad Social franquista, justamente derogada por el Código Penal de 1995 a causa de su incompatibilidad con el Estado de Derecho, para continuar afirmando que “ahora en lugar de una peligrosidad sin delito como presupuesto de aplicación de una medida, se convierte en la peligrosidad derivada de la realización por cuatro veces de hurtos de escasa gravedad en el plazo de un año, en presupuesto de la aplicación de una pena de prisión de 6 a 18 meses, en el caso del hurto simple, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito, es decir, a 400 euros (art. 234.2)”.

¹⁰⁸ En esta línea, afirma Zaffaroni, *El enemigo en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 19, que “la privación de libertad —o la deportación— de una persona en razón de un cuarto o quinto delito de gravedad leve o media contra la propiedad, cuando ha sido condenada y ha cumplido pena por los anteriores, es una reacción totalmente desproporcionada a la entidad de su injusto y de su culpabilidad”. Y precisamente esto ocurre en nuestra legislación en relación con la “conversión” de cuatro faltas de hurto en delito de hurto, por cuanto la aplicación de la pena de prisión que conlleva el delito de hurto, en el caso de extranjeros no residentes legalmente en España, no puede ser suspendida condicionalmente, ni sustituida por otra, y puede determinar automáticamente su expulsión del territorio nacional, sin esperar a la resolución del correspondiente procedimiento administrativo (art. 89.1 del Código Penal).

¹⁰⁹ Esta misma tendencia se puede observar en la habitualidad descrita en el apartado 3º del artículo 173, que ha llevado a un sector doctrinal a considerar que lo que se describe es un “tipo de autor” psicópata o violento, aquejado de algún tipo de deterioro afectivo o psíquico, con lo que de nuevo se trata de un Derecho penal de autor, que implica el hacer descansar todo el desvalor del hecho más en la “habitualidad” que en la gravedad del hecho en sí mismo. *Cfr.* Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial...”, *op. cit.*, p. 9. Sobre la problemática derivada del término *habitualidad*, *cfr.* Núñez Castaño, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Valencia, 2002; Mendoza Calderón, “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo art. 153 del Código Penal”, en Boldova Pasamar y Rueda Martín (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, y la bibliografía allí citada.

¹¹⁰ *Cfr.* Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial...”, *op. cit.*, p. 8, donde afirma que “evidentemente, el legislador está pensando en personas pendencieras, de carácter agresivo que, sobre todo cuando consumen bebidas alcohólicas, suelen meterse en peleas y discusiones en las que muchas veces los contrincantes están en la misma o peor situación. Si el hecho, que se puede observar en discotecas, competiciones deportivas o en la misma calle, no pasa de unos golpes o malos tratos o de causar unas lesiones que ni siquiera requieren de tratamiento médico o quirúrgico, no se entiende muy bien, por lo menos desde el punto de vista de un coherente ‘Derecho penal del acto’, por qué debe ser castigado más gravemente como reo de un delito que tiene asignada una pena de prisión de hasta tres años”.

El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

el plazo de un año la acción descrita en el tipo. Pero lo más grave no es este hecho de absoluta inseguridad o indefensión (¿quién da constancia de esas acciones?, ¿los “antecedentes policiales”?, ¿la mera denuncia?, ¿la detención?), lo realmente grave es que, lo que a algunos nos alarma sobremanera, porque implica una clara vulneración de los principios básicos en un Estado de Derecho, el legislador lo emplea como justificación de su intervención. Así, la Exposición de motivos de la ley analizada establece como una conquista loable el hecho de que en la reforma “se recogen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados”. ¿Y si, no son juzgados nunca? ¿Y si se demuestra que son falsos, que no es el autor? ¿Y si siendo juzgados, es absuelto, o se sobresee el procedimiento? En estos casos, ya no existe un hecho, por muy leve que sea, que atribuirle, entonces ¿qué es lo que realmente estamos sancionando?

Y todavía sigue *in crescendo* la intervención del legislador en relación con la forma de vida o personalidad del autor de los comportamientos, cuando en el artículo 66. 5º, tras la reforma de 2003, se recoge una hiperagravación de la pena, en el caso de reincidencia (aquí sí sobre la base de condenas anteriores) cuando “concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean

de la misma naturaleza”, permitiendo en estos casos la aplicación de la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, lo cual representa un salto cualitativo (y obviamente cuantitativo) en la sanción penal, que resulta difícilmente justificable desde un Derecho penal del hecho, y se basa más en lo que se denominó “delincuencia de tendencia”.¹¹¹

Son muchos más los ejemplos en los que se puede apreciar esta tendencia del legislador a criminalizar modos de vida o personalidades de los sujetos, y entre ellas se encuentra la de conductas que constituyen meros comportamientos “inmorales” sobre todo en el ámbito sexual y de menores,¹¹² que no reúnen, en sí mismos, aptitud idónea de lesionar el bien jurídico en cuestión; es el caso del delito de posesión, *para su propio uso*, de material pornográfico en cuya elaboración (en la cual no ha participado el sujeto que lo posee) se haya utilizado a menores de edad y/o incapaces.¹¹³ De este modo, lo que se está castigando es una especie de *favorecimiento indirecto* de la pornografía de menores, sobre la base de que está se realiza porque hay quien la consume, que contribuye igualmente a la comisión del hecho. Sin embargo, por muy reprochable que sea este tipo de comportamiento desde el punto de vista moral o social, desde luego jurídicamente es difícilmente sostenible su legitimidad como tipo penal, por cuanto se está criminalizando (por su comportamiento y/o hábitos sexuales) a quien no ha participado directamente en la lesión del bien jurídico que se está protegiendo, es decir, no ha participado en la elaboración del material pornográfico

¹¹¹ Cfr. En este sentido, Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial...”, *op. cit.*, p. 7, donde afirma que con estas regulaciones se vuelve a normas de la dictadura franquista que fueron derogadas ya en los inicios de la transición democrática, que permitían (y ahora vuelven a permitir) que se impusiera la pena superior en grado a la correspondiente al delito, sin otra razón que la de una presunta mayor peligrosidad subjetiva del que ya anteriormente había sido condenado por haber cometido el mismo delito. Sigue afirmando el mencionado autor que este criterio, justamente criticado por la mayor parte de la doctrina, que incluso ha llegado a cuestionar la constitucionalidad del mismo y su compatibilidad con el principio de culpabilidad por el hecho, se ha utilizado siempre por los Estados autoritarios para incrementar la represión punitiva de los marginados sociales que cometen delitos de escasa gravedad, y tiene sus orígenes en la figura del *delincente per tendenza* del Código Penal fascista italiano, y en la del *Gewohnheitsverbrecher* de la Ley sobre el delincuente habitual, que fue una de las primeras medidas que adoptó el régimen nacionalsocialista alemán para imponer el “internamiento en custodia de seguridad”, es decir, en *lager* o campos de concentración por tiempo indefinido, a los habituales, incluso en delitos de escasa gravedad, como hurtos.

¹¹² La alarma creada con el aparente incremento de los abusos sexuales de menores y la utilización de Internet para difundir pornografía infantil provocaron en 2003 una serie de reformas del Código Penal, precedidas por la introducción en 1999 del delito de corrupción de menores. En realidad, como afirma Muñoz Conde, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 94, “se hace difícil imaginar una corrupción que no sea un delito de agresión sexual, abuso sexual, exhibicionismo, difusión de material pornográfico, favorecimiento de la prostitución o utilización de un menor en espectáculos pornográficos, hechos todos constitutivos de otros tipos delictivos ya convenientemente sancionados en otros preceptos del Código Penal. Pero el legislador, en su afán de no dejar ningún hueco en la protección de la indemnidad sexual del menor o incapaz, ha dejado en manos del juzgador una peligrosa arma que éste puede utilizar para penalizar cualquier comportamiento que, a su juicio, aunque no esté comprendido en los supuestos expresamente previstos en anteriores delitos, deba ser castigado”.

¹¹³ Artículo 189, 2 del Código Penal, introducido en su actual redacción por la Ley Orgánica 15/2003, de 29 de septiembre.

en sí.¹¹⁴ Y resulta muy discutible afirmar que el visionado o la posesión para el consumo de este tipo de material lesione el bien jurídico libertad o indemnidad sexual, sino que éste ya se ha visto lesionado por la conducta previa de elaboración en la cual no participa el consumidor.¹¹⁵ De este modo, se evidencia la influencia del Derecho penal del enemigo en esta regulación donde, a través de la presunta protección de un bien jurídico inexistente, se solapa la persecución de una tendencia sexual determinada que, “por muy aberrante que pueda parecer, no es *per se*, esto es, en cuanto tal tendencia, una conducta susceptible de merecer sanción penal”.¹¹⁶

A pesar de lo grave que pueda parecer esta vulneración de los principios básicos del Derecho penal, queda, incluso, difuminada cuando nos enfrentamos a la regulación realizada en el artículo 189, 7 del Código Penal en el que se castiga la producción o difusión de material pornográfico en el que “no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”. Y aquí es donde ya no se entiende nada, si no es desde el planteamiento del Derecho penal del enemigo consistente en la sanción e inocuidad de los que tengan determinadas tendencias consideradas “inmorales” por el legislador de turno, en este caso concreto, tendencias

pederastas. Porque, si no se utilizan directamente menores e incapaces, puesto que de utilizarlos estaríamos ante un supuesto del artículo 189 1 *b*), resulta obvio que los actos realizados (esto es, la producción o difusión del material pornográfico) en modo alguno incide sobre el menor o incapaz, y, en consecuencia, difícilmente puede lesionar bien jurídico alguno que se predique de estos.^{117, 118}

Es aquí donde adquieren pleno sentido las palabras de Faraldo Cabana¹¹⁹ al afirmar que “la función que cumple la estigmatización de un grupo de ciudadanos como enemigos, por tanto como no-personas que dejan de pertenecer a la comunidad de la que se han separado por propia voluntad, es permitir reacciones desproporcionadas frente a conductas que, con independencia de su mayor o menor lesividad en el caso concreto, afectan a elementos particularmente sensibles de la imagen que la sociedad ha construido de sí misma”.

Podemos seguir constatando la presencia de las características descritas para el Derecho penal del enemigo en las recientes reformas penales; así, como ejemplo de la anticipación de la intervención del Derecho penal a supuestos que se encuentran claramente alejados de la potencial lesión del bien jurídico, e incluso de un presunto peligro para el

¹¹⁴ Así, afirma Ramos Vázquez, “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, *op. cit.*, p. 111, que “la persecución del pedófilo supera los límites admisibles en un Derecho penal democrático, entroncando con regulaciones propias, efectivamente, de un ‘Derecho penal del enemigo’”.

¹¹⁵ La introducción de estos tipos penales ha sido ampliamente discutida por la doctrina. Así, a favor de este tipo de regulación se ha pronunciado Gimbernat Ordeig: “el adquirente de pornografía infantil, por una parte, y cada vez que pasa en el video las imágenes reproducidas (a veces de menores de 5 o 6 años, o, incluso, de bebés) perpetúa el ataque a la libertad y a la dignidad de los niños que han sido grabados previamente, y, por otra parte, contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante ‘industria’ que tiene como objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niñas y niños, pues aquélla sólo puede desarrollarse sobre la base de que el material filmado va a generar beneficios, encontrando compradores”, *cf.*: “La reforma de los delitos sexuales”, en *Prólogo al Código penal*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, pp. 18 y 19. Críticamente, en contra de esta regulación, Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Pamplona, 2000; Ramos Vázquez, “Del otro lado del espejo...”, *op. cit.*, pp. 112-115, quien se plantea si realmente existe en estas conductas una auténtica lesividad respecto del bien jurídico protegido y afirma que la repulsión que dichos comportamientos produzcan no debe representar un argumento a favor de la penalización de quien, sin haber participado en los hechos grabados, satisfaga sus impulsos sexuales *visionándolos*. Este último autor afirma, acertadamente, que “argumentos de índole emocional, si se me permite la expresión, deben quedar fuera de la reflexión penal, pues de lo contrario, como considero que sucede en el presente caso, se castiga una tendencia sexual (o trastorno sexual, o parafilia) en vez de una auténtica lesión de un bien jurídico”, *últ. op. cit.*, p. 113.

¹¹⁶ *Cfr.* Ramos Vázquez, “Del otro lado del espejo...”, *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁷ *Cfr.* Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial...”, *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁸ Un último ejemplo, para no extendernos mas sobre el tema, de la vuelta del Derecho penal de autor, lo constituye la reintroducción del delito de proxenetismo en el art. 188.1 del Código Penal, al castigar al que lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. Se trata de penalizar la forma de vida de un determinado sujeto o tipo de autor (el proxeneta o chulo), al que se sanciona por cómo se “gana la vida”, incluso aunque cuente con el “beneplácito” de quien se dedica al ejercicio de la prostitución. Y ello, al margen de, tal como señala Muñoz Conde, *últ. op. cit.*, p. 11, suponer un paternalismo desmedido, implica una vulneración del principio de protección de bienes jurídicos, por cuanto la libertad de alguien (sexual o no) sólo se puede lesionar si la persona en cuestión no otorga su consentimiento (ya sea por inexistencia o porque se encuentre viciado); en caso de otorgarlo libremente, no sólo no se lesiona la libertad, sino que supone un libre ejercicio de la misma. Quizás sea el legislador quien con este tipo de regulaciones lesione la libertad de la persona prostituida al no dejarla decidir libremente qué quiere hacer con su propia libertad sexual.

¹¹⁹ *Cfr.* Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales...”, *op. cit.*, p. 311.

El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

mismo, podemos señalar los supuestos de apología del genocidio (art. 607, 2 del Código Penal) o la modificación del artículo 578 en el cual se regula ahora una especie particular de “apología del terrorismo”, que permite prescindir del elemento de “incitación directa a la comisión de delitos” esencial en la apología,¹²⁰ para configurarse como una apología “menos rigurosa” en la que sería suficiente con que de la acción se derive un riesgo genérico, indirecto o circunstancial, apto para la creación de un clima de aceptación social del terrorismo. Entiendo que esta interpretación no puede ser aceptada desde un Estado de Derecho; y tales comportamientos o manifestaciones, por más repulsa moral, social o política que merezcan, no expresan sino opiniones o creencias, especialmente rechazables en el momento en que son formuladas, pero que tienen perfecta cabida en el marco del ejercicio legítimo de la libertad de expresión.¹²¹

Esta transmisión de los parámetros del Derecho penal del enemigo a las reformas penales de los últimos tiempos no se reduce a constatar las primeras de las características mencionadas del Derecho penal del enemigo (es decir, atender a la forma de vida o circunstancias personales del autor, o la anticipación de la intervención penal), sino que podemos ver reflejados todos los demás aspectos del mismo. Así, por ejemplo, se producen supuestos de penas *draconianas* y *claramente desproporcionadas* respecto del hecho cometido en el ámbito del narcotráfico y los delitos de terrorismo, ámbito este último donde se pueden alcanzar penas de hasta 30 años de prisión por la realización de un único hecho delictivo; o como el artículo 318 bis, que permite imponer pe-

nas de hasta 15 años (límite máximo del homicidio y mínimo del asesinato) en el caso de tráfico ilegal de personas cuando el propósito fuera la explotación sexual de las mismas, se realice con ánimo de lucro y el culpable perteneciera a una asociación u organización, incluso de carácter transitorio, que se dedicara a ello. Ante esta situación, concuerdo con Muñoz Conde,¹²² en que a los miembros de estas organizaciones, a los que se dedican a transportar a estas personas ilegalmente, les podría salir más rentable matarlos.

En esta misma línea de dureza (extrema) lo representa el aumento del límite máximo de duración de la pena privativa de libertad en el concurso real de delitos que pasa a los 40 años, que en la práctica va a implicar que nos encontremos ante un supuesto solapado de “prisión perpetua”,¹²³ sobre todo unido a la posibilidad o dificultad extrema de determinados colectivos de delincuentes de acceder al tercer grado y a la libertad condicional.

VI. Conclusiones

Como se ha podido comprobar, no es un hecho aislado la transmisión de las características del Derecho penal del enemigo a nuestra legislación; por el contrario, se está convirtiendo en la pauta general de actuación. De este modo, bajo el discurso de que el Derecho penal no puede (ni debe) quedarse anquilosado ante las continuas evoluciones de la sociedad, se está introduciendo una tendencia a acallar las protestas sociales, recurriendo a primar la seguridad, de modo que se desplace (¿elimine?) todo lo que, de alguna manera, pueda suponer un peligro o distorsión para los miembros de la misma.

¹²⁰ Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1986 establecía que la apología deberá ser entendida como apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico, en la medida en que pueda determinar a otros a la comisión de un delito. Sobre esta base, quedaban al margen de la apología recogida en el artículo 18 del Código Penal, comportamientos como la asunción, defensa, reivindicación, enaltecimiento o justificación de la actividad armada o de alguno de los miembros de la organización terrorista, que no encajaban en la definición legal.

¹²¹ En este sentido, afirma la Sentencia de nuestro Alto Tribunal núm. 199/1987, de 16 de diciembre, que “la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos”. Y de la emisión de opiniones se trata en este precepto, aspecto reconocido por el Tribunal Supremo que en el Auto de archivo de la querrela contra Otegi por proferir “vivas” a ETA, de 23 de mayo de 2002, se refiere al artículo 578 como un *delito de opinión*, afirmando que “versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratado de igual modo como delito de apología la apología del terrorismo, lo que conduciría directamente al absurdo”. Deberíamos preguntarnos desde cuándo las opiniones son criminalizables en un Estado de Derecho y, de ser así, lo que deberíamos es cuestionarnos si efectivamente estamos ante un Estado de Derecho.

¹²² Cfr. Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial...”, *op. cit.*, p. 18.

¹²³ En este mismo sentido, Muñoz Conde, “¿Hacia un Derecho penal del enemigo?”, *El País*, 15 de enero de 2003; Maqueda Abreu, “Crítica a la reforma penal anunciada”, *Jueces para la Democracia*, núm. 47, julio de 2003, p. 9, n. 33; Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales...”, *op. cit.*, p. 318.

La reforma de las leyes penales no puede ni debe utilizarse como un medio para acallar la indignación social ni para manifestar que el legislador está identificado con determinadas preocupaciones de los ciudadanos; por el contrario, una modificación del ordenamiento jurídico-penal sólo procede si realmente es necesaria, esto es, si existen lagunas o contradicciones en nuestras normas y siempre que la Constitución permita el recurso al Derecho penal en relación con esa necesidad.

Desde este prisma es evidente que la legislación penal no puede responder a motivos oportunistas o electorales, y que su única o principal función no es la de tranquilizar a la opinión pública, entre otras cosas porque la “intranquilidad de la opinión pública” no constituye, en mi opinión, suficiente fundamento como para plantearse una reforma legislativa en materia penal.

Por el contrario, la legislación y, con mayor motivo, la legislación penal, por la gravedad de sus consecuencias, debe responder a un fundamento jurídico que radica en la constatación, por un lado, de la existencia de un bien jurídico merecedor y necesitado de protección y, por el otro, de la inexistencia o deficiencia en la protección de ese bien jurídico o de algún aspecto relevante del mismo; todo ello, desde el más absoluto respeto a los principios constitucionalmente consagrados. Lo que nunca debe perderse de vista es que ni siquiera el más atroz de los comportamientos justifica que, en un Estado de Derecho, se renuncien, obvien, manipulen o apliquen de modo discriminado las garantías constitucionales que reconoce el mencionado texto legal a todos los ciudadanos.

Y en este punto, el Derecho penal del enemigo representa, en mi opinión, una clara amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho, sobre todo cuando el acento de la intervención penal se hace radicar exclusivamente en metas como la “eficacia” o “utilitarismo”, abandonando aquellas otras que radicaban en el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos (de todos, los delincuentes y los no delincuentes).¹²⁴

Con penas desmesuradas, con el recurso abusivo al Derecho penal, empleándolo más allá de lo que resulta permisible, con las restricciones y limitaciones de los derechos y garantías constitucionales, es posible que, como afirma Muñoz Conde,¹²⁵ se pueda luchar “eficazmente” contra el *enemigo*, pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que pueden colarse, sin darnos cuenta, un Derecho penal de cuño autoritario, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras.

Entiendo que, si no queremos retornar a épocas pretéritas, si no queremos retroceder en los logros conseguidos en relación con los derechos y libertades individuales, con los fundamentos de un Estado de Derecho, en ese conflicto entre *libertad y seguridad*, no podemos permitir que la balanza se decante exclusivamente a favor de la última; no podemos permitir que los términos *eficacia* y *útil* sean los únicos que inspiren la intervención penal, porque nos pueden conducir a planteamientos maquiavélicos de “el fin justifica los medios”, difícilmente compatibles con el Estado de Derecho.¹²⁶

O como manifiesta Ferrajoli,¹²⁷ “para la crisis del Derecho no existe otra respuesta que el Derecho mismo. Esto es así, puesto que el actual paradigma garantista del constitucionalismo democrático no sólo expresa un modelo de Derecho y de Estado, sino también un modelo de democracia, y por ello lo sostiene la fuerza de la razón y de los valores de la libertad, igualdad y justicia”.

Sin embargo, la realidad es demoledora: la tendencia legislativa en la intervención penal, cada vez se acerca más a los términos de lo *útil*, y abandona los parámetros de lo *justo* y lo *humano*. Resulta innegable que corren “malos tiempos para un Derecho penal liberal, garantista y de inspiración humanista, que se había ido introduciendo poco a poco y a duras penas, como modelo ideal de regulación de la convivencia social”.¹²⁸

¹²⁴ Como señala Zaffaroni, *El enemigo en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 184, “...es un grosero error creer que el llamado discurso de las garantías es un lujo al que se puede renunciar en los tiempos de crisis y menos aún considerar que se trata de una tesis conservadora; por el contrario, por un lado debemos prevenirnos contra las reformas promovidas por las burocracias que se alimentan de la emergencia de turno presentándolas como postmodernas y, por otro, debemos cuidar ese discurso porque en los tiempos de crisis es la única garantía posible de la eficacia que puede pedírsele al Derecho penal y al poder punitivo”.

¹²⁵ *Cfr.* Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial...”, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁶ Así, afirma Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 807 y ss., que el subsistema penal de excepción es la expresión de la prevalencia de la *razón de Estado* frente al *Estado de Derecho*.

¹²⁷ *Cfr.* Ferrajoli, “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho”, en *Nueva doctrina penal*, 1998, p. 71.

¹²⁸ *Cfr.* Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 33.

Bibliografía

- Ambos, “Feindstrafrecht”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 124, 2006.
- Beck, *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Navarro, Jiménez y Borrás, Barcelona, 1998.
- Boix Reig, Orts Berenguer y Vives Antón, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989.
- Brandariz García, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la Globalización*, Valencia, 2004.
- , “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, en *Retos de la política criminal actual. Revista Galega de Seguridade pública*, segunda época, núm. 9. Xunta de Galicia.
- Cancio Melia, “¿Derecho Penal del enemigo?”, en Jakobs y Cancio, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, 2003.
- Cuerda Riezu, “Contribución a la polémica sobre el delito publicitario”, *Estudio sobre consumo*, núm. 35, 1995.
- , “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001.
- Demetrio Crespo, “El Derecho penal del enemigo darf nicht sein. Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, *Revista General del Derecho penal*, núm. 4, noviembre de 2005, www.iustel.com.
- Díaz Pita y Faraldo Cabana, “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código Penal de 1995”, *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 7, 2002.
- Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 07 de enero de 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.
- , “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Actualidad Penal*, núm. 1, 1-7 enero de 2001.
- Eser, “Consideración final de Albin Eser”, trad. de M^a del Carmen Gómez Rivero, en Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004.
- Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004.
- Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.
- , “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho”, en *Nueva doctrina penal*, 1998.
- Gerber, “Direito penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a vella estória de sempre”, en *Novos rumos do Direito penal contemporâneo. Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- Gimbernat Ordeig, “La reforma de los delitos sexuales”, en *Prólogo al Código Penal*, 5^a ed., Tecnos, Madrid, 1999.
- Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.
- , “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 07 de febrero de 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.
- Hassemer, “Crisis y características del Derecho penal moderno”, en *Actualidad penal*, 1993-2.
- , “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, 1991.
- , “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz”, en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Díaz Pita y Muñoz Conde, Valencia, 1999.
- , “Perspectivas del Derecho penal futuro”, *Revista Penal*, Huelva, 1997.
- , “Viejo y nuevo Derecho penal”, en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Muñoz Conde y Díaz Pita, Valencia, 1999.
- Hassemer y Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, Valencia, 2002.
- Jakobs, “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997.
- , “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft von den Herausforderungen der Gegenwart”, en Eser, Hassemer y Burkhardt, *Die deutsche*

- Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, C.H.Beck, 2000, con versión en español, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004.
- , “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs y Cancio Melia, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.
- , “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en VVAA, *Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia 1999. Estudios de Derecho Judicial*, 20, Madrid, 2000.
- Larrauri Pijoan, “El populismo punitivo... y cómo resistirlo”, *Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006.
- Maqueda Abreu, “Crítica a la reforma penal anunciada”, *Jueces para la Democracia*, núm. 47, julio 2003.
- Martínez-Bujan Pérez, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en Díez Ripollés, Romeo Casabona, Gracia Martín y Higuera Guimerá (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.
- Mendoza Buergo, “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad de riesgo”, en Agra, Domínguez, García Amado, Hebberecht y Recasens (eds.), *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003.
- , *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, 2001.
- Mendoza Calderon, “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo art. 153 del Código Penal”, en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Boldova Pasamar y Rueda Martín (coords.), Barcelona, 2006.
- Muñagorri Laguía, “Acerca de las reformas del 2003 al Código Penal español”, en *Nueva doctrina penal*, 2003.
- Muñoz Conde, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, en *Retos de la política criminal actual. Revista Galega de Seguridade pública*, segunda época, núm. 9, Xunta de Galicia.
- , “Las reformas de la Parte Especial del Código Penal español del 2003, de la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo”, *Revista General del Derecho penal*, núm. 3, mayo de 2005, Iustel, www.iustel.com.
- , “¿Hacia un Derecho penal del enemigo?”, *El País*, 15 de enero de 2003.
- , “Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el “Derecho penal del enemigo”, *Revista Penal*, núm. 18, Julio de 2006.
- , “El nuevo Derecho penal autoritario”, en Octavio de Toledo y Ubieto, Gurdíel Sierra y Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004.
- , “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, *DOXA*, núm. 15/16, 1994.
- , *De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005.
- , *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, 2000.
- , “El “moderno” Derecho penal en el nuevo Código Penal. Principios y tendencias”, *La Ley*, 1996.
- Núñez Castaño, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Valencia, 2002.
- Portilla Contreras, “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal penal del enemigo”, *Jueces para la Democracia*, núm. 49, 2004.
- , “El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Bacigalupo*, Madrid, 2004.
- Ramos Vázquez, “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004.
- Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976.
- , *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Múnich, 2006.
- Sánchez García de Paz, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, 1999.
- Schünemann “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, *ADPCP*, 1996.

Seelmann, “Societat de risc i pret penal”, *IURIS. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994.

Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política-criminal de las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, 2001.

Silva Sánchez, Felip Saborit, Robles Planas y Pastor Muñoz, “La ideología de la seguridad en la legislación española presente y futura”, en *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003.

Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Pamplona, 2000.

Von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrecht und der Strafrechtstheorien*, Berlín, 1882 (reimp. Aalen, 1992).

Zugaldía, “Seguridad ciudadana y Estado social de derecho”, en *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, Valencia, 2004.

Zaffaroni, *El enemigo en Derecho penal*, Dykinson, 2006.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal