

# UN DERECHO PENAL COMPROMETIDO

**Libro Homenaje al**  
Prof. Dr. GERARDO LANDROVE DÍAZ

Directores:

FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
JOSÉ MANUEL LORENZO SALGADO  
JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ  
EMILIO CORTÉS BECHIARELLI  
MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ

Editor y Coordinador:

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ



tirant o blanch homenajes & congresos

# **UN DERECHO PENAL COMPROMETIDO**

**Libro Homenaje  
al Prof. Dr. GERARDO LANDROVE DÍAZ**

**Directores:**

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
JOSÉ MANUEL LORENZO SALGADO  
JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ  
EMILIO CORTÉS BECHIARELLI  
MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ**

**Editor y Coordinador:  
MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ**

**tirant lo blanch**  
Valencia, 2011

Copyright © 2011

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com) (<http://www.tirant.com>).

Directores:  
FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
JOSÉ MANUEL LORENZO SALGADO  
JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ  
EMILIO CORTÉS BECHIARELLI  
MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ  
(Directores)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELFOS.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPOSITO LEGAL: V - 2534-2011  
I.S.B.N.: 978-84-9004-215-1  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

# *El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable*

## **El fantasma del enemigo en la Legislación penal española**

NIEVES SANZ MULAS

*Profesora Contratada Doctor de Derecho Penal  
Universidad de Salamanca*

---

*¿Qué se le puede decir a quien tanto se admira?*

*Sólo se me ocurre una cosa:*

*Gracias por dedicar tu vida a aquello que a algunos tanto nos apasiona,*

*Pues lo has hecho infinitamente más interesante....*

**Sumario:** I. Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano. 1. La justificación teórica de la "eliminación preventiva" del enemigo. 2. Los contraargumentos a una teoría aberrante. A) La ilegitimidad del Derecho penal del enemigo en un Estado de Derecho. B) La "demonización" de las personas y el regreso del retribucionismo. C) El inadmisibles retorno a un Derecho penal del autor. 3. Conclusiones valorativas: el rechazo mayoritario del Derecho penal del enemigo. II. El Derecho penal ante los retos del siglo XXI. 1. La "globalización" del planeta y sus efectos en el Derecho penal. 2. Los perfiles de la "modernización" del Derecho penal: hacia un Derecho penal de la seguridad. A) La Administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo: protección de bienes jurídicos colectivos y proliferación de los delitos de peligro abstracto. B) Expansión de la actividad punitiva y Derecho penal como prima ratio. La crisis del bien jurídico en su papel limitador. C) Tendencia al antigarantismo penal y procesal. D) El abandono del ideal resocializador en la lucha contra el enemigo. La privatización de las funciones de control. E) La solución: recuperación de la función limitadora del bien jurídico. III. El fantasma del enemigo en la legislación penal española. 1. Consideraciones generales. 2. La política-criminal antiterrorista: la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y el Proyecto de reforma del cP de noviembre de 2009. 3. La cosificación como "otro" del inmigrante irregular. IV. Conclusiones valorativas. La necesidad de un nuevo Derecho penal que haga frente a los "nuevos" problemas, pero sin olvidar los "viejos" límites.

## I. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

### 1. La justificación teórica de la "eliminación preventiva" del enemigo

La ahora mundialmente famosa teoría del Derecho penal del enemigo, fue (re-)<sup>1</sup> introducida en la discusión de la ciencia del Derecho penal tras las consecuencias del ataque terrorista sufrido por los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001 —el, desde entonces, tristemente famoso 11-S—. El Derecho penal del enemigo, que ya aparece esbozado en un trabajo anterior de JAKOBS de 1985<sup>2</sup>, tiene su origen en las tesis nazis acerca de los "extraños a la comunidad", y es un instrumento que sirve para justificar la creación de un

<sup>1</sup> Pueden encontrarse antecedentes de una teorización muy semejante en HOBBS (y más parcialmente en ROSSEAU). Ahora bien, estamos de acuerdo con RAMOS en que la búsqueda de raíces más o menos prestigiosas de una teoría no debe ser utilizada como argumento alguno a favor de la razonabilidad de la misma. Esto es, el hecho de que Hobbes hablase en su momento de una suerte de "Derecho penal del enemigo" no otorga mayor razonabilidad a la actual concepción JAKOBSIANA del enemigo y a su respuesta penal. Y ello porque sería trasladar al mundo globalizado y postmoderno una teoría planteada en una época anterior a Beccaria, esto es, anterior al Derecho penal considerado como tal. *Vid.*, en RAMOS VÁZQUEZ, J.A., "Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista", en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1435. En todo caso, y esta vez con MUÑOZ CONDE, ¿qué se quiere demostrar con este tipo de citas de autoridad? ¿Habrá que seguir las opiniones de todos los ilustres pensadores que ha habido en la Historia, incluso las que después y en otro contexto se han demostrado como aberrantes? *Vid.*, en MUÑOZ CONDE, F., "De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»", PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, p. 524.

<sup>2</sup> La expresión en alemán, «Feindstrafrecht», fue utilizada ya en su ponencia en las Jornadas de Penalistas Alemanes de Frankfurt en 1985, si bien en un sentido más estricto. Su publicación se produjo bajo el título, JAKOBS, G., "Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico", en *Estudios de Derecho penal*, 1997. En este primer trabajo al respecto, JAKOBS admitía sólo excepcionalmente un *Derecho penal de enemigos* y en una legislación de emergencia. Pero esta construcción experimenta posteriormente un cambio cualitativo cuando reconoce la necesidad de su implantación que ahora convierte en regla, pues no existen alternativas a un modelo penal y procesal funcionalista que prime la defensa de la seguridad del Estado y la ausencia de principios liberales. *Vid.*, en PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 213 y 214. Esto es, JAKOBS abandona el lenguaje supuestamente descriptivo de sus primeros escritos sobre el tema, para asumir uno más justificativo. *Vid.*, en SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada?", en *Revista Penal*, n.º 21, enero-2008, p. 151.

ámbito de infra-Derecho, e incluso no-Derecho, para determinados sujetos incapaces de entender las reglas de la comunidad o incompatibles con ella<sup>3</sup>. Esta construcción penal arranca de dos fuentes<sup>4</sup>: los supuestos funcionalistas de la teoría de los sistemas de LUHMANN y la teoría política y constitucional de SCHMITT. Mientras la primera posibilita una noción conservadora del Derecho penal y del Derecho procesal, abogando "por los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado"<sup>5</sup>; de la segunda toma, no sólo la referencia al carácter central de las nociones amigo/enemigo<sup>6</sup>, sino también su concepción del De-

<sup>3</sup> DE LUCAS, J., "Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes", en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.) *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía - Akal, Madrid, 2005, p. 208.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>5</sup> La tesis de LUHMANN se basa en la persona como construcción socio-normativa. Luego si el fin del poder del Estado reside en garantizar la seguridad recíproca de los derechos de todos ante todos, entonces, el delito excluye al sujeto de la protección del Estado. La privación de derechos aparece, pues, como el resultado del fin de la relación jurídica entre el Estado y el individuo, la supresión del contrato. Y es por ese motivo que el Estado puede tratar arbitrariamente al excluido, por no tener para con él ningún deber de protección. Es más, la ejecución del criminal por parte del Estado ni tan siquiera tendría la consideración de castigo, sino de medida de seguridad; puesto que el condenado no existe para el Derecho, el Estado no mata (o rescinde el contrato) en el ámbito judicial sino en el policial. *Vid.*, en PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>6</sup> Carl SCHMITT fue profesor de la Universidad de Berlín desde 1934, un año después de su adscripción formal al nazismo. Este politólogo, materializó durante mucho tiempo su peculiar concepción de la política y se consagró a desacreditar el vacilante régimen democrático de la república de Weimar. Conforme a su visión, el poder real se descubre en las situaciones de excepción, en cabeza de quien posea y sepa conservar capacidad de decisión, no en manos de la clase política siempre pendiente de la atribución constitucional de las funciones estatales. Para SCHMITT, lo político trasciende a la realidad estatal y, por ello, exige la configuración infinita de los pueblos alrededor de una identidad... para oponerse y construirse frente a otros pueblos, en base a lo cual establece una agrupación, dentro y fuera de las arenas estatales, con vistas a un antagonismo concreto entre *amigos* y *enemigos* que se manifiesta en una relación de hostilidad. *Vid.*, en NIÑO, L.F., "Derecho penal del enemigo: nuevos argumentos para el viejo discurso del poder punitivo", en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Niñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 558 y 559. Ahora bien, la diferencia entre amigo y enemigo preconizada por Carl SCHMITT, tenía unas connotaciones racistas que no tiene la construcción de JAKOBS, donde la diferencia es funcionalista. Por aquel entonces, la distinción se llevaba a cabo como un criterio biológico, determinado por la sangre y la herencia genética, dato biológico que caracteriza la raza aria y con ella al alemán puro, frente al no alemán perteneciente a "razas inferiores". Además, se trataba de un régimen totalitario, en el que se daba por sentado que existiera un Derecho penal de este tipo para los "enemigos" y los "extraños a la comunidad". Una distinción difícilmente asumible en el Estado de Derecho, que, por definición, no admite la distinción entre amigos y enemigos

recho, comenzando por la idea misma de "nomos de la tierra", que sacraliza las identidades primarias y la funcionalidad del Derecho (natural) respecto a ellas, y también a las ideas de Constitución y Estado<sup>7</sup>. Ambos testimonios, sea como fuere, aparecerán más tarde en la obra de JAKOBS como símbolos de la metamorfosis de un Derecho penal a un Derecho policial, reflejándose en la concepción neofuncionalista del enemigo<sup>8</sup>.

En definitiva, la noción del Derecho penal del enemigo es la categoría del Derecho que considera enemigo a todo aquel que ha huido del Derecho, y frente al que la sociedad reacciona contraponiendo un Derecho para ciudadanos y un Derecho para enemigos. Y, al respecto, JAKOBS escribe literalmente: "quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos «guerra» y «proceso penal»... quien no quiere privar al Derecho penal de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de derecho —control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.—, debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada"<sup>9</sup>. En consecuencia, JAKOBS distingue dos regulaciones del Derecho penal, dos modos de proceder con los delincuentes: el trato con el "ciudadano", en el que se espera a que cometa el delito para reaccionar, viéndole como persona que ha infringido el pacto, pero que no persiste en ello, manteniendo el status de persona<sup>10</sup>; y el trato con el "enemigo", que se desvía del pacto por principio, perdiendo la consideración normativa de persona<sup>11</sup>, y que por ello debe ser interceptado y combatido antes por su peligrosidad, una custodia de seguridad anticipada que se denomina "pena", por tratarse de individuos que hay que coaccionar para evitar que destruyan el ordenamiento jurídico<sup>12</sup>.

---

como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica. *Vid.*, en MUÑOZ CONDE, F., "De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»", *op. cit.*, pp. 534 y ss.

<sup>7</sup> DE LUCAS, J., "Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes", *op. cit.*, p. 211.

<sup>8</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 221.

<sup>9</sup> JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, G.- CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 42 y 43.

<sup>10</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 230.

<sup>11</sup> *Ibidem.*

<sup>12</sup> JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", *op. cit.*, p. 43 y ss.

Para él, por tanto, es tan legítima la pena como contradicción por la comisión de un delito, que la pena como eliminación de un peligro, pues el enemigo debe ser excluido<sup>13</sup>. Porque en estos casos la función de la pena no es la coacción dirigida contra la persona en derecho, sino la de combatir el riesgo generado por el individuo peligroso a través de medidas de seguridad<sup>14</sup>. Y ello tiene dos consecuencias claras: el adelantamiento de la punición equivalente al *status* de un hecho consumado —lo que supone en ocasiones incriminar no tanto hechos propiamente dichos cuanto conductas cuya relevancia penal se manifiesta particularmente en un contenido simbólico—<sup>15</sup>, pero sin que suponga, obviamente, reducción alguna de la pena, con la correspondiente desproporción; y la transición de un Derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales<sup>16</sup>, sobre todo las derivadas del principio de legalidad, ya que el legislador utiliza términos tan porosos y ambiguos que permiten hablar de un intento consciente de eludir el mandato de determinación que de él se desprende<sup>17</sup>. Esto es, se pasa a desvalorar fundamentalmente lo subjetivo mientras que, en palabras del propio JAKOBS, “la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>14</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía - Akal, Madrid, 2005, p. 75.

<sup>15</sup> FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 307.

<sup>16</sup> De hecho, el propio JAKOBS, en su conferencia de 1999, y que después ha reiterado en trabajos posteriores, describe como señas de identidad de su “Derecho penal del enemigo” las siguientes: 1. Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de proporcionalidad, aplicando incluso “penas draconianas”. 2. Abolición o reducción a un mínimo de las garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, etc. 3. Criminalización de conductas que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito. *Vid.*, en JAKOBS, G., “La ciencia penal ante los retos del futuro”, trad. de Teresa Manso en MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el cambio del milenio*, Valencia, 2004, pp. 59 y ss.

<sup>17</sup> FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *op. cit.*, p. 307.

<sup>18</sup> JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 40.

Para toda esta justificación, lo que JAKOBS hace es incidir en el concepto "enemigo", calificándolo no como persona de Derecho, sino como individuo que con sus instintos y miedos pone el peligro el proceso, comportándose como un enemigo<sup>19</sup>. A éste el Estado no debe tratarle como una persona, pues no puede ser incluido en una constitución ciudadana<sup>20</sup>. Porque sólo es persona "quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal"<sup>21</sup>, por lo que frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos y que no ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito "comunitario-legal", hay que castigarlos, pero no se tratará de una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos y así debe llamarse: Derecho penal del enemigo<sup>22</sup>. Un Derecho penal del enemigo que se convierte en un Derecho de guerra, un nuevo formato que configura una legislación penal preventiva que sólo atiende a la eliminación del riesgo generado por el "individuo peligroso" a través de medidas de seguridad<sup>23</sup>. Porque la finalidad última no es sino una: la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado<sup>24</sup>. Porque todo vale en la guerra contra los enemigos.

## 2. Los contraargumentos a una teoría aberrante

### A) La ilegitimidad del Derecho penal del enemigo en un Estado de Derecho

Son muchas, y es de agradecer, las voces contrarias a este planteamiento sistemático del Derecho penal del enemigo, estimando inaceptable el método funcionalista de legitimación de la ausencia de derechos. Porque, en absoluto acuerdo con DEMETRIO, ciertamente no se trata de "matar al mensajero"<sup>25</sup>, pero tampoco de mantener una actitud puramente descriptiva, y todavía menos

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>23</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, pp. 241 y ss.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>25</sup> Pues es el propio JAKOBS quien afirma que las críticas a su postura pretenden "matar al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje". *Vid.*, en JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", *op. cit.*, p. 15. Una postura cómoda a juicio de MUÑOZ CONDE, con la que se limita a anunciar malas noticias, como si éstas no tuvieran nada que ver con él como jurista, o simplemente como ciudadano, y no

“directa o indirectamente legitimadora” de esta edificación teórica, sino que se debe poner de relieve que tal Derecho no puede ser un Derecho penal propio de un Estado de Derecho, y por más que sus artífices políticos lo invoquen permanentemente<sup>26</sup>. Esto es, como jurista, JAKOBS, se debe ver obligado a comprobar si ese Derecho penal del enemigo está o no en consonancia con el modelo jurídico constitucional del Estado de Derecho, como seña de identidad de las sociedades democráticas actuales<sup>27</sup>. Y es que JAKOBS no se puede limitar a desplegar una visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de su “Derecho penal del enemigo”, sino que tiene que manifestar también si es o no compatible con el marco constitucional del Estado de Derecho y con los Pactos internacionales de derechos civiles. No hacerlo convierte al jurista en simple notario que constata una realidad sin aprobarla ni desaprobala<sup>28</sup>. Un posicionamiento crítico, por su parte, que de momento no se ha materializado. Labor que, sin embargo, sí han desarrollado otros muchos.

Para comenzar, y a criterio de CANCIO, el Derecho penal del enemigo al que se refiere JAKOBS, es realmente una cruzada contra malhechores archimalvados; se trata más bien de “enemigos” en un sentido pseudorreligioso que en la acepción tradicional-militar del término<sup>29</sup>. No es una calificación como “otro”, ni tampoco una identificación como fuente de peligro, “no es un fenómeno natural a neutralizar, sino un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización”<sup>30</sup>. Y es que en un Estado de Derecho no cabe distinguir entre “ciudadanos” y “enemigos”, como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos<sup>31</sup>. Además, y en el caso de que fuera inevitable tal distinción, ¿quién puede decidir quién es el buen ciudadano o el mayor enemigo?

Porque lo que realmente se hace, es excluir a determinadas categorías de personas del círculo de ciudadanos, la defensa frente a riesgos en realidad es lo

---

tuviera nada que decir al respecto. *Vid.*, en MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 542, nota 36.

<sup>26</sup> DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1030.

<sup>27</sup> JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 543.

<sup>28</sup> MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario”, *op. cit.*, p. 174.

<sup>29</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?”, en JAKOBS, G.- CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 120.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>31</sup> MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario”, en LOSANO, M.G., MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 172.

de menos<sup>32</sup>. De acuerdo con GÖSELL, estas construcciones “definen a la persona en el Derecho de manera normativa a través de estructuras sociales, de roles o funciones asignados y de expectativas, que son de naturaleza normativa y que la convierten en «persona de Derecho» solamente cuando dichas expectativas son cumplidas... ello significa la deshumanización del orden legal que puede convertir personas en enemigos y tratarlas, en palabras del JAKOBS, como animales salvajes”<sup>33</sup>. Y un Derecho así entendido se convierte en Derecho de Estado<sup>34</sup>, sometido a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen el poder. En definitiva, el Derecho no es sino lo que en cada momento conviene al Estado y, al mismo tiempo, lo que perjudica y daña en lo posible a sus enemigos<sup>35</sup>, y lo único que hace es permitir reacciones desproporcionadas frente a conductas que, con independencia de su mayor o menor lesividad en el caso concreto, afectan sin embargo a elementos particularmente sensibles de la imagen que la sociedad ha construido de sí misma<sup>36</sup>.

En definitiva, no debe haber un Derecho penal del enemigo porque es políticamente erróneo (o mejor dicho inconstitucional), y porque de entrada no contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos<sup>37</sup>. Porque con su teoría JAKOBS no sólo no pone restricción alguna al poder punitivo, sino que, además, facilita la profundización en la conciencia social del valor moral mediante la interiorización colectiva de la fidelidad normativa al esquema de reproducción de valores vigentes<sup>38</sup>. Un planteamiento que hace sospechar el que realmente se esconde la legitimación teórica de un Derecho penal autoritario<sup>39</sup>. Porque,

<sup>32</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?, *op. cit.*, p. 122.

<sup>33</sup> GÖSSEL, K.H., “Réplica del Derecho penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho”, en *Revista penal*, nº 20, julio 2007, pp. 93 y 94.

<sup>34</sup> Porque, en palabras literales de MUÑOZ CONDE, la única diferencia entre la fundamentación funcionalista actual del Derecho penal y la que ofrecía el nacionalsocialismo es que el funcionalismo está dispuesto a asumir también que el Derecho es lo que es funcional (útil) al sistema democrático, y ello pese a que muchos de sus preceptos no tengan nada de democrático. Esto es, la “razón de Estado, se convierte en el único fundamento del Derecho penal. *Vid.*, en MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario”, *op. cit.*, p. 173.

<sup>35</sup> *Ibidem.*

<sup>36</sup> Como sería la invulnerabilidad frente a ataques externos en el caso norteamericano, el consenso en torno a la organización territorial de España en el caso de ETA, la efectividad de la política represiva en materia de drogas en los países occidentales, etc. *Vid.*, en FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *op. cit.*, 311.

<sup>37</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?, *op. cit.*, p. 125.

<sup>38</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, *op. cit.*, p. 61.

<sup>39</sup> *Ibidem.*, p. 65.

en definitiva, y de acuerdo con RAMOS, el Derecho penal del enemigo, "tan sólo constituye una coartada dogmática o una pretensión de normalización de lo que no es sino un injerto absolutamente contrario al sentido y la función del Derecho penal"<sup>40</sup>. Esto es, a juicio de este autor, el Derecho penal del enemigo no es sino un intento teórico de eliminar las garantías penales para los presuntos enemigos de la sociedad, intentando criminalizar "con una fórmula tan alambicada como vaga" a todo aquel que decida posicionarse en contra del sistema, retrotrayéndonos con ello a etapas por fortuna ya superadas<sup>41</sup>.

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

### B) La "demonización" de las personas y el regreso del retribucionismo

Los nuevos modelos de Derecho penal regresan al criterio de la libertad de elección del autor como fundamento del castigo proporcional retributivo y, junto a él, aparece la "peligrosidad" del colectivo al que pertenece el autor. En definitiva, lo que pretende es neutralizar a determinados colectivos a través de la prognosis de la peligrosidad, porque el nuevo retribucionismo, basado en la proporcionalidad, al no disponer de ningún medio que permita calcular la gravedad del hecho, consagra la defensa de los intereses del Estado, sin preocuparse, realmente, de la naturaleza de la acción castigada<sup>42</sup>.

Con el neofuncionalismo también se normativiza el concepto de persona, a partir de una construcción comunicativa, no como sujeto universal de derechos, sino distinguiendo entre personas (ciudadanos) y no personas (enemigos). Sin embargo, la cualidad de persona es una atribución, y no cabe hablar de autoexclusión de la peligrosidad por parte del enemigo a combatir. Es el Estado el que decide mediante las normas quien es ciudadano y cuál es el

<sup>40</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., "Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual", en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 100.

<sup>41</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., "Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista", *op. cit.*, p. 1439.

<sup>42</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, pp. 320 y 321.

*status* que ello comporta: "no caben las apostasías del *status* de ciudadano"<sup>43</sup>. Porque la mejor manera de "desautorizar" al "enemigo" es la reafirmación de su pertenencia a la ciudadanía general, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor<sup>44</sup>. Es más, la política contraria de demonización de los "enemigos", excluyéndoles del círculo de mortales "normales", da mayor relevancia a sus hechos, que es precisamente lo que buscan, sobre todo en el caso del terrorismo.

En cualquier caso, como resalta CANCIO, los fenómenos frente a los que reacciona el Derecho penal del enemigo no tienen esa especial peligrosidad, por lo que no es un mecanismo defensivo. Al menos, entre los candidatos a enemigos en las sociedades occidentales (criminalidad organizada, tráfico de drogas, ETA), no parece que haya alguno que realmente pueda poner en cuestión la relativa tranquilidad de las mismas en un futuro previsible<sup>45</sup>. Lo único que tienen de especial estos fenómenos es que se trata de comportamientos delictivos que afectan a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades. Pero, frente a ellos, la solución no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino en "la manifestación de normalidad"<sup>46</sup>, en la negación de la excepcionalidad; o lo que es lo mismo, en una reacción conforme a los criterios de proporcionalidad e imputación que están en la base del sistema jurídico-penal normal.

### C) *El inadmisibile retorno a un Derecho penal del autor*

Pero ¿cómo se define al enemigo? JAKOBS se limita a dar algunas pistas, muy vagas, que recuerdan mucho a las construcciones teóricas de los penalistas nazis sobre el "Derecho penal de autor", pues se limita a decir: "el enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual "peligroso" según el parágrafo 20.a del Código penal alemán), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo "complot de asesinato"), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de

<sup>43</sup> CANCIO MELIA, M., "De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?, *op. cit.*, p. 133.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p.130.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 132.

seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento"<sup>47</sup>. Esto es, se trata, al parecer, y a juicio de MUÑOZ CONDE, "de sujetos que mantienen una actitud de permanente rebeldía u hostilidad contra el sistema social, que se manifiesta a través de actitudes o de la comisión de hechos que pueden coincidir con delitos comunes, algunos graves, como el terrorismo o el tráfico de drogas; otros no tanto, e incluso de escasa gravedad, como sucede con los delincuentes habituales contra la propiedad"<sup>48</sup>.

Con esta construcción teórica, en definitiva, el Derecho penal del hecho ha devenido en un siempre rechazable Derecho penal del autor. Con la amplia eliminación de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista, se ha llegado a que el "estar ahí" de algún modo, "formar parte" de alguna manera, "ser uno de ellos", aunque sea sólo en espíritu, es suficiente<sup>49</sup>. Y es que el Derecho penal del enemigo adelanta de tal forma la punibilidad, que al referirse únicamente a la lesión de la norma, cabe incluso interpretar que la misma ya se manifiesta en procesos psíquicos internos<sup>50</sup>. Sin embargo, en un Estado de Derecho no cabe convertir al sujeto en una emanación de peligro, un riesgo para la seguridad, y, en virtud de ello, en enemigo del ordenamiento jurídico. Esto es, no cabe legitimar la creación de un Derecho policial en el que rige, no la evitación de resultados lesivos, sino la persecución de la condición del autor, de la "maldad" de los enemigos<sup>51</sup>. Porque en la base de toda construcción teórica que verse sobre el comportamiento humano, o las peculiaridades de su vida en sociedad, debe estar el reconocimiento del otro como igual y libre<sup>52</sup>.

En definitiva, no hay enemigos en Derecho penal, por lo que, de hecho, todos los seres humanos son ciudadanos. La diferenciación conceptual entre Derecho penal del ciudadano y "Derecho penal" del enemigo sólo implica eso: el establecimiento de una diferencia entre esta clase de ley penal y las características esenciales de lo que hasta ahora ha sido considerado Derecho penal

---

<sup>47</sup> JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", *op. cit.*, pp. 41 y 42.

<sup>48</sup> MUÑOZ CONDE, F., "¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»?", *Revista Penal*, 21, enero 2008, p. 98.

<sup>49</sup> CANCIO MELIÁ, M., "De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?", *op. cit.*, p. 1

<sup>50</sup> GÖSSEL, K.H., "Réplica del Derecho penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho", *op. cit.*, p. 97.

<sup>51</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", *op. cit.*, p. 71.

<sup>52</sup> RAMOS VAZQUEZ, J.A., "Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista", *op. cit.*, p. 1437.

en nuestro entorno jurídico-político<sup>53</sup>. Esta forma de legislar no es sino una regresión a meros mecanismos defensistas, un desarrollo degenerativo en el plano simbólico-social del significado de la pena y del sistema penal<sup>54</sup>.

### 3. Conclusiones valorativas: el rechazo mayoritario del Derecho penal del enemigo

Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental es una sociedad paralizada, incapaz de asumir el menor cambio y progreso, el menor riesgo. Es más, poco efecto preventivo se puede esperar de unas leyes que cosifican a determinados grupos de personas, calificándoles como "no personas". Tal exclusión, al contrario de lo que se pretende, les legitima en sus ataques al Estado<sup>55</sup>.

En cualquier caso, ¿se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con los principios fundamentales? ¿Puede utilizar el Estado de Derecho, sin perder su nombre, los medios represivos característicos de un Estado dictatorial? Puede que con reformas y recortes de los derechos fundamentales, e incluso violación de las garantías básicas del Estado de Derecho, se pueda luchar más o menos eficazmente contra el "enemigo", pero lo que sí está claro es que también se está abriendo una terrible puerta por la que puede colarse, estamos con MUÑOZ CONDE, "un Derecho penal de cuño autoritario, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras"<sup>56</sup>. Porque el triunfo de esta tesis sólo significa la supresión de lo político, la eliminación de cualquier espacio de discrepancia de valores, despreciando toda idea de transformación radical y el concepto mismo de la democracia<sup>57</sup>. Bajo esta conceptualización, el Derecho queda reducido a una simple técnica y su legitimación limitada por la idea de la persona como construcción comunicativa, un subsistema donde sólo interesa el control social para la satisfacción de las necesidades individuales de crecimiento económico<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> CANCIO MELIÀ, M., "De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?, *op. cit.*, p. 143.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>55</sup> MUÑOZ CONDE, F., "El nuevo Derecho penal autoritario", *op. cit.*, p. 175.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>57</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", *op. cit.*, p. 80.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

El Derecho penal del enemigo, en definitiva, podría hacer desaparecer el Derecho penal como racionalizador del *ius puniendi* del Estado, porque no es sino un estado de guerra, que no sólo es todo lo contrario al Derecho penal, sino al Derecho en general<sup>59</sup>. El Derecho penal del enemigo, y nos guste o no, "contamina" el Derecho penal ordinario<sup>60</sup>. Ciertamente, "una sociedad no ilustrada y un Derecho penal ilustrado no van juntos". Pero, ¿hemos llegado ya a ese punto?<sup>61</sup> Pues parece que sí, o al menos eso refleja la práctica legislativa de muchos países y, entre ellos, el nuestro.

## II. EL DERECHO PENAL ANTE LOS RETOS DEL SIGLO XXI

### 1. La "globalización" del planeta y sus efectos en el Derecho penal

Lamentablemente, y así nos lo recuerda DEMETRIO, el Derecho penal del enemigo no es tan sólo una concepción teórica, sino que existe tanto en nuestra legislación penal y procesal penal (en materia de terrorismo, tráfico de drogas o inmigración) como en la praxis de la política internacional, que ya no se pregunta por las causas de fenómenos tan complejos como el terrorismo, sino que sólo se limita a combatir sus efectos, incluso mediante guerras colectivas o asesinatos colectivos<sup>62</sup>. Efectivamente, si hay un fenómeno que en la actualidad suscita especial alarma por las dimensiones que está adquiriendo —lo que justifica tal preocupación—, es el de una clara expansión del Derecho penal y, más concretamente, de la cristalización del denominado "Derecho penal del enemigo", acompañada, como ya hemos perfilado, de su correspondiente legitimación teórica. Una alarma producida, además, tal y como escribe MARESCA, "en un contexto mundial definido, a corto plazo, por el proceso de recolonización puesto en marcha en Iraq, en principio como respuesta a la emergencia terrorista desencadenada el 11-S, y a largo plazo por una estrategia global de gobierno de la economía mundializada en términos estrictamen-

<sup>59</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., "Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista", *op. cit.*, p. 1439.

<sup>60</sup> CANCIO MELIÁ, M., "De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?", *op. cit.*, p. 149

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>62</sup> DEMETRIO CRESPO, E., "Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»", *op. cit.*, pp. 1029 y 1030.

te antagónicos a los de un gobierno público de la económica"<sup>63</sup>. Este doble contexto está teniendo como rasgo común la pérdida de fuerza de la idea del imperio de la Ley<sup>64</sup>. Una amenaza a las exigencias básicas del Estado de Derecho y de la legitimidad democrática, tanto en el orden interno como en el internacional, en el que éstas son más débiles<sup>65</sup>.

Desde hace ya casi 20 años se oye hablar de globalización de la economía. Un único modo de pensar y ¿repensar? la economía, sin duda favorecido por el derrumbe del Bloque soviético y la consecuente expansión de una forma única de configuración de las actividades económicas, la de los Estados Unidos<sup>66</sup>. A partir de 1989 el escenario mundial cambió bruscamente, y la economía planetaria ya no encontró obstáculos que dificultasen el movimiento de capitales y mercancías. Y es que de un día para otro, en magnífica reflexión de BRAVO, "se desplomó el precario equilibrio basado en el temor al contragolpe entre las dos superpotencias, los Estados Unidos y la Unión Soviética, surgido al término de la segunda Guerra Mundial en Yalta"<sup>67</sup>. Porque con el muro de Berlín, también cayeron la división de Alemania, de Europa y del mundo; o lo que es lo mismo, cayeron las fronteras de los Estados y los muros (de hierro, de bambú, "de la vergüenza")<sup>68</sup>, que habían repartido el planeta entre las dos grandes potencias.

<sup>63</sup> MARESCA, M., "Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley", en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía - Akal, Madrid, 2005, p. 87.

<sup>64</sup> "En el primer caso —escribe MARESCA— porque en la cultura del Estado de Derecho la idea de imperio de la ley está unida a la de poner límites al poder del Estado, y concretamente a la idea de minimizar el poder punitivo del Estado, y en el segundo, porque en la guerra en curso desde el principio se optó abiertamente por dejar bien claro que lo que se ha dado en llamar la "agenda hegemónica" se llevaría a la práctica con o sin cobertura legal". *Vid.*, en MARESCA, M., "Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley", *op. cit.*, p. 88.

<sup>65</sup> DE LUCAS, J., "Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes", *op. cit.*, p. 207.

<sup>66</sup> BERGALLI, R., "Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía", en LOSANO, M.G., MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 60.

<sup>67</sup> BRAVO LIRA, B., "*Fiat ius, ne pereat mundus*. El Derecho frente a la globalización de la violencia", en LOSANO, M.G., MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 125 y 126.

<sup>68</sup> BERGALLI, R., "Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía", en LOSANO, M.G., MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*,

Hoy en día, se vive una cadena de procesos económicos, políticos, científicos y culturales que están cambiando el escenario de las condiciones de la vida social que se describe con la palabra “globalización”. Una nueva perspectiva de la economía mundial, a la que las economías nacionales no pueden sustraerse, por más que quieran, y se ven obligadas a ajustar sus ritmos de intercambio al ritmo que les marque el movimiento del capital transnacional<sup>69</sup>. Porque la globalización, en resumen aportado por VELÁSQUEZ, equivale a la autonomía de la economía en relación a la Política; el surgimiento de nuevas estructuras de decisión en el ámbito planetario; la “descentralización” de las estructuras políticas del capitalismo; la estandarización de las prácticas comerciales en el ámbito mundial; la desregulación de los MERCADOS de capitales; la interconexión de los sistemas financieros y de seguridad a escala global; la reasignación geográfica de las inversiones productivas y la volatilidad de las transacciones especulativas<sup>70</sup>.

Ahora bien, esto no tendría porque ser tan malo si a todos les beneficiara del mismo modo, pero el problema es que no es así. Este cuadro de la economía mundial tiene consecuencias muy dispares, según la parte del planeta de que se trate. Porque si bien el comercio, la publicidad de artículos de consumo y el movimiento mercantil llega a todos los lugares, la capacidad adquisitiva y el nivel de ingresos no es ni mucho menos tan democrático, sino todo lo contrario: la polarización entre pobres y ricos nunca había sido tan evidente. Esto es, la globalización sólo ha beneficiado a unos pocos —centralizándose, hoy por hoy, en cuatro polos: EEUU, la Unión Europea, Japón y la emergente superpotencia económica China— y en absoluto detrimento de todos los demás. Esto es, estamos ante un mundo claramente dividido entre “ganadores” y “perdedores” con la creación de nuevas pautas de inclusión y exclusión, dependiendo de la mayor o menor capacidad de las diferentes sociedades para hacer frente a sus continuos retos<sup>71</sup>. Ante la consolidación, en definitiva, y estamos de acuerdo con PÉREZ CEPEDA, de un mundo con dos visiones y una humanidad con dos dimensiones: la de los países desarrollados que cada día

---

Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 68.

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

<sup>70</sup> VELÁSQUEZ, F., “Globalización y Derecho penal”, en LOSANO, M.G., MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 186.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

acumulan más riqueza y capital, y la de los países en vías de desarrollo que cada vez están más hundidos en la pobreza, sumisión y explotación<sup>72</sup>.

En tal contexto, no es que el Estado desaparezca, sino que sufre una clara transformación en la que los procesos de decisión son indirectos<sup>73</sup>; esto es, y de acuerdo con ELBERT, ahora la prioridad en las políticas del Estado la tienen los hombres de negocios, que dictan a los gobernantes las medidas correctas, en las que obviamente importan más las cifras que las personas<sup>74</sup>. Una política de dependencia absoluta del Estado respecto del MERCADO financiero mundial, y de los poderes privados constituidos a su amparo, que limita significativamente su capacidad de gobierno sobre importantes variables de la economía mundial<sup>75</sup>. Una economía, de su parte, y como hemos anticipado, de clara exclusión, que incrementa la marginalidad, pues al final sólo unos pocos saquean la economía planetaria mientras cientos de millones de personas mueren de inanición. Marginalidad con claras repercusiones en el sistema punitivo, porque el nuevo formato económico origina, a su vez, nuevos conflictos con origen en las víctimas que produce: precarios, sectores improductivos, disidentes, inmigrantes<sup>76</sup>. Esto es, y de forma elocuente nos lo resume PÉREZ CEPEDA, el aumento de la distancia entre incluidos y excluidos determina los estereotipos de diverso y peligroso, lo que contribuye a crear un claro sentimiento de inseguridad en la clase garantizada y una política que se encarga exclusivamente de proveerla controlando a la clase desposeída con respuestas violentas y reacciones proteccionistas exacerbadas<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> PÉREZ CEPEDA, A.I., "La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional", en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1363.

<sup>73</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>74</sup> ELBERT, C.A., "Las tareas teóricas y prácticas de una Criminología para los tiempos actuales", en LOSANO, M.G., MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 234.

<sup>75</sup> Pues el Estado acude al MERCADO financiero para financiar su déficit, produciéndose una más estrecha interconexión entre la política monetaria, la política presupuestaria y la política de la deuda pública nacionales. *Vid.*, en MERCADO, P., "El proceso de globalización, el Estado y el Derecho", en LOSANO, M.G., MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 125.

<sup>76</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>77</sup> PÉREZ CEPEDA, A.I., "La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional", *op. cit.*, p. 1364.

## 2. Los perfiles de la "modernización" del Derecho penal: hacia un Derecho penal de la seguridad

La transformación progresiva del modo de producción capitalista ha incidido simultáneamente en un proceso de mutación del Derecho, y por supuesto del Derecho penal, puesto que éste, en el nuevo escenario postfordista y de globalización neoliberal, se ha visto obligado a gestionar mayores niveles de exclusión y de conflictividad social, y lo hace concentrando los recursos en el control de los sectores más perjudicados por el nuevo modelo socioeconómico<sup>78</sup>. Esto es, como bien describe MUÑAGORRI, ante los enormes desequilibrios económicos derivados de la globalización, el Estado, mientras por una parte ha minimizado su intervención para equilibrar, aunque sea inestablemente, las relaciones entre la economía y la sociedad, y gestiona con la llamada flexibilidad y la reducción del gasto social las tasas del beneficio del capital; por otra parte, en el otro lado del espejo, maximiza la penalidad, y el Derecho sancionador en general, a la vez que incrementa, especialmente y de forma complementaria, el control formal e informal, la vigilancia, la visibilidad sobre la nueva complejidad social<sup>79</sup>. Porque ahora la finalidad del Derecho penal es la pacificación interior, el control de los sectores no productivos y productivos en movimiento mediante las políticas de seguridad y orden público<sup>80</sup>. En definitiva, la globalización del modelo económico de la economía de MERCADO está provocando una reducción del Estado social y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario<sup>81</sup>.

En este contexto, en la lógica económica global, guiada por la búsqueda de beneficios, el peso de la dignidad de los individuos disminuye hasta la pérdida de derechos<sup>82</sup>. El carácter de la vida social y la calidad de los derechos de los individuos se están alejando peligrosamente del modelo de Leviatán (contrato social) vigente en la fase del Estado social, mientras se respetaron las cláusulas

<sup>78</sup> BRANDARIZ GARCÍA, J.A., "Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas", en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 51.

<sup>79</sup> MUÑAGORRI LAGUÍA, I., "Derecho penal intercultural y crisis del principio de soberanía", en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía - Akal, Madrid, 2005, p. 199.

<sup>80</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>81</sup> MUÑOZ CONDE, F., "El nuevo Derecho penal autoritario", *op. cit.*, p. 182.

<sup>82</sup> PÉREZ CEPEDA, A.I., "La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional", *op. cit.*, p. 1346.

las del pacto entre Estado y MERCADO<sup>83</sup>. Ahora se asiste a una primacía de lo económico sobre la política, y sobre cualquier otra razón moral distinta de las razones del MERCADO. La razón económica se ha convertido en una suerte de razón de Estado<sup>84</sup>, donde el objetivo de los gobiernos no es sino conservar el poder del Estado, pero entendido como conservación del *status* de poder de un individuo o una familia<sup>85</sup>. En definitiva, se antepone el valor "seguridad" a cualquier otro, utilizándose como el perpetuo pretexto para no hacer los cambios sociales y económicos necesarios para reducir los niveles de pobreza y así alcanzar una mayor justicia social a nivel mundial<sup>86</sup>. Porque la concepción del Derecho penal que se impone está claramente enfocada a defender los intereses predominantes y no a favor de los sometidos, tan necesitados de mejorar sus condiciones de justicia conmutativa y distributiva<sup>87</sup>. Porque, en certeras palabras de BERGALLI, "cuando el espacio público pierde terreno a favor del privado, y las demandas sociales se hacen irrefragables, el recurso a la represión se hace insubstituible. Y este es el punto de comienzo para la expansión del control penal irrefrenable"<sup>88</sup>.

Y es que, de acuerdo con NAVARRO, son tres las notas características del Derecho penal de la globalización<sup>89</sup>, o si se quiere del "moderno" Derecho penal: su expansión, su permanente flexibilización y la necesidad de su unificación. Su *expansión* se debe a que la criminalidad asociada a la globalización es principalmente económica y en la que los riesgos a proteger ya nos son individuales, sino colectivos, por lo que se amplía la tutela penal a bienes jurídicos antes no protegidos. De su parte, la *flexibilización* se debe a que la protección de tales bienes, y frente a tales riesgos, exige la incorporación de tipos penales cada vez más abiertos y el recurso a los delitos de peligro abstracto y de comisión por omisión, con lo que se flexibilizan las reglas de la imputación y las garantías penales y procesales. Finalmente, la *necesidad de unificación* está clara, pues si la globalización requiere ciertos estándares mínimos de seguri-

<sup>83</sup> MARESCA, M., "Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley", *op. cit.*, p. 101.

<sup>84</sup> MERCADO, P., "El proceso de globalización, el Estado y el Derecho", *op. cit.*, p. 156.

<sup>85</sup> MARESCA, M., "Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley", *op. cit.*, p. 99.

<sup>86</sup> MUÑOZ CONDE, F., "El nuevo Derecho penal autoritario", *op. cit.*, p. 162.

<sup>87</sup> VELÁSQUEZ, F., "Globalización y Derecho penal", *op. cit.*, p. 190.

<sup>88</sup> BERGALLI, R., "Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía", *op. cit.*, p. 72.

<sup>89</sup> NAVARRO DOLMESTICH, R., "Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y amenaza de crisis del principio de legalidad: la incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización", en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 160 y ss.

dad, también hará exigencia de una estandarización de los sistemas penales; esto es, de un Derecho penal global. Veamos, en todo caso, algunas de estas pautas:

A) *La Administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo: protección de bienes jurídicos colectivos y proliferación de los delitos de peligro abstracto*

El avance tecnológico y la actividad industrial han generado, sin lugar a dudas, el incremento de riesgos conocidos y la aparición de otros nuevos (por ej., derivados de la energía nuclear o de la tecnología genética) y frente a ellos se demanda seguridad. En base a ello —escribe RAMOS—, el Derecho penal se enfrenta a situaciones inciertas, en las que las categorías que había venido manejando durante mucho tiempo parecen convertirse en meras abstracciones con muy poca virtualidad para hacer frente a los problemas y fenómenos presentes: es la *sociedad del riesgo*<sup>90</sup>. Esto es, el deterioro progresivo del Estado-nación, de su economía, está condicionando las actuales políticas penales basadas predominantemente en el control, en la inspección permanente de los espacios en los que habitan esos sectores de riesgo, las nuevas “clases peligrosas”<sup>91</sup>. La orientación es hacia objetivos preventivos, entendiendo que las normas penales son el instrumento de control social al que acudir para conducir, y en su caso corregir, los desarrollos sociales<sup>92</sup>. Porque, de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, en la actual sociedad los ciudadanos se han convertido en auténticas clases pasivas deseosas de eliminar cualquier atisbo de riesgo, y se identifican con la víctima del delito, de modo que el Derecho penal ha pasado de ser la *Magna Charta* del delincuente a ser la *Magna Charta* de las víctimas<sup>93</sup>. O lo que es lo mismo, la disminución de los niveles de riesgo permitido es producto directo de la sobrevaloración esencial de la seguridad frente a la libertad, la libertad de acción ha cedido con claridad frente a la libertad de no pasión<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, *op. cit.*, p. 67.

<sup>91</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>92</sup> PARIONA ARANA, R., “El derecho penal «moderno»”, en *Revista penal*, nº 20, julio-2007, p. 157.

<sup>93</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Cívitas, Madrid, 2001, p. 36.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 33.

Este fenómeno, que globalmente se puede denominar “administrativización del Derecho penal”, se caracteriza, pues, por la combinación de factores como la introducción de nuevos objetos de protección, la anticipación de las fronteras de protección penal, y la transición, en definitiva, de los delitos de lesión de bienes individuales al modelo de delito de peligro de bienes supra-individuales<sup>95</sup>. En consecuencia, se trata de una intervención marcadamente preventiva del Derecho penal para hacer frente a las recientes demandas de seguridad frente a las “nuevas” fuentes de riesgo, entendiendo que aquél puede adaptar sus estructuras y reglas a las necesidades modernas, aun cuando haya que reinterpretar algunas de ellas<sup>96</sup>. Porque, ciertamente, han aparecido nuevos riesgos que provocan una situación de inseguridad superior a lo esperado de forma racional, dado el riesgo que objetivamente existe, y el ciudadano pide protección al Derecho penal. Protección de bienes jurídicos colectivos, sociales, estatales, con figuras abiertas en las que caben multitud de comportamientos. Protección de bienes jurídicos difusos con proliferación de los delitos de peligro abstracto y en detrimento de los delitos de peligro concreto, de lesión y de resultado<sup>97</sup>. También de los imprudentes, pues la incriminación de estas conductas por esa vía no resulta satisfactoria, al caracterizarse justamente por la confianza del agente en la no-producción del resultado<sup>98</sup>. En todo caso, con este afán criminalizador de conductas peligrosas se incrementa la funcionalización del Derecho penal, que se pone al servicio del control político de los grandes problemas de origen social, lo que produce como efecto su clara expansión<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 1048.

<sup>96</sup> NAVARRO CARDOSO, F., “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1324.

<sup>97</sup> Pues los delitos de peligro abstracto, al disminuir las existencias típicas, facilitan la labor de subsunción del juez y, por ende, su aplicación, con lo que se constituyen en eficaz instrumento de consecución de seguridad. Es más, el hecho de que sean delitos de víctima lejana —o, incluso, delitos sin víctima— encaja perfectamente en el modelo de Derecho penal del riesgo, pues al anticiparse tanto la intervención penal, y criminalizarse sólo desviaciones de estándares de comportamiento, la capacidad lesiva de las conductas abstractamente peligrosas es sólo formal; incapaces, pues, de generar aún víctimas. *Vid.*, en NAVARRO CARDOSO, F., “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, *op. cit.*, p. 1335.

<sup>98</sup> DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 1049.

<sup>99</sup> NAVARRO CARDOSO, F., “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, *op. cit.*, p. 1327.

B) *Expansión de la actividad punitiva y Derecho penal como prima ratio. La crisis del bien jurídico en su papel limitador*

Ante la pretensión de salvaguarda a cualquier precio de la seguridad frente a los nuevos peligros, asistimos a la prevalencia del afán criminalizador sobre el despenalizador. Como hemos visto, los nuevos riesgos generan crecientes demandas de seguridad, y se acude al Derecho penal para su satisfacción. Es más, también se incrementan las penas en aquellas conductas que ya estaban insertas en el texto punitivo, a fin de intensificar la fidelidad a los estándares de comportamiento ya fijados, poniendo en apuros al mismo principio de proporcionalidad<sup>100</sup>.

Además, y por si lo anterior fuera poco, la decadencia progresiva del Estado social da paso a la represión penal de la pobreza en nombre de la seguridad interior y su regulación desde el aparato de la justicia penal<sup>101</sup>, con lo que asistimos a la "aparición de la retórica moralista de la defensa de la seguridad ciudadana y el orden público"<sup>102</sup>. Esto es, ante el evidente aumento de la delincuencia, y el correspondiente sentimiento de inseguridad, se exige efectividad y protección. Porque el exponente máximo de la crisis del Estado social es la penalización de los sectores más perjudicados por ella, simbolizándose en la estrategia de la "tolerancia cero". Una búsqueda de efectividad, a toda costa, del Derecho penal, que justifica su expansión, siendo los desempleados, los sin hogar, los mendigos, las prostitutas, los inmigrantes, etc., los principales objetivos de la actual política criminal de control<sup>103</sup>. Y en ella, los principios de dignidad, del acto, de culpabilidad y proporcionalidad, pasan a ocupar un lugar secundario, hablándose en su lugar de la necesidad de privatizar la justicia y las cárceles. Esto es, se pasa de la *ultima ratio* a la *prima ratio* en la intervención penal. O lo que es lo mismo, y en definitiva, con la excusa de la alarma social que generan la inmigración, o los delitos contra la propiedad privada, se generaliza el léxico de la seguridad y se propone el olvido de los principios, apostando por la neutralización de las clases peligrosas, y sin inquirir legitimación alguna para la aplicación de la pena ni para la extensión del marco represivo policial<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 1328.

<sup>101</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 50.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 70. En ilustrativas palabras de FERRÉ, "el Derecho penal ha iniciado una carrera expansiva desmedida, abandonando lo que se suele denominar Derecho penal central o nuclear, permitiendo cuestionar la vigencia de muchos de sus tradicionales principios". *Vid.*,

Y es que en este panorama, en concreto, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos pierde toda su capacidad limitadora, tal y como se apunta desde diversos sectores doctrinales, siendo el más representativo la conocida como "Escuela de Frankfurt"<sup>105</sup>. Pues el Derecho penal del riesgo, al estar basado en ofertas de criminalización, convierte al bien jurídico en criterio legitimador de expansión del Derecho penal, pues se pretende su intervención en esferas donde antes no lo hacía, o su anticipación en algunas en las que ya intervenía<sup>106</sup>; esto es, "el fundamento del injusto deja de ser el bien jurídico-penal para pasar a ser el propio desvalor de acción"<sup>107</sup>. Una pérdida de la tradicional eficacia limitadora del bien jurídico basada en la búsqueda de estabilización de determinados elementos de identidad social a fin de garantizar la vigencia de la norma; esto es, la exigencia de que la pena cumpla una función preventivo-general positiva. En definitiva, un Derecho penal simbólico que sólo trata de transmitir sensación de seguridad<sup>108</sup>, y que, para ello, flexibiliza las garantías y reglas de imputación hasta límites intolerables. Un claro acercamiento —nos advierte SOTOMAYOR— del Derecho penal moderno (o del riesgo) al Derecho penal del enemigo, pues ambos modelos convergen en la deslegitimación de un Derecho penal garantista o liberal, desde el momento en que el Derecho penal mengua su capacidad crítica en otrora limitadora del poder punitivo convirtiéndose en un instrumento de promoción o reafirmación de los intereses sociales<sup>109</sup>.

---

en FERRÉ OLIVÉ, J.C., "¿Hacia un nuevo Derecho penal sectorializado?", en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 231.

<sup>105</sup> Conformada por los profesores de Frankfurt: Winfried HASSEMER, Wolfgang NAUCHE y Peter-Alexis ALBRECHT, y para quienes el Derecho penal "clásico" se asocia al modelo de ordenamiento jurídico desarrollado en el curso de los siglos XVIII y XIX que se apoyó en la filosofía de la ilustración y del idealismo alemán. *Vid.*, en PARIONA ARANA, R., "El derecho penal «moderno»", *op. cit.*, p. 157.

<sup>106</sup> En elocuentes palabras de NAVARRO, "lo característico del Derecho penal del riesgo es que en sus objetos de tutela no siempre subyacen en última instancia derechos humanos clásicos o pertenecientes a una nueva generación, sino condiciones o estándares de seguridad necesarios para la estabilidad del sistema. Se trata de evitar perturbaciones sociales que afectan sólo a la estabilidad de los contextos económicos, en cuanto no se ajustan a dichos estándares. Consecuencia inmediata es la formalización del contenido material de los bienes jurídico-penales funcionalizándolos en atención a las necesidades de seguridad. *Vid.*, en NAVARRO CARDOSO, F., "El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador", *op. cit.*, p. 1332.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 1333.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 1329 y ss.

<sup>109</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada?", *op. cit.*, pp. 153 y 154.

### C) Tendencia al antigarantismo penal y procesal

En la actualidad, y como crítica de la “Escuela de Frankfurt”, asistimos a un reemplazo del Derecho penal de la Ilustración basado en las garantías, por un Derecho penal que deja de lado los principios o los flexibiliza de tal manera que los termina eliminando<sup>110</sup>. El fenómeno de la expansión se inserta claramente en un marco general de restricción, o reinterpretación, de las garantías clásicas del Derecho penal, y ello debido a circunstancias que conectan con la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos (bienes jurídicos supraindividuales), la técnica de tipificación utilizada (los delitos de peligro abstracto) y las características de los autores (criminalidad organizada, transnacional, etc.)<sup>111</sup>. Esto es, en la búsqueda de la defensa de los bienes jurídicos a costa de lo que sea, el principio de legalidad ya no se alza como un axioma y se asiste a la abundancia de tipos abiertos, abuso de las normas penales en blanco y de cláusulas generales en las tipos delictivos.

Una tendencia hacia un “populismo antigarantista”, en donde cualquier derecho fundamental queda reducido a un mínimo en pos de la eficiencia del poder represivo del Estado de derecho, con el fin expreso o no de calmar a la opinión pública y su idea ancestral de venganza<sup>112</sup>. Y es que el actual “derecho a la seguridad” contradice la función clásica de garantía de los derechos fundamentales, pues a medida que más crezca el derecho fundamental a la seguridad, el clásico derecho a la libertad se verá recortado<sup>113</sup>. Porque la conversión del Derecho penal en un Derecho penal-policial absoluto equivale, prácticamente, a la eliminación del individuo para lograr la conservación de la sociedad<sup>114</sup>. Esto es, frente al Derecho penal clásico, elaborado fundamentalmente, sobre la base de los delitos de homicidio o de hurto, cometidos individualmente, el actual Derecho penal de la globalización ofrece un paradigma de delito organizado que vulnera bienes supraindividuales con repercusiones claras: se amplían los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, provocando un Derecho penal menos garantista, en el que castigan los ataques a nuevos bienes jurídico-penales, las tradicionales reglas de imputación mues-

<sup>110</sup> DONA, E.A., “¿Es posible el Derecho penal liberal?”, en LOSANO, M.G., MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 209.

<sup>111</sup> DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 1051.

<sup>112</sup> DONA, E.A., “¿Es posible el Derecho penal liberal?”, *op. cit.*, p. 220.

<sup>113</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 55.

tran una rigidez decreciente<sup>115</sup>, y en el que también se relativizan los principios político-criminales de garantía, tanto sustantivos como procesales<sup>116</sup>.

Porque el antigarantismo, o fuerte restricción de las garantías de los ciudadanos, también alcanza al Derecho procesal, donde se introducen los procedimientos breves y sumariales, lesionándose gravemente las garantías del debido proceso. Porque “el 11-S —escribe PORTILLA— ha reorientado la filosofía de la seguridad global, creando un proyecto de defensa en el que desaparece el principio de legalidad procesal y se muda en un Leviatán omnipresente e incontrolable, un Leviatán global interesado en el control y vigilancia de la identidad del sistema y la exclusión de lo diferente. Así, desde aquella fecha, la gama de medidas adoptadas, al principio sólo destinadas a los sospechosos, y posteriormente extendidas a la observación de todos los ciudadanos, es múltiple: “escuchas ilegales”, el control electrónico en autopistas o el detector de personas. Medidas que, con la excusa de la lucha contra la delincuencia, promueven una identificación entre el modelo policial y los servicios secretos”<sup>117</sup>.

#### D) *El abandono del ideal resocializador en la lucha contra el enemigo. La privatización de las funciones de control*

En este marco legislativo mundial, no cabe duda, y es lógico habida cuenta de todo lo que hemos visto hasta ahora, la población penitenciaria crece a un ritmo superior al de ninguna otra época, a lo que debe añadirse el internamiento de migrantes irregulares en centros de detención. Un incremento que, sin embargo, —nos recuerda BRANDARIZ— no es proporcional al incremento de la criminalidad, sino el efecto de los nuevos modos de gestión del deterioro

<sup>115</sup> FERRÉ OLIVÉ, J.C., “¿Hacia un nuevo Derecho penal sectorializado?”, *op. cit.*, p. 232. La flexibilización alcanza a casi todas las reglas de imputación: en lo que a la *imputación subjetiva* se refiere, pierde significado la distinción entre dolo e imprudencia, transformándose el dolo eventual (el conocimiento de la conducta riesgosa) en paradigma del tipo subjetivo. En el ámbito de la *autoría y participación*, se difuminan las diferencias entre ambas categorías, aproximándose a un concepto unitario de autor, por no hablar de las pretensiones inculpativas en el ámbito de las personas jurídicas abogándose por la exigencia de responsabilidad a las mismas. En cuanto al *iter criminis*, se criminalizan como formas consumadas conductas propias de ámbitos previos, incrementándose, de este modo, la intensidad de la reacción penal. *Vid.*, en NAVARRO CARDOSO, F., “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, *op. cit.*, p. 1338.

<sup>116</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Prólogo”, en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 11.

<sup>117</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 51.

de la situación social y de la emergencia de la exclusión social<sup>118</sup>. Porque las medidas que hoy se proponen, y se imponen, están basadas en la expulsión, la exclusión o la humillación del infractor. Un retorno al modelo penal fundado en criterios de utilidad, daño social, en la concepción de la ruptura del contrato social y en reconstrucción del "enemigo", que no sólo disciplina al sujeto sino que lo controla en el espacio de peligro supuestamente generado por el colectivo en el que se integra<sup>119</sup>.

Esto es, el Derecho penal se convierte en un instrumento efectivo de política interna para combatir al "enemigo", por lo que se preconizan las penas más severas y rígidas, sin pretensiones de resocialización. La prisión ya no se configura como modelo de perfeccionamiento de cuerpos y almas, sino como emplazamiento de acumulación y desaparición de los sujetos. La prisión cede paso a la exclusión del sujeto, contribuye a la separación, al aislamiento de las "clases peligrosas" que así no contaminan a los sectores productivos<sup>120</sup>. Porque lo que importa no es lo que hacen los individuos, sino su capacidad potencial para hacerlo como integrantes de un grupo de riesgo, por lo que —escribe literalmente PORTILLA— "la medida de seguridad, la expulsión, la exclusión, en definitiva, la inocuización del sujeto, son las nuevas herramientas del Derecho penal"<sup>121</sup>. Una exclusión que, sin embargo, y contrariamente a lo pretendido, más que intimidarlos, puede incluso llevarles a legitimar su ataque al Estado.

Sea como fuere, el incremento de población penitenciaria no ha conllevado, sin embargo, el necesario aumento de gasto público en este campo. Ciertamente, la búsqueda a toda costa de seguridad ha obligado a incrementar los recursos materiales y humanos destinados a esa labor, tanto en materia policial como penitenciaria, pero aún así no es suficiente. Es por ello que se asiste a un fenómeno privatizador de la tradicional función de control del Estado. Esto es, en las últimas décadas se asiste al fenómeno de privatización, tanto de la reclusión penitenciaria como de los dispositivos y medios personales de vigilancia —la seguridad privada—<sup>122</sup>. Un "recorte" del presupuesto público que, paulatinamente, va alcanzando también a la realidad penitencia-

---

<sup>118</sup> BRANDARIZ GARCÍA, J.A., "Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas", *op. cit.*, p. 29.

<sup>119</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>122</sup> BRANDARIZ GARCÍA, J.A., "Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas", *op. cit.*, p. 31.

ria, como ya ocurre en Estados Unidos<sup>123</sup>: disminución del nivel de vida y los servicios penitenciarios, sobre todo en materia de deporte y actividades resocializadoras; mejora de los mecanismos de vigilancia a través de las nuevas tecnologías en materia audiovisual e informática; transferencia de parte de los costes del encarcelamiento a sus familias, cobrando determinados servicios; reintroducción del trabajo no cualificado en las cárceles, mediante convenios con grandes empresas, etc.

### *E) La solución: recuperación de la función limitadora del bien jurídico*

Ciertamente corren malos tiempos para las libertades individuales y también para el Estado de Derecho, luego tampoco son buenos los tiempos para las concepciones garantistas del Derecho penal ante el claro desbordamiento del poder estatal<sup>124</sup>. Ahora bien, y de acuerdo con PARIONA, no se trata de llevar las posturas al extremo y plantear dilemas que no existen. Tampoco se trata de que "el viejo Derecho penal europeo" sea el buen Derecho y el Derecho penal moderno sea ilegítimo *per se*. Y es que, como han señalado ROXIN, KUHLEN SCHÜNEMANN y WOHLERS, "se debe proceder más bien, analizando en cada caso cuando nos encontramos ante intervenciones ilegítimas y cuándo estas intervenciones están justificadas bajo el manto de legitimidad en el cumplimiento de los fines propios del Derecho penal"<sup>125</sup>.

Porque sí hay una cosa clara es que la modernización del Derecho penal es necesaria e imparable, pues los problemas de nuestro tiempo necesitan de respuestas que un Derecho penal pensado para los existentes en el siglo XVIII no está en condiciones de darnos. Pero eso no se debe hacer a cualquier precio, pues si la modernización del Derecho penal realmente quiere representar una "evolución" del mismo, se debe llevar a cabo con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho, y no a golpes de seguridad<sup>126</sup>. O lo que es lo mismo, cuando se reivindica un Derecho penal liberal frente a las propuestas de modernización del Derecho penal, no debe entenderse una demanda a la legislación penal del siglo XVIII o a la sociedad de entonces. Se trata, por el contrario, de reivindicar un modelo de Derecho penal liberal, esto es, un Derecho penal cuya legitimidad depende, de acuerdo con SOTOMAYOR, "no de la

<sup>123</sup> *Ibidem*, pp. 31 y 32.

<sup>124</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada?", *op. cit.*, pp. 148 y 149.

<sup>125</sup> PARIONA ARANA, R., "El derecho penal «moderno»", *op. cit.*, p. 159.

<sup>126</sup> DEMETRIO CRESPO, E., "Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»", *op. cit.*, p. 1052.

mera consecución de determinados fines, sino de obtención de dichos fines de conformidad con ciertas reglas, de cuya observancia depende la admisibilidad del recurso a la herramienta penal<sup>127</sup>.

El Derecho penal debe cumplir necesariamente su función social, lo que supone que también debe ser eficaz en la lucha contra los riesgos en el marco de la sociedad actual. Esta intervención es, incluso, "un deber ético del Estado"<sup>128</sup>. Porque es erróneo pensar que una intervención garantista del Derecho penal parte ineludiblemente de la ilegitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos<sup>129</sup>. Ahora bien, el que tal intervención sea legítima, dependerá de la medida en que los principios tradicionales de imputación de responsabilidad penal pueden ser modificados sin renunciar a la necesaria libertad del individuo en un Estado de Derecho; esto es, se maximiza la función preventiva del Derecho penal sin menoscabar sus principios<sup>130</sup>. O lo que es lo mismo, es legítima la prevención a través del Derecho penal, pero sólo en la medida de su compatibilidad con los principios de atribución de responsabilidad individual justa<sup>131</sup>. En este sentido, y en definitiva, se debe analizar cada norma en particular para poder afirmar o no su legitimidad.

Porque la tarea del Derecho penal es, y seguirá siendo, la protección de bienes jurídicos. Luego, su intervención sólo será legítima si va dirigida a tal protección y, además, en tal tarea se adecúa a los mandatos de necesidad, eficacia, proporcionalidad y racionalidad. La teoría jurídica del bien jurídico, por tanto, debe recuperar su rol crítico. Porque, a juicio de PARIONA, el bien jurídico es "la base material de la dogmática a pesar de todos los pronósticos apocalípticos"<sup>132</sup>. Un bien jurídico que, de este modo, se constituiría en el límite necesario frente a las actuales e imparables tendencias expansivas. Porque lo que nunca debe admitirse es el sacrificio de las garantías en aras a la modernización del Derecho penal, como una consecuencia "necesaria" o "inevitable", dejando de lado que, al fin y al cabo, se está ante una cuestión valorativa<sup>133</sup>.

<sup>127</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada?, *op. cit.*, p. 161.

<sup>128</sup> PARIONA ARANA, R., "El derecho penal «moderno», *op. cit.*, p. 165.

<sup>129</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada?, *op. cit.*, p. 158.

<sup>130</sup> PARIONA ARANA, R., "El derecho penal «moderno», *op. cit.*, p. 159.

<sup>131</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada?, *op. cit.*, p. 160.

<sup>132</sup> PARIONA ARANA, R., "El derecho penal «moderno», *op. cit.*, p. 164.

<sup>133</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada?, *op. cit.*, p. 162.

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

#### 1. Consideraciones generales

Lamentablemente, y como no podía ser de otra manera, el Derecho penal del enemigo también se constata en nuestra legislación penal y procesal y sus incesantes reformas —la última del CP, el actual Proyecto de reforma de noviembre de 2009, seguramente será una realidad en la fecha en que esta elaboración vea la luz—. Unas reformas en las que la actitud del legislador, de acuerdo con MUÑOZ CONDE, ha sido —y es— “una política criminal de cuño conservador y reaccionaria muy extendida también como una de las principales tendencias políticocriminales de finales del siglo XX: la idea de la llamada «tolerancia cero»”<sup>134</sup>. Pero donde con más fuerza se materializa todo el discurso del “Derecho penal del enemigo” es, sin duda, en los delitos relacionados con las drogas y las agresiones y abusos sexuales sobre menores, en las reacciones penales frente al fenómeno de la inmigración y, en general en el Derecho penal de la criminalidad organizada, sobre todo terrorismo. La reacción del Derecho penal frente a estos fenómenos es de verdadero combate jurídico contra individuos especialmente peligrosos. Ahora bien, a diferencia de otros países en que el 11-S marcó el punto de inflexión en el despliegue del régimen de excepción, en nuestro país se ha venido desarrollando una legislación penal y procesal, que paulatinamente ha ido transitando de la excepcionalidad a la generalización, y que ha posibilitado la exclusión de las garantías de los inculcados pertenecientes al crimen organizado (sobre todo terrorismo, tráfico de drogas e inmigración) y ha favorecido el ejercicio de la violencia estatal<sup>135</sup>. Y para ello las reformas<sup>136</sup> han sido continuas desde la entrada en vigor de nuestro actual CP en 1995, pasando del, por aquella fecha, *Código penal de la democracia* al actual *Código penal de la seguridad*, sacrificándose lo que parecía insacrificable: el modelo político criminal subyacente en nuestra constitución, basado en los principios de resocialización, legalidad y humanidad de las penas. Ahora poco o nada queda de ese programa político criminal, que ha

<sup>134</sup> MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre el «el Derecho penal del enemigo»”, *op. cit.*, p. 526.

<sup>135</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>136</sup> Las más significativas son las operadas por LO 7/2003, de 30 de junio, *de medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*; la LO 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*; la LO 15/2003, de 24 de noviembre, *por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*; y el actual Proyecto de reforma del Código penal de 13 de noviembre de 2009.

sido sustituido por uno guiado por una fe inquebrantable en la capacidad de intimidación de las penas, el deslizamiento hacia un Derecho penal de autor, y el recorte del arbitrio judicial<sup>137</sup>.

## **2. La política-criminal antiterrorista: la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y el Proyecto de reforma del CP de noviembre de 2009**

Que el terrorismo es nuestro "Talón de Aquiles" no es una novedad para nadie, y eso hace posible que todas las reformas operadas por los distintos gobiernos sean recibidas con los brazos abiertos; por supuesto, siempre que sean represivas. Sea como fuere, en materia de terrorismo la legislación especial ya permitía suspender determinados derechos que afectaban, fundamentalmente, al plazo de entrega a la autoridad judicial y al periodo y condiciones de incomunicación del presunto terrorista. A tales limitaciones, cabe añadir hoy el art. 527 de la LECrim que impide al incomunicado designar abogado libremente, o transmitir al familiar u otra persona, el hecho de su detención y el lugar de custodia donde se encuentra. De igual forma, tampoco tiene derecho a entrevistarse reservadamente con el abogado de oficio al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido. De otra parte, y como

---

<sup>137</sup> DEMETRIO CRESPO, E., "Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»", *op. cit.*, p. 1031. Y es que la mayor parte de las reformas lo que buscan es incrementar la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución) y que fuera de los supuestos de terrorismo e inmigración ilegal —que tratamos pormenorizadamente— cabría deducirse de medidas como: la rebaja del límite mínimo de duración de la pena de prisión a tres meses (art. 36.1 CP), con lo que pasan a castigarse con penas de prisión de tres a seis meses conductas que antes se sancionaban con penas de arresto de fin de semana (ej. lesiones dolosas del art. 147.2, lesiones por imprudencia grave del art. 152.1.1º, el acoso sexual del art. 184, el abandono de familia de los arts. 226.1 y 227.1, desórdenes públicos del art. 558, etc.; supresión de la sección especial, separada y reservada del Registro Central de Penados y Rebeldes, donde se inscribían las suspensiones de las penas privativas de libertad, con lo que una vez pasado el tiempo de prueba sin delinquir ya no se cancelan inmediatamente los antecedentes penales, sino que deben transcurrir los plazos establecidos con carácter general al efecto; la previsión de que se pasen a considera delito la comisión de cuatro faltas de lesiones (art. 147), hurto (art. 234) o sustracción de vehículos a motor o ciclomotores (art. 244), no juzgadas y cometidas durante un año; la reforma de los delitos de violencia doméstica (arts. 153, 173.2), los delitos contra la seguridad vial (arts. 379 y ss.), los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 270 y ss.), etc. *Vid.*, en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General I, Introducción*, 6ª edic., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 166 y ss.

ya sabemos, tanto la LECrim como la Ley de *Habeas Corpus*, niegan al presunto terrorista el derecho al juez natural del lugar de comisión de los hechos, siendo toda competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional. En definitiva, nos hallamos ante un sistema de emergencia que sustrae las más elementales garantías a las personas detenidas por un presunto delito de terrorismo o de tráfico<sup>138</sup>.

Pero aquí no acaban, ni mucho menos, las excepciones. Las últimas reformas, tanto del Código Penal como de la LECrim, establecen un sistema incoizador para los terroristas, llegando incluso a exigírseles el cumplimiento íntegro de la condena. Efectivamente, con la LO 7/2003, de 30 de junio, *de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*<sup>139</sup>, se establece el cumplimiento efectivo de la sanción sin esperanzas en finalidades preventivas, puesto que se parte incluso de pensar que los beneficios penitenciarios pueden llegar a convertirse en instrumentos al servicio de los terroristas, bandas organizadas u otros delincuentes de gran peligrosidad<sup>140</sup>. De otra parte, se amplían los plazos de incomunicación para los detenidos integrantes de estos sectores pudiendo el tribunal o juez acordar la detención o prisión incomunicadas durante un periodo de trece días (arts. 509 LECrim)<sup>141</sup>. En concreto, esta Ley, que en su propia Exposición de Motivos se marca como objetivo claro "el de lograr una lucha más eficaz contra la criminalidad", adopta claras medidas defensistas frente al enemigo terrorista, y de paso frente a los integrantes de bandas organizadas y los delitos graves, lo que de acuerdo FARALDO, "pone de manifiesto la capacidad expansiva de esta legislación de

<sup>138</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 142.

<sup>139</sup> Una reforma, nos recuerda ACALE, llevada a cabo en un año caracterizado, irónicamente, por los éxitos policiales y la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo; luego una reforma absolutamente injustificada y que no es sino "una muestra más de Derecho penal simbólico: se pretende obtener un beneficio electoral vendiendo seguridad colectiva a cambio de libertades ajenas". Vid., en ACALE SÁNCHEZ, M., "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas", en FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 345.

<sup>140</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 143.

<sup>141</sup> Si bien la incomunicación en principio no puede extenderse más de cinco días, cuando se trate de una actividad de la criminalidad organizada, se admite la prórroga por cinco días más. Pero aquí no acaba todo, excepcionalmente, el juez puede decretar una segunda incomunicación de otros 3 días, con lo que se puede llegar a una incomunicación de 13 días en total.

excepción"<sup>142</sup>. Las medidas adoptadas son: modificación del límite máximo de cumplimiento de penas de prisión en el concurso real de delitos, que pasa de treinta a cuarenta años (art. 76 CP), y la creación de innumerables obstáculos para que estos delincuentes accedan al tercer grado y a la libertad condicional, lo que al final lleva al cumplimiento íntegro de sus condenas, sin permisos ni acceso al tercer grado ni a la libertad condicional. Esto es, una serie de criterios preventivo-generales no ya de mera intimidación, sino de mero *show*, durante una fase en la que únicamente deben primar los criterios penitenciarios; esto es, y en expresiva definición de ACALE, "el castigo se convierte en espectáculo y los condenados en meros actos de una pantomima"<sup>143</sup>. Una crítica que adquiere carta de naturaleza frente a las actuales pretensiones reformistas que imponen medidas de alejamiento a los terroristas que ya han cumplido su pena<sup>144</sup>. Medidas que, bajo el nombre, ya de por sí irónico, de *libertad vigilada*, serán una realidad con la aprobación del Proyecto de reforma del CP de noviembre de 2009<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> FARALDO CADANA, P., "Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", *op. cit.*, p. 302.

<sup>143</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas", *op. cit.*, p. 350.

<sup>144</sup> La salida de prisión del terrorista Iñaki de Juana Chaos precipitó un pacto entre el PP y el PSOE para imponer forzosamente la medida de alejamiento de los terroristas que salgan de prisión de los lugares de residencia de sus víctimas. Se trata, por tanto, de endurecer las previsiones del artículo 48 del Código Penal para que, en determinados supuestos, la prohibición de aproximarse o comunicarse con las víctimas se imponga obligatoriamente en vez de que tengan que pedirlo las acusaciones como pena accesoria a la principal, como sucede hasta ahora. *Vid.*, en EL PAÍS, 2 de agosto de 2008.

<sup>145</sup> Dicho Proyecto, además de aumentar de forma generalizada las penas para los delitos de terrorismo, y de señalar la imprescriptibilidad tanto de estos delitos (art. 131.4 *in fine*) como de sus penas (art. 133.2. *in fine*) cuando se produzca la muerte de una persona, en su art. 96, y dentro de las medidas de seguridad no privativas de libertad, incluye a la libertad vigilada (apartado 3.3<sup>a</sup>). Una nueva medida que, según el art. 106.1, conlleva el control judicial del liberado a través del cumplimiento de alguna de las siguientes medidas: la obligación de estar siempre localizable, de presentarse periódicamente ante el juez, de comunicar cualquier cambio de residencia, de participar en programas formativos, laborales o culturales, de seguir un tratamiento médico, la prohibición de ausentarse de un determinado lugar, de aproximarse o comunicarse con la víctima o sus familiares, de acudir a un determinado lugar, o de desempeñar determinadas actividades, que le puedan facilitar la comisión de hechos delictivos de similar naturaleza. Dicha medida, sea como fuere, se cumplirá con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad previamente impuesta (art. 106.2), y para los delitos de terrorismo será de imposición imperativa, teniendo una duración de entre cinco y diez años, cuando la pena privativa de libertad que le preceda sea grave, y de uno a cinco años cuando fuera menos grave (art. 579.3). En definitiva, se trata de una medida post-penitenciaria cuyo incumplimiento, sin embargo,

En nuestra legislación lo único que parece, en definitiva, es que no interesan tanto los hechos realizados como que el que el sujeto siga o no siendo terrorista, con una clara inversión de la carga de la prueba para el terrorista que desee optar a la libertad condicional<sup>146</sup>. Luego nos encontramos, sin duda, ante un modelo procesal-penal inspirado en la prevención general positiva con pretensiones de eficacia intimidatoria colectiva. O lo que es lo mismo, la reforma se inspira en el funcionalismo sistemático de JAKOBS para quien la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma y la culpabilidad pasa a ser entendida como mera fidelidad a la norma y el delincuente como un desobediente, un infiel que debe ser castigado porque la colectividad lo reclama<sup>147</sup>. En definitiva, aquí rige el principio del interés estatal en perjuicio de la libertad y seguridad personales, un proceso involutivo donde se trasvasa la excepcionalidad de las leyes temporales a la generalización de la excepción representada por la LECrim<sup>148</sup>. Y ese no es, ni mucho menos el camino correcto.

Si lo único que pretende, como parece que así es, tanto la LO 7/2003 como el Proyecto de Reforma del CP de 2009 es la inocuización de cierto tipo de delincuentes, olvidándose de toda posibilidad de rehabilitación y reinserción social, “y con ello —en palabras literales de FARALDO— hacer un guiño a la comunidad, a la que se le permite así satisfacer las ansias de venganza aireadas,

---

conlleva la comisión del delito de quebrantamiento de condena, como el propio Proyecto deja también claro al reformar el art. 468.2 CP.

<sup>146</sup> Entre otros, el abandonar los fines y medios terroristas y colaborar con las autoridades en la prevención de ataques terroristas y la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas. Condiciones difíciles, por no decir imposibles, de cumplir, dado que quien se halla en prisión no puede acceder a los medios terroristas, para así abandonarlos, como exige la ley; y en cuanto a la “invitación obligada” a la delación, además de ilegítima tampoco es de recibo planteada como *conditio sine qua non*. Vid., en RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista”, *op. cit.*, pp. 1442 y 1443. Además, es muy difícil que quien ya ha cumplido la mitad de la condena pueda suministrar una información actualizada y relevante sobre la banda terrorista y sus miembros. Una información a la que, como mucho, tienen acceso los cabecillas, pro no los demás, por lo que, al final, sólo se beneficia a quien más sabe, lo cual constituye una lógica inconstitucional y criminógena. Vid., en FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *op. cit.*, p. 329.

<sup>147</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, *op. cit.*, p. 351.

<sup>148</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 146.

cuando no creadas, por los medios de comunicación”<sup>149</sup>, no nos queda sino que concluir su ilegitimidad y consecuente rechazo desde la perspectiva de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Porque de nuevo asistimos a una insostenible degradación de las garantías del proceso penal que vaticina la confirmación de un Derecho penal y procesal ilegítimo<sup>150</sup>. Sin duda, están cambiando las reglas del juego y el “bien común”, la razón de Estado, identificada con la conservación y el acrecentamiento de su potencia, tienden a convertirse en el fin primario e incondicionado de la acción de gobierno. Sin embargo, debemos reafirmarnos nuevamente en que la razón jurídica del Estado de derecho no conoce amigos y enemigos, sólo culpables e inocentes, y no hay excepciones a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, pues las reglas no pueden ser doblegadas cada vez que conviene. En la jurisdicción el fin no justifica los medios, pues los medios (reglas y formas), precisamente, son las garantías de verdad y de libertad<sup>151</sup>.

En todo caso, y eso tampoco debemos obviarlo, corremos el peligro de que —en una expresión ciertamente popular— “el tiro nos salga una vez más por la culata”, porque lo que quieren las organizaciones terroristas es que el Estado reconozca la existencia de una guerra y le conceda *status* de interlocutor en ella: hablar de paz, de tregua, de guerra contra el terrorismo es hacer el juego a los terroristas, reconocerles una posición al mismo nivel que el Estado. “Frente a ello —escribe literalmente FARALDO—, se les ha de negar la excepcionalidad a todos los niveles: no merecen reacciones desproporcionadas desde el Estado porque sólo pueden poner en peligro las bases esenciales de la sociedad si la propia sociedad se lo permite percibiendo el riesgo que representan como un peligro real de desestabilización, cuando lo cierto es que los medios de que disponen y la índole de los ataques que realizan no son más que picaduras de mosquito en la piel de un elefante”<sup>152</sup>. De hecho, y es muy triste el reconocerlo, de poco sirvieron y sirven estas reformas, pues ni impidieron al atentado terrorista del 11 de marzo de 2004 en Madrid, ni tampoco están desalentando a los terroristas a la vista de los ataques que nuevamente se es-

<sup>149</sup> FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *op. cit.*, p. 316.

<sup>150</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>151</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. (Teoría del garantismo penal)*, Trotta, Madrid, 1997, p. 830.

<sup>152</sup> FARALDO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *op. cit.*, p. 312.

tán produciendo con cierta y triste asiduidad, algunos de ellos con terribles y lamentables costes personales.

### 3. La cosificación como "otro" del inmigrante irregular

A partir de los años 80, en nuestro país surge una legislación de carácter administrativo, procesal y penal contra el inmigrante ilegal, como consecuencia de la crisis económica del sistema capitalista, y donde se resalta la clara incapacidad de aceptación por el Estado de los marginados económicos. Ahora bien, la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social* (modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre) tampoco es que venga a solucionar mucho las cosas. Al ser la seguridad también buscada mediante el derecho administrativo, la conocida como *Ley de extranjería* tampoco se ha separado de la nombrada legislación de "enemigos", pues recorta los derechos de los inmigrantes sin permiso de estancia o residencia, al excluirles los derechos de reunión, libertad sindical, manifestación y huelga. Restricciones que, de otra parte, se confirman en el hecho de que sea dudosa la posibilidad de tutela judicial efectiva cuando el inmigrante es rechazado en la frontera. Además, son enormes las posibilidades de expulsión por irregularidades administrativas como la ausencia del permiso, de su caducidad, por trabajar sin autorización o por encontrarse de forma irregular en nuestro país. De acuerdo con PORTILLA, en esta Ley, nuevamente, el concepto de igualdad se convierte en algo puramente formal, reduciéndose la igualdad "entre iguales". Esto es, los derechos del "extraño" no se recortan primero en el Derecho internacional, sino también ya en el Derecho administrativo<sup>153</sup>. Y ahí es, precisamente, y tal y como ya hemos visto, donde radica la perversión: "no puede hablarse de discriminación ni de conculcación del principio de igualdad —escribe este autor con la elocuencia de siempre— cuando se vetan derechos fundamentales de los inmigrantes ilegales, ya que los parámetros de la comparación se vinculan con el sector al que pertenecen, no con el resto de los ciudadanos"<sup>154</sup>.

Y la situación tampoco es que mejore con las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* y la LO 15/2003, de

<sup>153</sup> SIEBER, U., "Límites del Derecho penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero o internacional", trad. de DEMETRIO CRESPO, en *Revista penal*, nº 22, julio 2008, p. 142.

<sup>154</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 150.

24 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Sendas reformas de nuestro CP, con enormes repercusiones en materia de extranjería, que no son más que un conjunto de preceptos, llenos de incoherencias y limitaciones, y que con la vocación proclamada de defender los derechos del inmigrante, en su condición genérica de personas y específica de trabajador, sin embargo poco permiten avanzar en la consecución de tal objetivo<sup>155</sup>.

Para comenzar, los arts. 312.2 y 313.1 del CP no muestran más que un valor simbólico en la defensa del inmigrante extranjero, protegiendo en realidad los derechos de los trabajadores nacionales. De otra parte, la población migrante, en su triple condición de pobre, extranjero e irregular, no puede sino desembocar en una clara marginalidad; y un alto nivel de marginalidad va siempre acompañado de un alto nivel de criminalidad. Porque —como bien expresa TERRADILLOS— la inhibición que, frente a la tentación de delinquir, pudiera provenir de la amenaza de pérdida de lo ya conseguido, no tiene razón de ser respecto a quien nada tiene; ni respecto a quien, además, vive diariamente la seducción de una sociedad de consumo a la que no podrá acceder, al menos a corto plazo, por medios lícitos<sup>156</sup>. Tampoco actúan los frenos derivados de la integración familiar, escolar o laboral, pues sencillamente no existen<sup>157</sup>. La respuesta de nuestro código penal a este problema, de claras connotaciones sociales y, sobre todo, económicas, es única y muy clara: desechar el problema a través de la expulsión generalizada de los extranjeros no residentes legalmente que cometen ilícitos en nuestro país (art. 89 CP)<sup>158</sup>.

En cuanto al carácter de penas “draconianas” característico del Derecho penal del enemigo, el art. 318 bis es una buena prueba de ello, pues permite

---

<sup>155</sup> TERRADILLOS BASOCO, J., “Sistema penal e inmigración”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1470.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 1477.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> Situación no mejorada con el Proyecto de reforma del CP, porque si bien en él se pierde el carácter imperativo de la expulsión, ésta se sigue considerando preferente (art. 89.1), archivándose cualquier procedimiento administrativo de residencia o trabajo en nuestro país del expulsado (art. 89.3). Es más, el penado que regrese antes de que transcurra el tiempo establecido no será vuelto a expulsar —salvo que sea sorprendido en la frontera—, sino que cumplirá la pena previamente sustituida (art. 89.4). Finalmente, y por si lo anterior no fuera bastante, todo inmigrante irregular que acceda al tercer grado penitenciario o haya cumplido las  $\frac{3}{4}$  partes de la condena, podrá ser también expulsado, y con independencia de la duración de la pena que esté cumpliendo (art. 89.5), con lo que al final expiará la condena dos veces: una como culpable del delito, y otra como “culpable” de su condición de extranjero no residente legalmente en España.

imponer penas de hasta 15 años de prisión, en caso de tráfico ilegal o inmigración clandestina, cuando el propósito fuera la explotación sexual de personas, se realice con ánimo de lucro, o el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a tales actividades; o hasta 17 años y 6 meses cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones. En este sentido, y en irónicas palabras de MUÑOZ CONDE, pero llenas al mismo tiempo de realismo, "a los que organizan uno de esos viajes para los emigrantes que pretenden atravesar el Estrecho de Gibraltar en "pateras", podría salirles más barato matar a alguno de ellos, o decir que la joven que quiere trabajar como prostituta en España, en realidad lo que quiere es trabajar como esclava por un sueldo de miseria en casa de una rica familia"<sup>159</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES VALORATIVAS. LA NECESIDAD DE UN NUEVO DERECHO PENAL QUE HAGA FRENTE A LOS "NUEVOS" PROBLEMAS, PERO SIN OLVIDAR LOS "VIEJOS" LÍMITES

Como hemos podido comprobar, la existencia un Derecho penal y procesal de enemigos es una realidad desde hace ya algunos años. Una "idea" de sistema penal claramente ilegítima por suprimir garantías básicas del procedimiento dependiendo de las características del sujeto y por subordinar los derechos individuales a exigencias de la irracionalidad funcional del Estado<sup>160</sup>.

La existencia de un "nuevo orden mundial" es evidente, y ahora el Derecho penal se debate entre una expansión extensiva —extendiéndose hacia nuevos ámbitos de la vida social— y una expansión intensiva —siguiendo los pasos

<sup>159</sup> MUÑOZ CONDE, F., "De nuevo sobre el «el Derecho penal del enemigo»", *op. cit.*, p. 527. Con el Proyecto de reforma del CP, la situación al menos se "reorganiza" estructuralmente, dado que, al desaparecer el actual apartado 1 del art. 313, se acaba con la enorme diferencia de punibilidad entre la inmigración clandestina de trabajadores y la de aquéllos que no lo son (o no se puede demostrar que lo sean), y que por ello se sanciona vía art. 318 bis, con penas sensiblemente superiores. Con la reforma, ambas situaciones se equiparan, considerándose las dos delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis.1, si bien, eso sí, manteniéndose penas exacerbadas para unas conductas, no ya consentidas por los propios inmigrantes, sino incluso incentivadas por ellos, en la siempre humana búsqueda de una vida mejor para ellos y sus familias.

<sup>160</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 208.

del enemigo—, expansión esta última que coloca al Derecho penal en su propia autonegación, pues el Derecho penal del enemigo no es Derecho penal en absoluto<sup>161</sup>. Pero, ahora bien, y en completo acuerdo con PORTILLA, lo sorprendente no es tanto la existencia de este tipo de legislación, con la consiguiente anulación de garantías de los afectados por ella, sino la aparición de un sustento doctrinal que avala la existencia de dos derechos: uno garantístico para *personas* y otro, sin los clásicos derechos, para las *no-personas*<sup>162</sup>. Y es que la verdadera amenaza para el estado democrático no es sino una teorización como la de JAKOBS que sirva de coartada ideológico-penal a las diversas iniciativas legislativas de los últimos tiempos<sup>163</sup>.

Ciertamente, el panorama no podía vislumbrarse más negro para el penalista que sigue creyendo en las conquistas garantistas del pasado. De hecho, cabe aseverar que la desmoralización ha prendido en el ánimo de todos los que de uno u otro modo se ocupan del problema penal; una desmoralización que aumenta al mismo ritmo que el creciente y claro desprestigio social del derecho y la justicia penales<sup>164</sup>. Sin embargo, y a pesar de todos los obstáculos, los que nos dedicamos a esto con enorme vocación debemos seguir luchando, y con más fuerza si cabe. Sin duda, las razones del MERCADO global requieren

<sup>161</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., "Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual", *op. cit.*, p. 119. Para MUÑOZ CONDE, sin embargo, esta afirmación no ayuda mucho a clarificar todo el asunto, pues el principal problema que se plantea no es una cuestión de nombres, sino de contenidos. *Vid.*, en MUÑOZ CONDE, F., "De nuevo sobre el «el Derecho penal del enemigo»", *op. cit.*, p. 539.

<sup>162</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 212.

<sup>163</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., "Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista", *op. cit.*, p. 1436. Otros, sin embargo, ven el problema al contrario. En este sentido, a juicio de SOTOMAYOR, el problema de fondo no debiera ser el que JAKOBS justifique o no un Derecho penal del enemigo o si varió o no su posición al respecto. Lo que realmente alarma, es que algunas reformas y propuestas legislativas esté claramente orientadas a la reconfiguración de un Derecho penal de autor y sobre todo que dichas medidas gocen de aceptación social, todo lo cual alimenta la cultura del control y las tendencias antiliberales en materia criminal. *Vid.*, en SOTOMAYOR ACOSTA, J.O., "¿El Derecho penal garantista en retirada?", *op. cit.*, p. 151.

<sup>164</sup> En literales palabras de QUINTERO, "cual mancha de aceite se ha extendido en la sociedad española el desánimo y la convicción de que todo «lo de las leyes y los tribunales» es un inmenso fraude, lo que se aprovechan todos los que creen que la panacea para una sociedad inteligente es el arreglo extrajudicial, a despecho de los muchos —la mayoría— que no pueden acceder a esa vía, y de la impunidad y falta de control de futuro que ese sistema tiene; y eso sin entrar en los muchos conflictos que no son, o no debieran nunca ser, objeto de transacción, porque no se juegan sólo los intereses de las partes formalmente enfrentadas". *Vid.*, en QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, p. 20.

de un nuevo Derecho penal, pues el actual está pensado para un mundo de mercaderes que ya no existe. Un Derecho penal que tendrá que adaptarse a una cultura de la violencia, de la criminalidad económica organizada y del terrorismo internacional, también globalizados, y que necesitan una respuesta efectiva; pero, eso sí, sin renunciar nunca a las conquistas garantistas. Esto es, debemos someter a un control democrático el proceso globalizador y buscar nuevas reglas que eviten sus efectos perjudiciales<sup>165</sup>; no hay duda en que hay que retomar el discurso garantista y recuperar el debate sobre los valores.

Los sistemas penales modernos no pueden ni mucho menos desatender los principios del Estado de Derecho, ni tampoco pueden extralimitar su actividad fuera de lo que anteriormente debe estar previsto como delito y como pena<sup>166</sup>. Ahora bien, no es menos cierto que los actuales sistemas penales, pensados para otras épocas y circunstancias, se muestran insuficientes para controlar las formas de criminalidad impulsadas por la economía globalizada. En este ineludible contexto, frente a la huida posmoderna del Derecho, favorecida por las tesis sistemáticas, hay que oponer métodos universalistas centrados en los derechos humanos, ligados al reconocimiento de los derechos económico-sociales inherentes a la cualidad de persona, lo que implica la necesidad de una mutación radical tanto del modelo de producción como del propio Derecho penal<sup>167</sup>. Porque que la "Tolerancia cero" no sea algo más que una moda, dependerá de la evolución de la economía y de sensibilidad social de los agentes políticos y económicos que hoy dominan el mundo; pero también del nivel de resistencia intelectual que podamos oponer los penalistas y criminólogos comprometidos con la prevención de la criminalidad dentro de las coordenadas del Estado social y democrático de Derecho<sup>168</sup>. Se hace sin duda necesario otro derecho penal.

La vigente sociedad *post-fordista* y post-industrializada necesita un Derecho penal preparado y dispuesto a controlar conductas que agredan derechos colectivos, y en consecuencia que vayan más allá de los derechos subjetivos para los que están pensados los actuales sistemas penales. La defensa penal de los derechos económico-sociales se hace especialmente necesaria en este periodo de globalización económica que acentúa la crisis del Derecho y del

<sup>165</sup> PEREZ CEPEDA, A.I., "La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional", *op. cit.*, p. 1366.

<sup>166</sup> BERGALLI, R., "Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía", *op. cit.*, p. 73.

<sup>167</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 267.

<sup>168</sup> MUÑOZ CONDE, F., "El nuevo Derecho penal autoritario", *op. cit.*, p. 182.

Estado de Derecho<sup>169</sup>. Es imprescindible introducir los derechos económicos en el ámbito general de reconocimiento de los derechos humanos, pues son el instrumento restaurador de la esfera autónoma del sujeto<sup>170</sup>. Esto es, necesitamos un Derecho penal que le sirva de cortapisas a una Economía global que no respeta principios ni fronteras<sup>171</sup>. Ahora bien, esto no se quiere hacer equivaler a más control penal, más represión, pues ese Derecho penal también debe ser respetuoso con los fundamentos de un Derecho penal mínimo, basado —en palabras literales de PORTILLA— “en la exigencia de reducir las prohibiciones penales al «mínimo» y emplear el «mínimo sufrimiento necesario para infligir a la minoría de los desviados»”<sup>172</sup>. Y porque, de acuerdo con FERRÉ, lo que necesitamos es un Derecho penal más pequeño, que precisamente por ello sería un instrumento mucho más eficaz<sup>173</sup>.

En todo caso, y para que esta “empresa” sea algún día una realidad, se hacen absolutamente necesarios unos valores universales, derechos de carácter intrínsecamente humano, tales como la igualdad entre todos los seres humanos, la prohibición de la discriminación racial o sexual, la proscripción de la tortura y la injusticia de la pena de muerte<sup>174</sup>. Y aquí la labor del penalista es fundamental, pues, de acuerdo con VELÁSQUEZ, “tendrá que estar armado no sólo de una excelente formación teórica que le permita seguir el hilo conductor de la discusión contemporánea sino que, por imperativo, debe tener una excelente preparación para denunciar los atropellos cotidianos, y luchar sin cuartel por los derechos fundamentales de la persona en pro de la paz, en una sociedad pluralista y democrática”<sup>175</sup>.

Es necesario, en cualquier caso, que asuman deberes aquellos que hasta ahora sólo han tenido derechos. Deberes para los ricos, los incluidos en el sistema, para que puedan seguir siéndolo, pero también derechos para los pobres y los excluidos para que lo puedan ser menos. Porque los derechos humanos no pueden seguir siendo derechos sin deberes, verdaderos privilegios

<sup>169</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 335.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 368.

<sup>171</sup> VELÁSQUEZ, F., “Globalización y Derecho penal”, op. cit., p. 203.

<sup>172</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, op. cit., p. 328.

<sup>173</sup> FERRÉ OLIVÉ, J.C., “¿Hacia un nuevo Derecho penal sectorializado?”, op. cit., p. 240.

<sup>174</sup> ADEOATO, J.M., “La pretensión de universalización del Derecho como ambiente ético común”, en LOSANO, M.G., MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 107.

<sup>175</sup> VELÁSQUEZ, F., “Globalización y Derecho penal”, op. cit., p. 201.

de los "ciudadanos" votantes de los países occidentales<sup>176</sup>. Porque los derechos fundamentales, o son derechos inclusivos (no exclusivos) o no son nada. Su máximo de realización sólo existe cuando su disfrute se generaliza, su esencia es la de ser comunes<sup>177</sup>. Porque, en descriptivas palabras de MERCADO, "la tierra, la supervivencia de la especie humana, su patrimonio genético, las obras de sus innumerables culturas, o son de todos o no son nada"<sup>178</sup>. Ahora bien, para ello no basta con transformar las expectativas en derechos, es necesario cambiar también las condiciones práctico-materiales de la democracia que hacen posible la garantía de su cumplimiento<sup>179</sup>. Porque, en completo acuerdo con PÉREZ CEPEDA, "si la civilización sólo está protegida cuando los derechos tienen validez global, surge el desafío de formular en nuevos términos teóricos y políticos la cuestión de lo trascendental de la justicia social en la era de la globalización, desarrollando una política como administración de un estatus social y una política como proyecto de una sociedad diversa, de una sociedad más justa y más igualitaria"<sup>180</sup>.

Se debe, en consecuencia, pugnar por el mantenimiento del Estado y el restablecimiento de la Política sobre la Economía<sup>181</sup>. Porque de acuerdo con DE LOS RÍOS, "si queremos hacer al hombre libre, hay que convertir a la economía en esclava"<sup>182</sup>. Porque, en definitiva, el único modo de quebrar este triste ciclo de violencia mundial es desplazarse hacia el círculo habitable del Derecho. El Derecho completa la obra militar, al fundar un orden donde también el vencido tiene cabida... Sólo así el enemigo de ayer puede convertirse en aliado para el mañana, pues al sentirse respetado también sentirá la atracción del mundo civilizado. Porque los pueblos civilizados tienen al menos una ventaja: saben

<sup>176</sup> MERCADO, P., "El proceso de globalización, el Estado y el Derecho", *op. cit.*, p. 163.

<sup>177</sup> *Ibidem*.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, *op. cit.*, p. 367.

<sup>180</sup> PÉREZ CEPEDA, A.I., "La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional", *op. cit.*, p. 1366.

<sup>181</sup> Y al respecto transcribimos la reflexión de HABERMAS sobre los hechos del 11-S: "Viendo que la globalización se impone sin límites en los MERCADOS, muchos de nosotros esperamos el retorno de lo político, no en la forma hobbesiana original de un Estado de seguridad con policías, servicio secreto y ejército, sino como un poder civilizador de alcance mundial". *Vid.*, en HABERMAS, J., *Creer y saber. El futuro de la naturaleza humana*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 131.

<sup>182</sup> *Vid.*, en MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)", en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía - Akal, Madrid, 2005, p. 279.

adónde van<sup>183</sup>. Un ineludible contexto jurídico que nos obliga a recordar, al igual que hace PRITTWITZ, que “el Derecho (y no la pena), es el componente esencial de la expresión «Derecho penal»”<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> BRAVO LIRA, B., “*Fiat ius, ne pereat mundus*. El Derecho frente a la globalización de la violencia”, *op. cit.*, p. 144.

<sup>184</sup> PRITTWITZ, C., “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en ARROYO ZAPATERO-NEUMAN-NIETO MARTÍN, (Coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis de la Escuela de Frankfurt*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 287.