



Universitat Autònoma  
de Barcelona

# **Derecho Penal del Enemigo**

## **La sombra del autoritarismo en la Política Criminal contemporánea**

Autor:

Javier López Capdevila

Directora: Mercedes García Arán

Trabajo de Fin de Grado

4º Curso del Grado en Derecho

Fecha de entrega: 15 de mayo de 2015



*“Quien pone la seguridad por encima de la libertad  
se arriesga a perder ambas”.*

Benjamin Franklin

**RESUMEN:** *En las últimas décadas se está consolidando en distintos países democráticos, incluyendo España, un Derecho penal destinado, no a la resocialización, sino a la inoquización de unos determinados tipos de delinquentes, que son catalogados como enemigos e incluso como no-personas. Este Derecho penal ha sido llamado en la doctrina "Derecho penal del enemigo", siendo el principal y más conocido defensor de este modelo Günther Jakobs. El presente trabajo pretende, por un lado, dilucidar qué elementos del actual contexto socio-económico pueden favorecer este tipo de soluciones, más bien propias de países totalitarios. Por otro lado, se realizará una mirada al pasado para comparar las propuestas de Jakobs con otras similares de la Historia de la Filosofía, para finalmente analizar los ejemplos de "Derecho penal del enemigo" que existen en el Ordenamiento penal español y los que existirán tras la entrada en vigor de la última reforma del Código penal.*

**PALABRAS CLAVE:** *Derecho penal del enemigo, inoquización, Estado social, terrorismo, inmigración.*

**ABSTRACT:** *In recent decades a criminal law is being consolidated in different democratic countries, including Spain, which does not meant to resocialize, but to incapacitate certain kind of offenders, who are classified as enemies and even as non-persons. This criminal law has been called by the doctrine "Criminal law of enemy", being the main and best known proponent of this model Günther Jakobs. On one hand, this paper aims to clarify which elements of the current socio-economic context may favor such solutions, much more proper of totalitarian countries. On the other hand, we will take a look at the past to compare Jakobs' proposals with other similar ones along the History of Philosophy. Finally we will analyze examples of "Criminal law of enemy" currently existing in the Spanish criminal system and those that will exist after the last reform of the penal code comes into effect.*

**KEY WORDS:** *Criminal law of enemy, incapacitation, Welfare State, terrorism, immigration.*

# Índice

|  | <u>Págs.</u> |
|--|--------------|
| Abreviaturas.....  | 1            |
| 1. Introducción.....   | 2            |
| 2. El contexto mundial como impulsor de sistemas penales autoritarios..... | 4            |
| 3. Concepto de «Derecho penal del enemigo»                                 |              |
| 3.1. La tesis de Jakobs.....   | 8            |
| 3.2. Crítica y toma de postura.....  | 12           |
| 3.3. Precedentes iusfilosóficos.....                                       | 17           |
| 4. Enemigos en el Derecho penal español                                    |              |
| 4.1. Delincuentes sexuales.....  | 23           |
| 4.2. Inmigrantes.....  | 27           |
| 4.3. Terroristas.....  | 29           |
| 5. Conclusiones.....   | 34           |
| 6. Bibliografía.....   | 35           |

# Abreviaturas

|          |   |
|----------|---|
| art.     | Artículo  |
| Coord/s. | Coordinador/es                                      |
| CE       | Constitución Española                               |
| Cfr.     | Cónfer (compárese)                                  |
| CP       | Código Penal  |
| Dir/s.   | Director/es   |
| LECrim   | Ley de Enjuiciamiento Criminal                      |
| LO       | Ley Orgánica  |
| LOEx     | Ley de Extranjería                                  |
| p.       | página  |
| RECP     | Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología |
| s.       | siguiente   |
| ss.      | siguientes  |
| STS      | Sentencia del Tribunal Supremo                      |
| StGB     | Strafrechtsgesetzbuch                               |
| Vid.     | Vide  |
| Vol.     | volumen   |
| ZStW     | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |

## 1. Introducción

La lucha contra la delincuencia ha sido una de las principales preocupaciones del ser humano desde que éste vive en sociedad. A lo largo de la Historia siempre han existido individuos que se han negado a acatar una serie de normas que se han considerado básicas para la convivencia, generando con su comportamiento el rechazo del resto de individuos que sí las acatan.

La respuesta contra esa delincuencia ha ido variando a lo largo del tiempo. Sin embargo, ese rechazo, aversión o, incluso odio, no ha desaparecido. El Derecho penal no es más que un intento de racionalización o control de ese odio. No obstante, esta emoción, como cualquier otra emoción primitiva, es muy difícil de controlar e incluso de reconocer. A pesar de eso, si observamos la evolución del Derecho penal, al menos en Europa, sí que se puede percibir, en general, una progresiva racionalización de las penas. Lejos quedan ya las penas corporales o la pena de muerte.

Pero el odio, que en realidad no es más que un derivado del miedo, es una pulsión incontenible que siempre busca expresarse. De este modo, en Estados democráticos de Derecho que consideraban que se debía dar a los criminales las oportunidades que fuesen necesarias, y que consideraban que el delincuente podía volver a ser uno más de la sociedad, se está imponiendo de nuevo el odio y el miedo, que en este caso se hace llamar "*Derecho penal del Enemigo*".

El presente trabajo no pretende plasmar un estéril debate que sólo tiene importancia en el ámbito académico; el Derecho penal del enemigo no es algo que sólo exista en artículos doctrinales de revistas científicas, sino que se está convirtiendo cada vez más en algo real. Ello tiene una importancia cabal, pues lo que está en juego es nada menos que los principios que integran el Estado democrático de Derecho, que están sufriendo un retroceso a pasos agigantados.

Lo que sí se pretende, y este es el propósito del presente trabajo, es comprender qué es exactamente el Derecho penal del enemigo, ya que sólo así se le podrá detectar y eliminar. Quienes creemos en los principios democráticos del Derecho penal no podemos mirar para otro lado.

Este Trabajo de Fin de Grado se inicia con una explicación del contexto en el que se encuentra la sociedad en nuestros días y que se considera puede favorecer la propagación de respuestas penales represivas, como es el Derecho penal del enemigo. Seguidamente, se exponen las características que permiten distinguir a este Derecho penal de otros, así como el substrato ideológico que se encuentra detrás del mismo.

En el siguiente apartado se repasan las ideas de una serie de filósofos contractualistas que guardan cierta similitud con lo que ahora estamos llamando Derecho penal del enemigo. A continuación se recogen, sin ánimo de exhaustividad, las principales críticas que se han vertido sobre este modelo de Derecho penal y se hace un posicionamiento personal sobre el mismo.

Finalmente, se analizan respuestas penales en el Ordenamiento jurídico-penal español cercanas al Derecho penal del enemigo. Los supuestos que se analizarán no suponen una manifestación perfecta de ese Derecho penal, pero sí reúnen de forma subrepticia algunos de sus rasgos básicos, por lo que existe el riesgo de que se produzca una consolidación paulatina de éste. Buena prueba de ello es la última reforma del Código Penal, actualmente en período de *vacatio legis*, que sigue con la tendencia autoritaria de las reformas anteriores y que también se va a analizar someramente.



## 2. El contexto mundial como impulsor de sistemas penales autoritarios

El Derecho penal del enemigo, como se desarrollará posteriormente, es un concepto doctrinal y político-criminal que hace alusión a un subsistema penal cuyo postulado principal es la necesidad de inocular a unos determinados delincuentes por razón de su peligrosidad. Para ello se acude a una regulación que además de quebrantar los principios del Estado de Derecho estigmatiza y demoniza a mencionados criminales, considerándolos una fuente de peligros que hay que contener.

Este tipo de medidas no son nuevas en la lucha contra la criminalidad, pues ya se han utilizado en países totalitarios, sin embargo, en los últimos tiempos se están empezando a emplear también en países democráticos. La respuesta a por qué se está consolidando este Derecho penal de cariz antiliberal o autoritario tal vez se encuentre en la crisis actual del Estado, concretamente la crisis del Estado como Estado social y como Estado-Nación.

En efecto, tras la Segunda Guerra Mundial llega la eclosión del Estado social o del Bienestar, un modelo de Estado que busca promover la igualdad efectiva entre los ciudadanos y garantizar unas mínimas condiciones de vida. Se impulsa la demanda mediante políticas keynesianas y se instaura una lógica inclusiva<sup>1</sup>, nadie merece ser proscrito. La cohesión social pasa a ser el elemento vertebrador de la legitimidad del Estado del Bienestar.

No obstante, a partir de la década de los sesenta se asiste a una contracción del Estado social, debido a que se había convertido en una traba al proceso de acumulación de capital, base del capitalismo. Para solventar esta situación, se empezó a promulgar la idea de que debía incrementarse la productividad, lo que desembocó en una reducción de los gastos considerados improductivos, como la educación o las prestaciones sociales, y a una facilitación del despido<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación*, Granada: Comares, 2007, p.39.

<sup>2</sup>SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón, *Emergencia y crisis del Estado social: análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988, p.25.

La globalización ha acelerado esa tendencia y generado el declive de la idea del Estado-Nación. La existencia de un mercado mundial obliga a los Estados a rebajar salarios y a seguir reduciendo el gasto social para poder competir con el resto de Estados<sup>3</sup>. Por otra parte, aumenta el desempleo y se privatizan servicios otrora públicos, lo que genera bolsas de marginalidad. A todo esto hay que añadir que la globalización provoca una gran concentración de riqueza en tres grandes polos (Estados Unidos, Unión Europea y Japón), lo que contribuye al mantenimiento del subdesarrollo en las zonas más desfavorecidas; la distancia entre los países desarrollados y menos desarrollados se incrementa, lo que genera corrientes migratorias de los segundos hacia los primeros<sup>4</sup>. Ello ensancha las bolsas de marginalidad, que son fuente de conflicto, a veces de índole multicultural, y se genera una sensación social de inseguridad. Esto convierte a los inmigrantes en unos candidatos perfectos para ser considerados «enemigos».

Téngase también en cuenta la progresiva pérdida de soberanía de los Estados, pues cada vez con más frecuencia se ceden competencias estatales a entidades supranacionales como la Unión Europea, incluyendo la política monetaria. La economía financiera empieza a adquirir preponderancia frente a la economía real y los Estados acuden cada vez más a los mercados financieros para hacer frente a la deuda pública<sup>5</sup>. En suma, los Estados van perdiendo progresivamente el monopolio de la creación del Derecho. Por poner algunos ejemplos, es habitual en el comercio encontrarse con contratos atípicos como el *leasing* o el *factoring* que no han sido creados por legislaciones nacionales, sino por la iniciativa de los mercados. Por otro lado, se está desarrollando una nueva *lex mercatoria*, un Derecho transnacional creado también por la iniciativa privada sin intervención de los Estados<sup>6</sup>. No es extraño por tanto que el Estado también pierda el monopolio de la aplicación del Derecho, véase la progresiva consolidación de un modelo de

---

<sup>3</sup> NAVARRO, Vicenç, *Neoliberalismo y Estado del Bienestar*, 2ª edición, Barcelona: Ariel, 1998, p. 40.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ MESA, Mª José, "el sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas" en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p.845 y s.

<sup>5</sup> MERCADO, Pedro, "El proceso de globalización, el Estado y el Derecho" en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coord.), *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Akal, 2005, p.124.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 135.

justicia más informal, basado en mecanismos alternativos de solución de controversias como el arbitraje privado, en los que la justicia no la imparte el Estado<sup>7</sup>.

Así las cosas, el Estado es más débil que antes. Sin embargo, la delincuencia no, habida cuenta de que la globalización ha impulsado la delincuencia económica de carácter transfronterizo y ha originado modalidades nuevas de delitos clásicos<sup>8</sup>.

Ante esta situación el Estado se encuentra impotente, por no ser capaz de contener esta nueva criminalidad y por tanto de garantizar la seguridad interna. Para solventar esta situación se ha visto obligado a permitir que la sociedad organice sus propios mecanismos de protección, así se explica la proliferación de compañías de seguridad privadas. Asimismo, tiene que buscar la cooperación con otros Estados en la lucha contra la delincuencia, por ejemplo a través de la Interpol o la política europea de seguridad<sup>9</sup>.

Conviene detenerse ahora a comentar el papel de los medios de comunicación. Los delitos, especialmente los delitos de sangre, ocupan un espacio amplio en los medios. A ello contribuye el hecho de que el delito es un acontecimiento que trasciende la normalidad cotidiana, por lo que despierta interés; por su naturaleza facilita además la construcción de un relato con diversas fases, que puede realizarse por entregas para mantener la tensión en el espectador; en los delitos graves es muy sencillo generar un drama, aprovechando la utilización de imágenes impactantes o los llantos de las víctimas, que serán las únicas en ser escuchadas, pues no se da importancia a la versión de los imputados o acusados<sup>10</sup>.

Debe subrayarse que los medios de comunicación buscan ante todo la consecución de beneficios, por lo que no debe sorprender que se acuda a la

---

<sup>7</sup> Íbid, p. 137.

<sup>8</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1ª edición, Madrid: Civitas, 1999, p. 86.

<sup>9</sup> SOTELO, Ignacio, *El Estado social: Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid: Trotta, 2010, p. 328.

<sup>10</sup> BAUCCELLS LLADÓS, Joan; PERES-NETO, Luiz, "Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos" en: GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan (Dirs.), *Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p.115 y ss.

delincuencia para incrementar el *share* de audiencia o el número de periódicos vendidos, pues a nadie se le escapa que es un tema que en general atrae al público.

Sin embargo, el tratamiento que hacen los *mass media* de esta información suele generar un clima social de miedo e inseguridad, que se traduce en una demanda de endurecimiento de las penas, que la clase política, para tratar de auparse a su popularidad, escucha con atención<sup>11</sup>.

En definitiva, a la impotencia de un Estado que pierde soberanía, autoridad y legitimidad a borbotones se le suman las demandas punitivistas de los ciudadanos. Para solucionar esta situación, nada como señalar a determinados colectivos como enemigos del sistema, en aras al mantenimiento de la cohesión social que se ha perdido<sup>12</sup>. A estos enemigos no se les trata de resocializar, puesto que lo que prima en estos momentos es el pragmatismo, el actuarialismo<sup>13</sup>; se ha perdido la fe en la resocialización que, bajo la égida del Estado Social, guiaba la Política Criminal. Ahora toma protagonismo la inocuización, que se considera más segura y eficaz contra determinados delincuentes. Pero este desencanto por la resocialización no es sólo ideológico, sino que también responde a una idea de ahorro de gasto público<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, Antonio, "Los medios de comunicación y el derecho penal", en: MARTÍN NIETO, Adán (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. I, Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla -La Mancha, 2001, p. 205.

<sup>12</sup> BERNUZ BENEITEZ, M<sup>a</sup> José; SUSÍN BETRÁN, Raúl, *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares, 2010, p. 48.

<sup>13</sup> El actuarialismo es una forma de gestión del riesgo propia de una lógica mercantilista y neoliberal, y característica de los Seguros, que se centra en el manejo de estadísticas y probabilidades para reducir o combatir la delincuencia. Una forma de gestión del riesgo que se basa, entre otras cosas, en "eliminar" a aquellos delincuentes que tienen más probabilidades de delinquir. Vid. RIVEIRA BEIRAS, *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona: Anthropos, 2005. p.230;

<sup>14</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús- María, "el retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos" en: MARTÍN NIETO, Adán (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. I, Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla -La Mancha, 2001, p. 701.

### 3. Concepto y características del Derecho Penal del Enemigo

#### 3.1 La tesis de Jakobs

En octubre de 1999 tuvo lugar en la Academia de Ciencias de Berlín-Brandenburg un congreso titulado “La Ciencia alemana del Derecho Penal ante el cambio de milenio, reflexión retrospectiva y perspectivas de futuro” (*Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick*)<sup>15</sup>. En dicho Congreso, Günther Jakobs, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Bonn, expuso las características fundamentales de un subsistema penal de combate contrapuesto al Derecho penal común o Derecho penal del ciudadano (*Bürgerstrafrecht*), que él denominó «Derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*).

Sin embargo, no fue en aquella ocasión cuando acuñó por primera vez tan polémica expresión. Jakobs menciona por primera vez el Derecho penal del enemigo durante su ponencia en el Congreso de los penalistas alemanes, presentada en Frankfurt am Main en mayo de 1985 y titulada “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”<sup>16</sup>. En la misma, critica a una serie de preceptos del StGB, que realizan en su opinión criminalizaciones excesivamente anticipadas, llegando a castigar los actos preparatorios. Estos preceptos para el profesor “caen fuera del marco de lo que aquí se denomina Derecho penal del ciudadano y pertenecen al Derecho penal del enemigo”<sup>17</sup> y afirma que “no se pueden legitimar en un Estado de libertades”<sup>18</sup>. Estas criminalizaciones, a juicio de Jakobs, hacen que el autor no tenga esfera privada,

---

<sup>15</sup> Las ponencias del congreso, en una obra coordinada por Francisco Muñoz Conde, han sido traducidas y recopiladas en: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

<sup>16</sup> La ponencia fue publicada en ZStW 97 (1985), pp. 751 a 785 bajo el título: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, y ha sido traducida por Enrique Peñaranda Ramos en: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997.

<sup>17</sup> JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, Trad: PEÑARANDA, Enrique, en: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997, p. 298.

<sup>18</sup> Idem, “Criminalización”, cit., p. 293.

“ningún ámbito para una conducta todavía-no-socialmente relevante, sino que es sólo una fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico”<sup>19</sup>.

Sin embargo, Jakobs cambia visiblemente su parecer en 1999, año en que empieza a afirmar que el Derecho penal del enemigo es la única alternativa perceptible<sup>20</sup>, porque es la única medida efectiva contra ciertos delitos en el contexto socioeconómico actual. Existe una discusión sobre si Jakobs se limita a hacer una constatación de la realidad, es decir, si únicamente pone de manifiesto que existe Derecho penal del enemigo en determinados Estados, o también pretende darle legitimidad o justificación. Aunque el propio Jakobs respondió tras una ponencia en Frankfurt Oder en 2005 que su planteamiento era meramente descriptivo en un 98%<sup>21</sup>, lo cierto es que no lo es tanto. Cuando Jakobs se preocupa de buscar precedentes iusfilosóficos para tratar de evitar que se descarte a primera vista el Derecho penal del enemigo (vid. *Infra* 3.2) o cuando dice que el Derecho penal del enemigo es la única alternativa posible, lo está legitimando. En efecto, Jakobs considera que debe darse cabida al Derecho penal del enemigo en nuestro Derecho, si bien se deben definir sus límites claramente, para evitar que contamine al Derecho penal del ciudadano<sup>22</sup>.

Al tiempo que expresaba en su ponencia de 1999 la necesidad de un Derecho penal del enemigo, sintetizó sus rasgos, que lo diferencian del Derecho penal del ciudadano<sup>23</sup>: a) amplio adelantamiento de la punibilidad. La pena es prospectiva, no se pena sólo delitos cometidos, sino también actos preparatorios de futuros

---

<sup>19</sup> Ibid, p.295.

<sup>20</sup> Idem, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, Trad.: MANSO, Teresa, en: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p.60.

<sup>21</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El derecho penal del enemigo darf nicht sein!: sobre la ilegitimidad del llamado ‘Derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos (Coords.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: B de F, 2006, Vol. 1. p. 491.

<sup>22</sup> “quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos ‘guerra’ y ‘proceso penal’.” Cfr. JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel, en: JAKOBS, Günther CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Navarra: Civitas, 2006, p. 42. También en: JAKOBS, Günther “La autocomprensión”, cit., p.61.

<sup>23</sup> Ibid., p.58 y s.

delitos. b) ausencia de reducción proporcional de la pena acorde con dicho adelantamiento. Eso implica, entre otras cosas, que los actos preparatorios son penados con la misma gravedad que los hechos consumados. En suma, la pertenencia del autor a una organización se tiene en cuenta para agravar las penas. c) supresión o restricción de garantías y derechos procesales de los imputados; por ejemplo, eliminación de la presunción de inocencia, posibilidad de admisión de pruebas obtenidas ilícitamente o ampliación de los supuestos de incomunicación o intervención en las comunicaciones. Se perciben a las garantías y derechos procesales como obstáculos que impiden la debida protección frente a los enemigos. d) Jakobs no lo menciona expresamente, pero es insoslayable que también implica un recrudescimiento del Derecho penitenciario, mediante el endurecimiento de las condiciones de clasificación de los internos, limitación de los beneficios penitenciarios o incremento de los requisitos para la libertad condicional, entre otras medidas<sup>24</sup>. e) Aunque Jakobs tampoco lo admita explícitamente, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal de hecho, sino un Derecho penal de autor, en orden a que no tiene tanto en cuenta los hechos acaecidos, como las características del autor, del “enemigo”<sup>25</sup>.

Pero, ¿a quién se dirige el Derecho penal del enemigo? En otras palabras, ¿quién es el enemigo? Para responder a esta pregunta debemos comprender previamente la cosmovisión jakobsiana del Derecho y la sociedad, muy influenciada por la Teoría de Sistemas del sociólogo Niklas Luhmann. Para Jakobs, la sociedad se basa en expectativas, sin expectativas no es posible vivir en sociedad. En concreto, describe dos tipos: las normativas y las cognitivas. Las expectativas normativas nos permiten confiar en que la norma jurídica se debe cumplir y que, por tanto, el Derecho sigue vigente aun cuando alguien actúe contra éste. Si

---

<sup>24</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “el trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo” en: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra: Aranzadi, 2005, p. 452.

<sup>25</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Navarra: Civitas, 2006, p. 128; ABANTO, Manuel, “El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Gómez-Jara (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1. Madrid: B de F, 2006.p.20; MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*. 1ª Edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p.37; entre otros.

alguien conculca un derecho que nos otorga una norma, podemos presuponer que el infractor será perseguido. Lo que significa que con una defraudación de la norma no desaparece la expectativa normativa, sino que ésta se mantiene contrafácticamente.

En cambio, las expectativas cognitivas nos dan la seguridad de que la norma efectivamente se va a cumplir. De nada sirven las expectativas normativas sino cuentan con una base cognitiva que nos permita esperar que nadie va a vulnerar nuestros derechos.

En base a esto, nos encontramos dos tipos de individuos. Por un lado tenemos las “personas”, que son aquellos sujetos titulares de derechos y obligaciones que nos dan un mínimo de seguridad cognitiva. Esto es, aunque puedan cometer algún delito aislado, podemos esperar que su comportamiento va a ser conforme a Derecho en el futuro. En suma, Jakobs dota de contenido simbólico a la pena: si una persona comete una infracción está comunicando que la norma que ha infringido ya no es vigente; entonces el Derecho penal contradice la afirmación del autor mediante la pena, instrumento con el que comunica al autor y al resto de ciudadanos que la norma sigue vigente y que la afirmación del autor es irrelevante<sup>26</sup>. De esta forma, la norma queda “estabilizada”. Ese es, para Jakobs, el fundamento del Derecho penal: la estabilización de la norma, no la protección de bienes jurídicos<sup>27</sup>.

Y por otro lado tenemos las «no-personas» (*Unpersonen*), los «enemigos». Son individuos que no prestan seguridad cognitiva. A estos sujetos se les arrebató la condición de personas porque no existe ninguna garantía de que vayan a cumplir con la norma, de modo que al ser calificados como no-personas, desaparece la necesidad de concederles derechos, permitiendo entonces –siempre según Jakobs– combatir el peligro que suponen más eficazmente. La pena contra el enemigo pierde en buena medida su papel comunicador y pasa a consistir sobretodo en una mera coacción física inocuizadora, para proteger a las personas de los enemigos.

---

<sup>26</sup> JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano”, cit., p. 25

<sup>27</sup> Idem, *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Madrid: Civitas, 1996, p.18.



El Derecho es un vínculo entre personas, por lo que la relación con un enemigo no la determina el Derecho, sino la coacción<sup>28</sup>. En efecto, el propio Jakobs duda de que el Derecho penal del enemigo sea realmente Derecho<sup>29</sup>.

Quienes no dan seguridad cognitiva son aquellos individuos que muestran una persistente actitud de desprecio hacia el Derecho, quienes de una forma presuntamente duradera han abandonado el Derecho<sup>30</sup>. Serían enemigos pues los terroristas, los integrados en una banda de delincuencia organizada, los narcotraficantes etc.<sup>31</sup>. En definitiva, sujetos peligrosos que supuestamente pueden acabar con el Ordenamiento Jurídico, lo que se les impide mediante coacción.<sup>32</sup>

Queda claro por tanto que, en este contexto, no debe entenderse el término “persona” como sinónimo de ser humano, sino como titular de derechos y deberes, una condición que le otorga el Derecho; no una construcción natural, sino social<sup>33</sup>. Debe aclararse también que el hecho de ser considerado enemigo no implica para Jakobs que esté todo permitido contra él, toda vez que no se puede sobrepasar el límite de lo necesario, ya que al enemigo se le reconoce una personalidad potencial<sup>34</sup>.

### 3.2 Crítica y toma de postura

Las objeciones a la teoría de Günther Jakobs han sido numerosas y constantes. Sin duda, a ello ha contribuido el vocabulario empleado para desarrollarla – especialmente los conceptos de «enemigo» y de «no-persona»-. La desinhibición terminológica de Jakobs ha sido un arma de doble filo: por un lado se han echado a un lado los eufemismos y ello ha permitido afrontar sin rodeos la idea de un Derecho penal del enemigo con todo lo que eso implica; pero por otro se facilita

---

<sup>28</sup> JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano”, cit., p.27

<sup>29</sup> Dice Jakobs: “ todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquel (el Derecho penal del enemigo), una vez indagado su verdadero concepto, se revela como derecho.” Idem, “La autocomprensión”, cit. p.58.

<sup>30</sup> Ibid, p.59.

<sup>31</sup> Ibid

<sup>32</sup> Idem, “Derecho penal del ciudadano”, cit., p.47

<sup>33</sup> Idem, *Sobre la normativización de la Dogmática jurídico-penal*, Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 21.

<sup>34</sup> Idem, “La autocomprensión”, cit., p.58

que el debate sea excesivamente apasionado<sup>35</sup> y que se entre en logomaquias que en nada contribuyen a la mejora del Derecho penal.

Las críticas al Derecho penal del enemigo se pueden clasificar en tres grupos: las referentes a la inconcreción de sus elementos, las que hacen alusión a las consecuencias negativas que ocasionaría su implantación y las que cuestionan su eficacia.

En cuanto a la inconcreción de los conceptos que utiliza Jakobs para describir su teoría, se destaca especialmente el de enemigo. Se ha dicho *supra* que es aquel que quiere vivir al margen del Ordenamiento, y que por ello no podemos estar seguros de su comportamiento futuro, mas esta es una idea muy difusa. Si alguien quebranta en alguna ocasión aislada una norma entonces estamos hablando de un ciudadano, pero si se producen quebrantamientos constantes de la norma estamos hablando de un enemigo. Lo que no aclara Jakobs es, ¿a partir de qué momento debemos considerar a alguien como enemigo? ¿Cuántos delitos deben cometerse para ser considerado como tal? En cuanto a la clase de delitos que Jakobs clasifica como propios de enemigos, esa clasificación responde a criterios arbitrarios. Se considera enemigo a un terrorista, pero no se considera enemigo, por ejemplo, a alguien que individualmente comete un fraude tributario, privando con ello al Estado de un dinero que le corresponde por ley<sup>36</sup>.

Siguiendo con el concepto de enemigo, tampoco se deja claro si se puede dejar de ser enemigo. Jakobs parece creer que sí al reconocer en el enemigo una personalidad potencial, pero, ¿cómo saber cuándo ha dejado de ser un enemigo? Dejaremos de considerarlo enemigo cuando proporcione seguridad cognitiva suficiente sobre su comportamiento futuro, sin embargo, es difícil saber si alguien va a comportarse debidamente mientras se encuentre en estado de incomunicación o en prisión provisional.

---

<sup>35</sup> Por todos, GRACIA MARTÍN, Luis, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'", RECPC 07-02 (2005), p.3, en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> [visitado el 6.02.2015]

<sup>36</sup> ESER, Albin, "Consideraciones finales", Trad. Carmen Gómez Rivero, en: MUÑOZ CONDE, Francisco, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 472.

Se dice asimismo que no todo vale contra el enemigo, que sólo se debe hacer lo necesario para que no suponga un peligro. ¿Cuál es el umbral de lo necesario?

En lo referente al Derecho procesal penal del enemigo, surge la duda de en base a qué reglas procesales se deben identificar a los enemigos. Si se dice que conforme a las reglas del Derecho penal del ciudadano, entonces se corre un riesgo muy elevado de utilizar el Derecho penal del ciudadano contra los enemigos, algo que para Jakobs es ineficaz, ya que si fuera eficaz no sería necesario un Derecho penal específico para los enemigos. En cambio, si se dice que según las reglas del Derecho penal del enemigo, se corre el riesgo de estar vulnerando derechos y garantías procesales de un ciudadano persona<sup>37</sup>. Asimismo, no se nos dice si la condición de enemigo, con la correlativa pérdida del *status* de persona o ciudadano, surge en el momento de realización de algún hecho típico del Derecho penal del enemigo; en ese caso la sentencia será meramente declarativa. Por contra, si es algo que se le impone al individuo tras un proceso penal que culmina en condena, la sentencia tendría carácter constitutivo<sup>38</sup>

La base del Derecho penal del enemigo es la seguridad. Sus defensores afirman que nos encontramos en una situación excepcional, y que ello requiere medidas excepcionales. El problema es que el propio concepto de “excepción” o “excepcional”, no está claro. Para los teóricos de la excepción, ésta siempre invoca una necesidad que no conoce ley ni límites<sup>39</sup>. Al ser el propio Estado el que determina cuándo se da una situación excepcional se pueden tomar las medidas que el Estado considera oportunas siempre que le convenga para sus intereses, empleando el subterfugio de la excepción y la seguridad.

Vemos, en definitiva, que queda mucho por explicar sobre el Derecho penal del enemigo. La notable indefinición de sus elementos más importantes no puede producir sino la contaminación del Derecho penal del ciudadano. Es imposible determinar cuándo empieza el Derecho penal del ciudadano y cuando el del

---

<sup>37</sup> AMBOS, Kai, “Derecho penal del enemigo”, Trad: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Madrid: B de F, 2006, p. 136.

<sup>38</sup> GRACIA MARTÍN, “El trazado histórico”, cit., p. 477 y s.

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid: Dykinson, 2006. p.25.

enemigo, por lo que están condenados a mezclarse. Ahora bien, aunque tal metástasis no se produjera, eso no convertiría en aceptable una categoría de personas consideradas enemigos, por lo que se argumentará más adelante.

Pasamos al segundo grupo de críticas, las que se detienen en las posibles consecuencias desagradables que implicaría la adopción de una legislación penal contra enemigos. Es muy probable que al final los destinatarios indirectos del Derecho penal del enemigo sean los ciudadanos, justamente aquellos que pretende proteger el Derecho penal del enemigo. Esto se debe a que el enemigo raramente se puede identificar de forma sencilla. En una guerra –en el sentido verdadero del término- el enemigo generalmente viste con un uniforme determinado, pero en esta guerra que se pretende abrir contra el crimen el enemigo no lleva uniforme, sino que se camufla entre el resto de la población, entre los ciudadanos. Lo que lleva forzosamente al Derecho penal del enemigo a querer controlar a toda la población sin distinción, a fin de localizar a los enemigos. Toda la población deberá sufrir limitaciones en sus libertades en nombre de la seguridad. Incluso podrá ser procesada por actos inocuos que se interpreten como actos preparatorios.

Asimismo, el Derecho penal del enemigo es absolutamente incompatible con el Estado de Derecho, en el que no se puede concebir que no se reconozca como personas a determinados seres humanos por su comportamiento. Ese modo de proceder es contrario a la dignidad humana. Además al establecer dos regulaciones penales totalmente distintas, se quiebra el principio de igualdad<sup>40</sup>. Finalmente, en un Estado de Derecho todas las actuaciones de los poderes públicos deben estar previstas por ley, y lo que se propone es la creación de una gran laguna en la que no exista Derecho alguno.

En fin, se argumenta a favor del Derecho penal del enemigo que se deben combatir determinados peligros que ponen en un compromiso la existencia de la sociedad, se dice que los enemigos pueden acabar con el Ordenamiento jurídico.

---

<sup>40</sup> Cfr. Por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco, “el nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado «Derecho penal del enemigo»” en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.), *Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Akal, 2005, p.171.

No deja de ser curioso que para evitar que se destruya el Ordenamiento se derriben sus principios básicos. Se pretende proteger al Estado de Derecho destruyéndolo. Es apagar el fuego con gasolina.

Esto nos lleva a hablar sobre la pretendida eficacia del Derecho penal del enemigo, al menos en términos de prevención general. Para empezar, no se ha demostrado que un incremento de penas contribuya a una reducción de la criminalidad<sup>41</sup>. Pero es que además el Derecho penal del enemigo es una solución contraproducente. Si asumimos, como hace Jakobs, que las penas tienen un significado o carga simbólica, con el Derecho penal del enemigo estamos admitiendo públicamente que el propósito de los enemigos es realizable. Al considerarles como “enemigos” se les informa de que están consiguiendo su objetivo, desestabilizar al Estado, lo cual no contribuye en absoluto a acabar con ese tipo de criminalidad. Lo mejor en términos simbólicos sería mostrar normalidad, mostrar pánico o inseguridad no es más que un acicate para dichos enemigos.

Al final se trata de la eterna dialéctica entre libertad y seguridad. El Derecho penal del enemigo está claramente inclinado a la seguridad, dejando a la libertad en un segundo plano. Jakobs parece olvidar que la seguridad no es un fin en sí mismo, sino que es un elemento más que permite el desarrollo pleno de las personas en una sociedad. El fin último de un Estado no es la seguridad, sino la consecución del bienestar de sus ciudadanos. Con el Derecho penal del enemigo se da al Estado un *ius puniendi* omnímodo que redundaría en un recorte de libertades excesivo en nombre de una pretendida seguridad.

Todo Estado democrático debe tolerar como algo normal que exista delincuencia. Por supuesto todas las formas de Estado buscan reducirla al mínimo, pero sólo un Estado autoritario dirige todos sus esfuerzos a que la criminalidad sea un cero absoluto, realizando todo lo necesario para la consecución de ese legítimo pero probablemente utópico objetivo. En Política criminal lo que diferencia a ambas formas de Estado es lo que se está dispuesto a hacer para conseguir esa meta. El Estado democrático nunca renuncia a los principios del Derecho penal subjetivo,

---

<sup>41</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*, Madrid: Colex, 2001., p. 40.

nunca actúa desprovisto de una fundamentación axiológica legitimadora; mientras que el Estado autoritario considera todo esos principios como un óbice; Por ello, en las formas de gobierno autoritarias, paradójicamente acaba siendo el propio Estado el que no da seguridad cognitiva, y se convierte en un enorme criminal.

Se aduce a favor del Derecho penal del enemigo que es más eficaz, o incluso que es el único modelo eficaz contra la criminalidad contemporánea. Eso en cualquier caso dependerá de lo que entendamos por eficacia. A mi juicio, el Derecho penal es eficaz cuando persigue y castiga al delincuente y cuando garantiza que el inocente no va a sufrir ninguna persecución ni intromisión alguna en su libertad. A un Derecho penal eficaz sólo le temen quienes cometen delitos. Cuando el Derecho penal se convierte en un instrumento de poder que atemoriza a delincuentes e inocentes por igual es cualquier otra cosa menos eficaz.

### **3.3. Precedentes iusfilosóficos**

El Derecho penal del enemigo y los argumentos que se dan para justificarlo no son para nada nuevos. Existen una serie de precedentes en la Historia de la Filosofía que son muy similares a lo que ahora llamamos Derecho penal del enemigo. Jakobs no es su creador, sino el que le ha dado o tratado de dar cobertura científica –o dicho más prosaicamente, legitimación- para su implantación en países democráticos de Derecho, ya que el Derecho penal del enemigo es algo que hasta hace relativamente poco siempre ha sido propio únicamente de gobiernos dictatoriales<sup>42</sup>.

Jakobs se fija en una serie de filósofos contractualistas –Rousseau, Hobbes, Fichte y Kant-, para tratar de demostrar que existe una fundamentación iusfilosófica para el Derecho penal del enemigo. Entre estos filósofos, Jakobs distingue una posición extrema –Rousseau y Fichte- según la cual todos los delincuentes serían enemigos, y una posición moderada –Hobbes y Kant- por la que sólo unos determinados tipos de delincuentes son enemigos. Jakobs considera más

---

<sup>42</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, De nuevo, cit., p.27. El mismo autor se ha preocupado de las similitudes entre el Derecho penal del enemigo y el Derecho penal de autor de la Alemania Nazi, este último lo analiza en Idem, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo: Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, passim.

apropiada la segunda postura por dos razones; primeramente porque considera que un delincuente tiene, en principio, derecho a volver a integrarse en la sociedad y para ello debe mantener su *status* de persona. En segundo lugar considera que un delincuente tiene el deber de reparar el daño provocado, y para asignar deberes a un individuo éste debe ser persona<sup>43</sup>.

Sin embargo, posiblemente se debería corregir la división que hace Jakobs entre la posición extrema y la moderada. Es cierto que Rousseau declara que todo delincuente es un enemigo:

Todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo.<sup>44</sup>

Pero no es menos cierto que parece contradecirse<sup>45</sup>, ya que antes de declarar, como hemos visto, a todo malhechor como enemigo, asegura que:

Un Estado no puede tener por enemigo sino a otro Estado, y no a hombres; pues no pueden fijarse verdaderas relaciones entre cosas de diversa naturaleza.<sup>46</sup>

En añadidura debe matizarse la postura extrema que le asigna Jakobs a Fichte, ya que éste no considera que todo delincuente sea un enemigo. Aunque Fichte en un principio diga:

Aquél que viola en una parte el contrato social, sea voluntariamente o por negligencia, cuando en el contrato se contaba con su prudencia, pierde así con todo rigor sus derechos como ciudadano y como hombre, y es completamente privado de derechos.<sup>47</sup>

Por lo que parecería que tiene razón Jakobs, el filósofo posteriormente matiza:

El fin que persigue el poder del Estado no es otro que el de la seguridad recíproca de los derechos de todos ante todos y el Estado no está obligado más que a una cosa: a emplear los medios

---

<sup>43</sup> JAKOBS, "Derecho penal del ciudadano", cit., p.29.

<sup>44</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques; *El contrato social o Principios de derecho político*, 2ª edición, Trad: VILLAVARDE, María José, Madrid: Tecnos, 1992. P. 34 y s.

<sup>45</sup> Como bien se observa en ZAFFARONI, *El enemigo*, cit., p.120.

<sup>46</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques, op.cit, p. 11.

<sup>47</sup> FICHTE, Johann, *Fundamentos del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Trad: VILLACAÑAS, José; RAMOS, Manuel; ONCINA, Faustino; Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 315 y s.

suficientes para alcanzar este fin. Si el mismo pudiera ser alcanzado sin proceder a esta exclusión absoluta de todos aquéllos que de alguna manera han cometido un delito, el Estado no estaría necesariamente obligado a imponer esta pena por un delito contra el cual él podría proteger de otra manera a sus ciudadanos<sup>48</sup>.

Ahora Fichte contempla la posibilidad de que se exonere de la exclusión absoluta a determinados delincuentes cuando ello no impida proteger la seguridad de los ciudadanos. En palabras de hoy, diríamos que a aquellos en que exista todavía una seguridad cognitiva no se les privara de su personalidad y, por ende no se les convertirá en enemigos.

Para aquellos delincuentes que no merecen ser totalmente excluidos de la sociedad, Fichte idea el contrato de expiación, en virtud del cual se puede sustituir la pena de exclusión total por otra de naturaleza talional. Si bien arguye que no ha lugar para el contrato de expiación en el caso de los que atentan directamente contra el Estado –los que cometen rebelión o alta traición- o los que delinquen no para obtener un beneficio, sino para provocar un daño. Aunque Fichte vuelve a matizar: en virtud del contrato de enmienda pueden volver a ser integrados en la sociedad una vez no supongan un peligro para ésta. En el único caso donde Fichte no contempla ni el contrato de expiación ni el de enmienda es en el caso de asesinato premeditado.

Por tanto, *stricto sensu*, para Fichte sólo son enemigos los que cometen asesinato con premeditación –y los que no han podido ser corregidos mediante la expiación- pues sólo a estos reserva la exclusión total irrevocable. Ergo, no es cierto que para Fichte todo delincuente sea enemigo.

Jakobs sitúa a Kant y Hobbes como más cercanos a su opinión. En lo que respecta a Kant, fundamentalmente debemos fijarnos en la primera nota a pie de página de la sección segunda de su obra llamada «La Paz Perpetua»:

Se acepta comúnmente que uno puede hostilizar a otro sólo si éste me ha lesionado ya de hecho y se considera asimismo correcto cuando ambos viven en estado civil-legal. Pues por el hecho de haber ingresado en este estado uno le proporciona al otro la seguridad necesaria (a través de la autoridad que posee poder sobre ambos). –Pero un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza

---

<sup>48</sup> Ibid, p. 316.



me priva de esta seguridad y me está lesionando ya, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado, que es una constante amenaza para mí. Yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o a apartarse de mi lado.<sup>49</sup>

Este individuo que se encuentra en estado de naturaleza es el enemigo:

Si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado legal), cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa seguridad.<sup>50</sup>

En cuanto a Hobbes, a la hora de definir al enemigo parte de la idea de que el Estado es absoluto y no es legítimo rebelarse contra él. De este modo, es enemigo aquel que cuestione la autoridad del soberano:

Porque los castigos enunciados en la ley se refieren a los súbditos, no a los enemigos, como son quienes –tras haber sido súbditos por su propio acto- se rebelan deliberadamente y niegan el poder soberano.<sup>51</sup>

A la doctrina le ha llamado la atención la ausencia de sobretodo dos filósofos, que Jakobs no cita como referentes, pero que proponen algo muy similar al Derecho penal del enemigo. Se trata de Locke y Carl Schmitt.

Locke también habla de un estado de Naturaleza en el cual se encuentran todos los hombres hasta que deciden constituirse en sociedad. Mientras para Hobbes el estado de naturaleza equivale a un estado de guerra, Locke los diferencia. En el estado de naturaleza considera que existen unas normas imperativas, las leyes de la razón, mientras que en el estado de guerra –en el cual se entra cuando alguien nos agrede de alguna forma- existe una legitimación para llevar a cabo todo lo que sea necesario para protegernos. Así lo expresa Locke:

Al recurrir a la fuerza, no teniendo derecho alguno a someterme a su poder, sea con el pretexto que sea, yo no tengo derecho a suponer que quien me arrebata mi libertad no me arrebatará también todo, una vez que me tenga en poder suyo. Por consiguiente, obro con legitimidad tratándole como a quien se ha colocado frente a mí en estado de guerra, es decir, matándolo, si puedo; porque todo

---

<sup>49</sup>KANT, Immanuel, *La paz perpetua*, Trad: ABELLÁN, Joaquín, Madrid: Tecnos, 1985, p.14.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Trad: ESCOHOTADO, Antonio, Madrid: Editora Nacional, 1979, p.389.

aquel que establece un estado de guerra en el que se conduce como agresor, se expone con justicia a ese peligro.<sup>52</sup>

A quien entra en estado de guerra, Locke parece privarle de personalidad al afirmar:

Esa clase de hombres no se someten a los lazos de la ley común de la razón ni tienen otra regla que la de la fuerza y la violencia; por ello pueden ser tratados como fieras, es decir, como criaturas peligrosas y dañinas que acabarán seguramente con nosotros, si caemos en su poder.<sup>53</sup>

Por consiguiente, Locke se puede situar en la misma corriente que Rousseau y que Fichte –si damos por buena la clasificación de Jakobs– al considerar que todo delincuente puede ser tratado como una criatura peligrosa, es decir, sin derechos. Aunque Locke no utiliza al término enemigo hasta que no se refiere a quienes tratan de acabar con un gobierno legítimo:

Quien intenta atropellar, valiéndose de la fuerza, los derechos del príncipe o los derechos del pueblo, y maquina el derrumbamiento de la constitución y de cualquier gobierno legítimo, se hace culpable de algo que a mí me parece el crimen mayor que puede cometer un hombre, porque habrá de responder de todos los derramamientos de sangre, de las rapiñas y las desolaciones que la destrucción de los gobiernos acarrea a un país. Ese tal debe ser considerado justamente como el enemigo común y la peste del género humano, y como tal tratado.<sup>54</sup>

Vemos pues, una estrecha similitud con el Derecho penal del enemigo. ¿Por qué entonces Jakobs no lo menciona, como si lo hace con otros filósofos contractualistas liberales? La respuesta quizás esté en el hecho de que Locke reconoce un derecho de resistencia contra el soberano que no respeta los derechos de sus ciudadanos:

Siempre que los legisladores intentan arrebatar o suprimir la propiedad del pueblo, o reducir a los miembros de este a la esclavitud de un poder arbitrario, se colocan en estado de guerra con el pueblo, y este queda libre de seguir obedeciéndole, no quedándole entonces a ese pueblo sino el recurso común que Dios otorgó a todos los hombres contra la fuerza y la violencia. Por consiguiente, siempre que el poder legislativo traspase esa norma fundamental de la sociedad y, llevado por la ambición, el miedo, la insensatez o la corrupción, intente apoderarse para sí, o

---

<sup>52</sup> LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Trad: LÁZARO ROS, Amando, Madrid: Aguilar, 1973, p.15.

<sup>53</sup> *Ibid*, p.14

<sup>54</sup> *Ibid*, p. 175

colocar en manos de otra persona, un poder absoluto sobre las vidas, libertades y propiedades del pueblo, ese poder legislativo pierde, con el quebrantamiento de la misión que tiene confiada, el poder que le otorgó el pueblo.<sup>55</sup>

Jakobs no parece concebir nada parecido a un derecho de resistencia, sólo está interesado en el *statu quo*.<sup>56</sup> Es llamativo, en cambio, que no tenga reparos en tomar como referente a Hobbes, convencido defensor del absolutismo, probablemente porque en el imaginario colectivo sea un filósofo pacífico y liberal. Jakobs sólo nombra a filósofos que no puedan dañar la imagen, ya de por sí desgastada, del Derecho penal del enemigo.

Eso mismo explicaría porque Jakobs no menciona a otro filósofo muy cercano a sus ideas: Carl Schmitt, que fue militante del Partido Nacionalsocialista. Este autor –seguidor de Hobbes- considera que la antinomia amigo-enemigo es lo que permite calificar algo como “político”; todas las acciones y motivos políticos responden a la distinción entre amigo-enemigo<sup>57</sup>. La decisión de quién es el enemigo corresponde al Estado:

Al Estado, en su condición de unidad esencialmente política, le es atribución inherente el *ius belli* esto es, la posibilidad real de, llegado el caso, determinar por propia decisión quién es el enemigo y combatirlo.<sup>58</sup>

Para Jakobs quién decide quién es el enemigo es el legislador, es decir, también el Estado, que además debe garantizar la seguridad de sus ciudadanos, solo así pueden estabilizarse las normas:

---

<sup>55</sup> Ibid, p. 167 y s.

<sup>56</sup> En el mismo sentido, BASTIDA FREIXEDO, Xavier, “Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Madrid: B de F, 2006, p.288. Para Jakobs el Derecho encuentra su fundamento en sí mismo, no necesita de legitimación externa, es autorreferencial. Al no existir referentes externos no es posible criticar la norma, lo que lleva a su perpetuación, Cfr. PORTILLA CONTERAS, Guillermo, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal” en: PORTILLA CONTERAS, Guillermo (coord.), *Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Akal, 2005, p.58 y ss.

<sup>57</sup> SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Trad: AGAPITO, Rafael, Madrid: Alianza Editorial, 1998, p.56.

<sup>58</sup> Ibid, p.74.

La aportación de un Estado normal consiste sobre todo en producir dentro del Estado y su territorio una pacificación completa, esto es, en procurar la «paz, seguridad y orden» y crear así la situación normal que constituye el presupuesto necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia en general, ya que toda norma presupone una situación normal y ninguna norma puede tener vigencia en una situación totalmente anómala por referencia a ella.<sup>59</sup>

En virtud de esta obligación el Estado está legitimado también para determinar quién es el enemigo interno en situaciones de emergencia.<sup>60</sup>

La similitud con el Derecho penal del enemigo de Jakobs es evidente. Ahora bien, considero que es acertada la decisión de Jakobs de no mencionar a Schmitt, ya que ello habría originado una oleada de críticas basadas únicamente en la similitud entre ambas ideas, que en nada favorecen al debate.

## **4. Enemigos en el Derecho penal español**

### **4.1. Delincuentes sexuales**

La respuesta penal frente a la delincuencia sexual -en especial aquella en la que los sujetos pasivos son menores- se caracteriza por un amplio adelantamiento de la barrera punitiva, llegando a castigar actos en sí inocuos y, en el caso de los delitos de corrupción de menores, la mera parafilia pedófila. Un ejemplo lo encontramos en el art. 189.2 CP, introducido por la LO 5/2003, que castiga al que posee, para su propio uso, material pornográfico en el que participen menores o incapaces. Con ello se sanciona *ex post* a sujetos que no han participado *ex ante* en la elaboración de dicho material pornográfico<sup>61</sup>.

Es cierto que, si no existiera demanda, no existiría oferta de pornografía infantil o con incapaces, y en esa medida sí se protege el bien jurídico de la indemnidad sexual. No obstante, no se debe olvidar que se están penando conductas que lesionan de forma lejana e indirecta ese bien jurídico<sup>62</sup>. Esta clase de

---

<sup>59</sup> Ibid, p. 75.

<sup>61</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "El vigente y autoritario Derecho penal del enemigo", en: BERNUZ BENEITEZ, M<sup>ª</sup> José, SUSÍN BETRÁN, Raúl (Coords.), *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares, 2010, p. 70.

<sup>62</sup> Cfr. ESQUINAS VALVERDE, Patricia, "El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación", REPCPC 18-02 (2006), en:

criminalizaciones no son propias de un Derecho penal que se denomina «fragmentario» y de «última ratio»<sup>63</sup>.

De forma similar, el artículo 189.1 letra b) castiga con la misma dureza al que "produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces" que al que únicamente "lo poseyere para estos fines". Ergo, se castiga desproporcionadamente un acto preparatorio.

El apartado 7 del art. 189, está destinado a penar al que "produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada". Con ello se tipifica la llamada pornografía infantil virtual, en la cual se utilizan imágenes y grabaciones de voz de menores para introducirlas en un contexto pornográfico. Ahora bien, no se puede decir que por el hecho de utilizar una imagen o una grabación de voz de un menor se vea lesionada la libertad o indemnidad sexual del mismo. A lo sumo puede verse afectada porque esta conducta podría fomentar la ulterior utilización de menores en pornografía, por lo que sería un delito de peligro abstracto. En todo caso, estamos ante una intervención penal excesivamente adelantada, pues el peligro es remoto.

La reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, actualmente en *vacatio legis*, amplía notablemente el concepto de pornografía infantil. Así, la redacción que se dará al artículo 189 CP extiende la definición de pornografía infantil, entre otros, a aquellos casos en que se represente visualmente a una persona que *parezca ser un menor* en una conducta sexualmente explícita. Para que exista "representación visual" no es necesario que se trate de imágenes grabadas de algo real, sino que es suficiente que sean animaciones -por ejemplo el anime *hentai*- o

---

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2006-18-3110&dsID=pdf> [visitado el 24.04.2015]

<sup>63</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?" en: MIR PUIIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.), *Nuevas tendencias en Política Criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, Buenos Aires: B de F, 2006. p.201 y s.

representaciones pictóricas que reflejen a una persona que parezca ser un menor. Es decir, que en realidad no interviene ningún menor porque no sería más que un personaje de ficción. En esta situación la afectación al bien jurídico de la indemnidad sexual no es ya lejana, sino inexistente. Claramente, lo que se está queriendo perseguir es a personas pedófilas que, aunque sólo hayan visto una animación, pueden, en el futuro ver, elaborar o difundir pornografía con menores reales. De esta manera, se las etiqueta como sujetos de riesgo y son castigadas por ello.

Por su parte, el art. 187.1 CP conmina al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz con la misma pena que el que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de estas personas. Con ello se está imponiendo la misma pena a la consumación, que se entiende producida con el inicio de la actividad sexual, que a las conductas que se identificarían mejor con la tentativa, como son la mera solicitud o aceptación.

La LO 5/2010 introdujo asimismo el artículo 183 bis CP, que describe el llamado *child grooming*, cuyo tenor literal es el siguiente: "El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento..."

Este tipo penal claramente describe un acto preparatorio. El adelantamiento de la barrera punitiva es tal, que se puede decir que estamos ante un delito de sospecha<sup>64</sup>, que por supuesto conculca el principio de lesividad. En suma, en el caso de que el sujeto que ha concertado un encuentro con el menor acuda al lugar acordado y el menor no -supuesto en que evidentemente ni siquiera se ha puesto

---

<sup>64</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal: Parte Especial*, 18ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.240.

en peligro la indemnidad sexual de éste- la conducta igualmente sería punible<sup>65</sup>, lo cual quiebra por completo el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

En cuanto a la prostitución, el último párrafo del art. 188.1 CP tipifica la determinación al ejercicio de la prostitución a persona mayor de edad mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad. A continuación se criminaliza la tercería locativa: "En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma."

Es decir, se persigue penalmente el aprovechamiento de un comportamiento atípico como es el ejercicio voluntario de la prostitución por persona mayor de edad. De nuevo no aparece claro el bien jurídico protegido, que no puede ser la libertad sexual de la persona que se prostituye, tal vez si entendemos que la prostitución no es verdaderamente libre. Con todo, es de reseñar que se impone la misma pena al que determina a la prostitución mediante violencia o intimidación que al que se lucra, sin coartar la libertad de la persona prostituida, dando como resultado una pena desproporcionada.

Finalmente, se prevé la imposición obligatoria de la medida de libertad vigilada a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos contra la libertad o indemnidad sexuales (art. 192.1 CP). Esto podría tener algún sentido si estos delincuentes tuvieran muchas probabilidades de reincidir, pero lo cierto es que los delincuentes sexuales tienen una tasa de reincidencia menor que el resto<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal*. Está disponible en [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342417876?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DComunicacion\\_de\\_Jose\\_Antonio\\_Ramos\\_Vazquez.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342417876?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DComunicacion_de_Jose_Antonio_Ramos_Vazquez.PDF) (Consultado el 15.03.2015)

<sup>66</sup>Fuente: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (CEJFE), *Delictes sexuals i reincidència*. 2007. Barcelona [Consultado el 4.04.2015]. Disponible en: [http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/invesbreu\\_39.pdf](http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/invesbreu_39.pdf)

## 4.2. Inmigrantes

Para el extranjero no residente legalmente en España la regla general es su expulsión del territorio nacional (art. 89 CP). En efecto, se prevé esta medida como una pena sustitutoria de imposición preceptiva para los casos en que éstos sean condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. No obstante, el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas podrá acordar motivadamente que la condena se cumpla en un centro penitenciario español. La expulsión también se prevé cuando el inmigrante irregular estuviera cumpliendo condena en España y hubiera accedido al tercer grado o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que los jueces o tribunales aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

La medida de expulsión va acompañada de un período de prohibición de entrada en España de entre cinco y diez años, y si el extranjero fuera sorprendido en la frontera será de nuevo expulsado y el plazo de prohibición de entrada empezará desde cero. En añadidura, la expulsión implicará el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera como objeto la autorización para residir o trabajar en España.

Se puede ver que la regulación actual de la institución de la expulsión supone una flagrante vulneración del principio de proporcionalidad, ya que al inmigrante ilegal, por cometer una falta, se le puede imponer una prohibición de entrada en España de mínimo cinco años. También se percibe que la finalidad de la expulsión no es la resocialización, sino la inoquización, habida cuenta de que la expulsión del territorio nacional no tiene contenido resocializador alguno. Y por supuesto es una medida discriminatoria que quiebra el principio de igualdad, toda vez que la expulsión es una pena que se impone únicamente a un colectivo determinado, y no por la naturaleza o gravedad del delito o falta cometido, sino por razón del origen extranjero del delincuente, lo que configura a la expulsión como la expresión de un Derecho penal de autor.

Empero, la expulsión no se prevé sólo en el Derecho penal, sino también en el Derecho Administrativo. El art. 57.2 de la LOEx señala que es causa de expulsión



la condena al extranjero, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que en nuestro país esté pena con pena privativa de libertad superior a un año. A su vez, el artículo 57.4 del mismo texto legal prevé la expulsión cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que el Código Penal prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena no privativa de libertad.

Este segundo supuesto quebranta por completo el derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia (art. 24 CE), pues se regula una sanción sin que se haya demostrado aún la culpabilidad del inmigrante. De esta forma, el Derecho Penal se convierte en un instrumento de agilización de la política (anti)migratoria.

El Proyecto de Reforma del Código Penal agrava esta situación. Para empezar, la posibilidad de la expulsión del territorio nacional no se circunscribe sólo a los inmigrantes irregulares, sino que se amplía a todos los inmigrantes, incluso a los ciudadanos comunitarios en supuestos excepcionales. Con la reforma, las penas de prisión de más de un año impuestas a un extranjero deberán ser sustituidas por la expulsión del territorio español, salvo que "resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito", en cuyo caso el Juez podrá acordar la ejecución de una parte de la pena. Ahora bien, desgraciadamente, para tomar esta decisión en ningún momento se escucha al penado.

En suma, en los casos en que se haya ejecutado la parte de la pena que haya acordado el Juez, o en todo caso cuando el penado acceda al tercer grado o a la libertad condicional, la pena se sustituirá por la expulsión. Esto implica que el extranjero, tras haber cumplido una parte de la pena -o la totalidad si así lo acuerda el Juez, cuando ésta sea superior a cinco años de prisión- deberá enfrentarse a continuación a la expulsión, con el correspondiente período de prohibición de regreso a España. La proporcionalidad brilla por su ausencia.

### 4.3. Terroristas

Sin lugar a dudas, la legislación penal y penitenciaria antiterrorista es la más representativa de lo que supone el Derecho penal del enemigo.

En primer lugar, el art. 578 CP tipifica el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo. Este delito es de un carácter más amplio que el de apología (art. 18 CP), pues la apología exige para ser delictiva que constituya "una incitación directa a cometer un delito". No obstante, el enaltecimiento y justificación no exigen que exista una incitación directa delinquir, lo que supone una intolerable intromisión en la libertad de expresión. El propio Tribunal Supremo afirma que el delito del art. 578 CP: "constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica"(STS 224/2010 de 3 de marzo).

Por si ese adelantamiento de la punibilidad no fuera suficiente, el art. 579 CP sanciona penalmente los actos de provocación, conspiración y proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578. Por tanto, es delito la realización de uno de estos actos preparatorios para cometer el delito de enaltecimiento o justificación (!).

El artículo 576 también supone un llamativo adelantamiento de la sanción penal, penando al que "lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista. " Lo que significa que las conductas de complicidad con un acto de colaboración también son penadas, además con la misma pena que quien realice efectivamente el acto de colaboración, vulnerando también el principio de proporcionalidad.

Dicho principio, ahora en su vertiente de proscripción de penas draconianas, se lesiona por la LO 7/2003 introduciendo el actual art. 76 CP, que contempla como máximo de cumplimiento efectivo los 40 años de prisión cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo y alguno de ellos esté castigado con pena superior a veinte años. Esto en la práctica supone una cadena perpetua, y la pena pierde su finalidad resocializadora.

El artículo 520 bis LECrim, por su parte, amplía el plazo de detención a 5 días y permite la incomunicación del detenido en los casos de delitos de terrorismo.

Mientras el art. 579.4 LECrim permite la posibilidad de acordar la medida de intervención telefónica para casos de terrorismo sin autorización judicial previa. La autorización en estos casos la podrá ordenar el Ministro del Interior o el Director de la Seguridad del Estado, que tendrán que comunicarlo inmediatamente al Juez competente para que éste revoque o confirme la medida. Con ello se está tolerando que sea una autoridad política la que decida la intervención telefónica a un ciudadano; siendo el control judicial *a posteriori*, cuando en cualquier caso el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ya se ha violentado.

En el ámbito penitenciario, el art. 36.2 CP obliga al Juez a imponer el llamado período de seguridad, que impide la progresión al tercer grado penitenciario hasta que no se cumpla la mitad de la pena, cuando se trate de un delito de terrorismo y la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años. Lo habitual es que la imposición del período de seguridad sea una facultad del Juez, pero en este caso, al imponerse como obligación, se vulnera el principio de individualización científica, por no atender al pronóstico individualizado del reo, sino al delito que ha cometido.

En la misma tónica se encuentra el art. 90 CP, que establece un requisito adicional para la concesión de la libertad condicional cuando la condena sea por delitos de terrorismo: mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios de la actividad terrorista y colaborar con las autoridades para impedir otros delitos por parte de la organización terrorista, para identificar a otros terroristas, para obtener pruebas, etc.- Se establece asimismo, como posible vía para acreditar estos extremos que el terrorista emita una declaración de repudio de sus actividades delictivas y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito. La libertad condicional concedida al terrorista podrá ser revocada (*ex art. 93.2 CP*) en el caso de que se considere acreditado que el terrorista ya no cumple las condiciones que le dieron en su momento la libertad condicional. La excepcionalidad no acaba ahí: mientras con el resto de reos la revocación de la condena se realiza sin perjuicio del tiempo pasado en libertad condicional, en el

caso de los terroristas " cumplirá(n) el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional."

Lo más lacerante es que lo dispuesto en los artículos 90 y 93.2 CP tras su modificación por la LO 7/2003 es de aplicación retroactiva, de acuerdo con la Disposición transitoria única de dicha Ley Orgánica. Con ello se vulnera de forma flagrante el principio de irretroactividad del artículo 2 CP y 9.3 CE.

Todo esto culmina con la obligación de imponer la medida de libertad vigilada (art. 579.3 CP), con la única excepción de que el terrorista sea delincuente primario que haya cometido un solo delito que no sea grave. En tal caso no será imperativa la libertad vigilada, quedando al arbitrio del Juez, que deberá atender a la peligrosidad del autor.

Ciertamente, no parece que esta tendencia inoquizadora y retribucionista en la legislación antiterrorista vaya a detenerse en el corto plazo. Buena muestra de ello es el "Acuerdo para afianzar la Unidad en Defensa de las Libertades y en la Lucha contra el Terrorismo", que suscribieron las dos primeras fuerzas políticas españolas el día 2 de febrero de 2015, pocos días después del atentado yihadista en la revista satírica *Charlie Hebdo*.

La primera frase de dicho Acuerdo es toda una declaración de intenciones: "El terrorismo es el peor enemigo de la democracia y las libertades". En el mencionado texto los dos partidos políticos acuerdan modificar el Código Penal para "mejorar y actualizar la respuesta legal (...) frente a las nuevas y terribles formas de actuación de quienes ponen en peligro nuestras vidas y nuestras libertades".

Dicho Acuerdo desembocó en una Proposición de Ley que busca modificar el Código Penal en materia de delitos de terrorismo.

Según el nuevo artículo 573 CP que se propone, se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo

catastrófico, incendio, contra la Corona, atentado, desórdenes públicos, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, determinados delitos informáticos, así como los tipificados como delitos de terrorismo en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, siempre que se cometan con alguna de estas finalidades: i) subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar el funcionamiento de las instituciones públicas o de las estructuras económicas o sociales del Estado u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo ii) alterar gravemente la paz pública iii) desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional y iv) provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

Se produce por tanto una notable ampliación de la noción de terrorismo. La lista de delitos que pueden ser calificados como tal es demasiado extensa y variopinta, desfigurando el ya de por sí indeterminado concepto de terrorismo. Con esta nueva regulación si un ciudadano participa en una protesta sin usar la violencia y ocupando un espacio público, resistiéndose de modo meramente pasivo, negándose a seguir la orden de la policía a abandonar ese lugar, estaría cometiendo posiblemente un delito de desórdenes públicos, que al tratar de "obligar a los poderes públicos a hacer algo o dejar de hacerlo" puede perfectamente ser considerado terrorista. Lo mismo podría ocurrir con un activista animalista que cometiera un delito de daños al liberar a unos animales criados en una granja productora de pieles<sup>67</sup>.

A mayor abundamiento, se pretende luchar contra el fenómeno de los llamados "lobos solitarios" prescindiendo para considerar una conducta como terrorista del hecho de que se cometa en el seno de una organización criminal. Así, la Exposición de Motivos de la Proposición afirma: " las nuevas amenazas exigen la

---

<sup>67</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel (2015, 11 de febrero). "Pacto antiterrorista": por la pendiente deslizante hasta el fondo del barranco. El diario.es. Consultado el 3 de marzo de 2015 en: [http://www.eldiario.es/zonacritica/Pacto-antiterrorista-pendiente-deslizante-barranco\\_6\\_355624462.html](http://www.eldiario.es/zonacritica/Pacto-antiterrorista-pendiente-deslizante-barranco_6_355624462.html)

actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual". El legislador parece olvidar que el terrorismo individual ya está penado por el artículo 577 CP.

Análogamente, el artículo 575 CP que pretende establecer la Proposición se dirige a los que, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos mencionados más arriba, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o en técnicas de desarrollo de armas o sustancias o aparatos explosivos, incendiarios o asfixiantes. Este precepto, además de suponer un irrazonable adelantamiento de la punibilidad, castiga una conducta que ya está prevista en el actual artículo 576 CP.

Sin embargo, el art. 575 según la Proposición añade que se entenderá que cometen ese delito los que, con la finalidad de recibir esa formación, accedan de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de Internet cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer un delito de terrorismo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista. Con ello la barrera punitiva se adelanta hasta límites vergonzantes.

En resumidas cuentas, la proyectada modificación del Código Penal no tipifica conductas que anteriormente quedaban impunes, pues los delitos que se presentan como novedad ya estaban previstos previamente. Lo que sí hace la reforma es permitir el castigo de actos preparatorios muy alejados de la comisión del delito, como son la consulta de páginas web o el traslado a un país. Preocupa asimismo el elemento finalista de estos delitos. Puede ser muy complicado determinar si la consulta de una página web yihadista se hace por morbo, por curiosidad, por afán investigador o para capacitarse para cometer un delito de terrorismo, por poner un ejemplo. Esta reforma lo que facilita es la incriminación masiva de delitos comunes o de actos inocuos como delitos de terrorismo.

## 5. Conclusiones

1ª. El Derecho penal del enemigo es un concepto doctrinal y político-criminal que hace referencia a un subsistema penal cuyo postulado principal es la inocuización de determinadas clases de delincuentes en base a su peligrosidad.

2ª. La profunda crisis del Estado, tanto en su vertiente de Estado Social como de Estado-Nación, se revela como el principal alimento de las teorías favorables al Derecho penal del enemigo.

3ª. El Derecho penal del enemigo se caracteriza por un amplio adelantamiento de la barrera punitiva, sin una correlativa reducción proporcional de la pena acorde con dicho adelantamiento, una supresión o restricción de las garantías y derechos procesales de los imputados, un recrudescimiento del Derecho penitenciario y una notable presencia del Derecho penal de autor.

4ª. Este tipo de respuesta represiva no es algo nuevo, sino una constante histórica. Se han planteado soluciones similares a la delincuencia por determinados filósofos como Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant, Locke o Carl Schmitt.

5ª. El Derecho penal del enemigo es contrario a los principios del Estado de Derecho y no es compatible con una sociedad democrática. La multivocidad del concepto de "enemigo", la notoria probabilidad de que la totalidad de la población sufra restricciones en sus libertades, unida a su ineficacia para acabar con la delincuencia convierten a este tipo de Derecho penal en algo indeseable.

6ª. En el Derecho penal español existen manifestaciones, afortunadamente todavía imperfectas, de Derecho penal del enemigo. Es el caso de las medidas penales contra la delincuencia sexual -especialmente la que afecta a menores-, contra los delitos cometidos por inmigrantes y contra el terrorismo. La reforma del Código Penal, actualmente en período de *vacatio legis*, no hace sino ahondar en ese tipo de regulación.

## 6. Bibliografía

-ABANTO, Manuel, “El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1. Madrid: B de F, 2006.

- AMBOS, Kai, “Derecho penal del enemigo”, Trad: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Madrid: B de F, 2006.

-BAUCELLS LLADÓS, Joan; PERES-NETO, Luiz, "Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos" en: GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan (Dirs.), *Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

-BASTIDA FREIXEDO, Xavier, “Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Madrid: B de F, 2006

-BERNUZ BENEITEZ, M<sup>a</sup> José; SUSÍN BETRÁN, Raúl, *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares, 2010.

-BRANDARIZ GARCÍA, José Angel, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación*, Granada: Comares, 2007.

-CANCIO MELIÁ, Manuel, “De nuevo: ¿'Derecho penal' del enemigo?”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Navarra: Civitas, 2006.



— "Pacto antiterrorista": por la pendiente deslizante hasta el fondo del barranco. El diario.es. Disponible en: [http://www.eldiario.es/zonacritica/Pacto-antiterrorista-pendiente-deslizante-barranco\\_6\\_355624462.html](http://www.eldiario.es/zonacritica/Pacto-antiterrorista-pendiente-deslizante-barranco_6_355624462.html)

-CUERDA RIEZU, Antonio, "Los medios de comunicación y el derecho penal", en: MARTÍN NIETO, Adán (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. I, Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla -La Mancha, 2001.

-DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "El derecho penal del enemigo darf nicht sein!: sobre la ilegitimidad del llamado 'Derecho penal del enemigo' y la idea de seguridad", en: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos (Coords.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol 1. Madrid: B de F, 2006.

-DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?" en: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.), *Nuevas tendencias en Política Criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, Buenos Aires: B de F, 2006.

-ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, "El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación", RECPC 18-02 (2006), en:

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2006-18-3110&dsID=pdf>

-FICHTE, Johann, *Fundamentos del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Trad: VILLACAÑAS, José; RAMOS, Manuel; ONCINA, Faustino; Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

- GRACIA MARTÍN, Luis, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'", RECPC 07-02 (2005), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>

- “el trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo” en: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra: Aranzadi, 2005.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Trad: ESCOHOTADO, Antonio, Madrid: Editora Nacional, 1979.
- JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997.
- “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel, en: JAKOBS, Günther CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª edición, Navarra: Civitas, 2006.
- “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, Trad.: MANSO, Teresa, en: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- *Sobre la normativización de la Dogmática jurídico-penal*, Trad: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Madrid: Thomson Civitas, 2003.
- Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Madrid: Civitas, 1996.
- KANT, Immanuel, *La paz perpetua*, Trad: ABELLÁN, Joaquín, Madrid: Tecnos, 1985.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Trad: LÁZARO ROS, Amando, Madrid: Aguilar, 1973.
- MERCADO, Pedro, "El proceso de globalización, el Estado y el Derecho" en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Coord.), *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Akal, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*. 1º Edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

- Derecho Penal: Parte Especial*, 18ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo: Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- “el nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado «Derecho penal del enemigo»” en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.), *Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Akal, 2005.
- NAVARRO, Vicenç, *Neoliberalismo y Estado del Bienestar*, 2ª edición, Barcelona: Ariel, 1998.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal” en: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.), *Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Akal, 2005.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal*. Está disponible en:
- [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342417876?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DComunicacion\\_de\\_Jose\\_Antonio\\_Ramos\\_Vazquez.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342417876?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DComunicacion_de_Jose_Antonio_Ramos_Vazquez.PDF)
- RIVEIRA BEIRAS, *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona: Anthropos, 2005.
- RODRÍGUEZ MESA, Mª José, "el sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas" en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques; *El contrato social o Principios de derecho político*, 2ª edición, Trad: VILLAVARDE, María José, Madrid: Tecnos, 1992.

- SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón, *Emergencia y crisis del Estado social: análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1ª edición, Madrid: Civitas, 1999.
- "el retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos" en: MARTÍN NIETO, Adán (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. I, Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla -La Mancha, 2001.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Trad: AGAPITO, Rafael, Madrid: Alianza Editorial, 1998.
- SOTELO, Ignacio, *El Estado social: Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid: Trotta, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid: Dykinson, 2006.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*, Madrid: Colex, 2001.