



Jornades de Foment de la Investigació

**TENDENCIAS DE LA LEGISLACIÓN
PENAL ACTUAL Y EL DERECHO
PENAL DEL ENEMIGO. HACIA LA
INOCUIZACIÓN DEL DELINCUENTE**

David E. BALBUENA PÉREZ

INTRODUCCIÓN

Los últimos cambios legislativos en materia penal, demuestran una tendencia al endurecimiento de la represión, al endurecimiento de las penas y al tratamiento desigual de ciertos sujetos delincuentes, a los que se les aplica un régimen penológico y de ejecución penal distinto y más gravoso. Lo que habría que preguntarse es a qué responde esta tendencia legislativa, en qué se basa, dónde encuentra su fundamento y sobre todo su legitimidad.

La realidad es que la complejidad de la sociedad española, hace que se coloquen en el «punto de mira» de la política criminal, ciertas clases de delincuentes que la opinión pública repudia, delincuentes a los que la sociedad les tiene especial ansias de retribución por la repugnancia de sus crímenes, y ello desemboca en un endurecimiento de la represión penal como «solución» a ese tipo de delincuencia. La primera consecuencia es la inocuización de esos delincuentes, y la segunda, su estigmatización.

En el presente estudio se pretende, de forma breve por la amplitud de la materia, ofrecer una visión de las distintas teorías en que se basan estas tendencias legislativas que tienen su origen y punto de partida en la llamada teoría del derecho penal del enemigo, teorías que tiene defensores y (en mayor número) detractores. El principal impulsor es Günther Jakobs, no obstante a sus teorías les han llovido críticas, prácticamente en coro, de toda la doctrina (Donini, 2008: 43), incluidos algunos de sus discípulos como Cancio Meliá. Comoquiera que sería un despropósito agrupar todo lo que doctrinalmente se ha dicho acerca de esta cuestión, centraremos el estudio en las teorías más importantes, para concluir con unos ejemplos paradigmáticos -y a mi juicio inquietantes- acerca de la realidad fáctica de las teorías de Jakobs en las tendencias legislativas actuales (no sólo en nuestro país), y unas reflexiones constitucionales acerca de la legitimidad de esta praxis legislativa.

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Abordaremos las distintas teorías del derecho penal del enemigo, desde una óptica que trata de hacer un repaso por las más importantes, haciendo una referencia necesaria a los antecedentes históricos, para terminar por las teorías contemporáneas.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Realmente, las teorías en que se fundamenta la tesis del derecho penal del enemigo, arrancan con la sofística griega del Siglo V a. C., donde se trata al delincuente como un tumor canceroso que debe ser eliminado del cuerpo político (Gracia Martín, 2005: 117-120), y en la teoría penal de Protágoras (1981: 322), basada en que las órdenes de Zeus implican que al incapaz de participar del honor y la justicia, lo eliminan como una enfermedad de la ciudad. No obstante,

después de varias referencias de gran importancia en el desarrollo de estas ideas por autores como Rousseau, Kant, Fichte, Hobbes, que seguidamente serán objeto de análisis, encontramos referencias por grandes penalistas como Von Listz, para quien son enemigos los reincidentes, los habituales y los delincuentes por tendencia, para lo que propuso la prisión perpetua o con duración indeterminada, los azotes como pena disciplinaria y, en todo caso, la pérdida obligatoria y duradera de los derechos civiles y políticos¹.

TOMAS DE AQUINO.

Especial detenimiento merece Tomás de Aquino², pues en su obra refiere a la dignidad humana, dignidad que sólo está intrínseca en el hombre virtuoso, en el hombre «digno», y no en todo hombre éticamente libre. El hombre que infringe la ley natural, la ley divina, el pecador, carece de esa dignidad y se le trata como un animal. Por tanto, en esa condición de animal puede ser exterminado por el Estado, *velut bestia*.

ROUSSEAU

La teoría contractualista de Rousseau, implica la vigencia del contrato social mediante la voluntad general, frente al origen autoritario del mismo que propugna Hobbes. Por su parte, Rousseau mantiene una concepción del delincuente como enemigo, a quien niega la condición de ciudadano o de persona moral, que con sus delitos se convierte en un traidor a la patria, en un peligro para la sociedad. Dice este autor: «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. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y, por consiguiente, de que ya no es miembro del Estado. Ahora bien, como él se ha reconocido como tal, al menos por su residencia, debe ser separado de aquél mediante el destierro, como infractor del pacto, o mediante la muerte, como enemigo público; porque un enemigo así no es una persona moral, es un hombre, y entonces el derecho de guerra consiste en matar al vencido»³.

Para Rousseau, todo delincuente es de por sí un enemigo, al que además hay que combatir de la forma más drástica: es un enemigo al que hay que destruir.

FICHTE

Este autor, en su tratado de derecho natural (Fichte, 1960), equipara al reo de un delito de asesinato a una cabeza de ganado. En efecto, la tesis de Fichte se resume en la idea de que quien lesiona el contrato social y delinque, pierde la condición de ciudadano y pierde con ello todos sus derechos. Al igual que para Rousseau, todo delincuente se convierte inmediatamente en un enemigo, y para ello expresa que no es que nazca un derecho de Estado a tratar al condenado de forma arbitraria, «sino que tampoco hay derecho para lo contrario; es decir que al condenado se le declara ser una cosa, una cabeza de ganado»⁴.

KANT

Kant contrapone el estado de la naturaleza (*status naturalis*) al estado de paz entre hombres que conviven en sociedad, o entre pueblos que coexisten o incluso entre distintos Estados en sus relaciones entre sí. Ese estado de paz sólo puede ser garantizado mediante una constitución jurídica según el derecho político de los hombres (*ius civilitatis*), y según el derecho de gentes (*ius gentium*) (Kant, 1996). En esa convivencia, dice Kant (1996: 14), «si un vecino no le 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».

Este autor considera enemigos a quienes no entran en el estado civil, en la condición legal de ciudadanos, o a quienes permanecen en el estado de la naturaleza y incluso a los que regresan a él, y ese estado de naturaleza es lo que representa un peligro, una amenaza real y constante del individuo, que no ofrece la suficiente seguridad cognitiva de un comportamiento personal. El hecho, pues, de que el hombre se encuentre en ese estado de naturaleza, bien por haber vuelto al mismo, o por no haber salido nunca de él, lo convierte en enemigo, lo cual es suficiente para justificar una especial repulsa contra él, independientemente de sus actos, pues es el estado de peligrosidad natural lo que le convierte en enemigo y no la lesión fáctica que su actuar pueda producir: es indiferente, pues como dice Kant (1996: 14) «la omisión de hostilidades por él no es todavía garantía de paz».

HOBBS.

Este autor diferencia entre un derecho penal para malos ciudadanos (que es en realidad un derecho civil con normas penales), y un derecho natural de guerra que se dirige a la represión de los enemigos. Los enemigos son individuos que se encuentran en el estado de la naturaleza, donde falta la seguridad cognitiva. El bien supremo del hombre es su propia existencia, que no se encuentra garantizada en el estado de la naturaleza, sino que está en permanente peligro. Dice Hobbes (1999: 94) «la competencia por alcanzar riquezas, honores, mando o cualquier otro poder, lleva al antagonismo, a la enemistad y a la guerra, porque el modo como un competidor consigue sus deseos, es matando, sometiéndolo, suplantando o rechazando a quien compite con él». De ahí resulta que si se añade el derecho de todos a todo, sólo puede existir una guerra de todos contra todos, guerra perpetua, que origina perpetuos celos y sospechas de todos contra todos (Hobbes, 1993: 20). Ello origina un constante miedo, de un peligro real de una muerte violenta, y el Estado es la institución coactiva, el monstruo nacido del temor y con el fin de reprimir las conductas que emanan de la fuerza destructora del hombre (Hobbes, 1999: 120).

Hay que buscar la paz donde pueda darse, y donde no, buscar ayudas para la guerra, con lo cual ya no debe mantenerse el derecho de todos a todo, sino que deben transferirse algunos derechos, o debe renunciarse a ellos. Esa transferencia mutua de un derecho se llama contrato, pero cuando la entrega de la cosa que es objeto del derecho se difiere a un momento futuro, aquél se denomina pacto o convenio. El que cumple su pacto, se dice que ha guardado su promesa, y el que incumple, que ha incurrido en una violación de la confianza (Hobbes, 1999: 122).

El bien supremo del hombre es su propia existencia que, no obstante, se encuentra permanentemente en peligro en el estado de la naturaleza; por ello, el fin del Estado es proporcionar al hombre la seguridad necesaria que garantice su existencia (Hobbes, 1999: 157). Así, dice Hobbes, el único fin de la obediencia al Estado es la protección, *oboedientiae finis est protectio* (Hobbes, 1999: 196). Para Hobbes, el Estado y su Derecho cumplen un cometido esencial si son capaces de oponer al *bellum omnium contra omnes* un orden que garantice la existencia de todos los ciudadanos. Es decir, que para la superación del estado de guerra de todos contra todos que ha de conducir a la paz, el Estado ha de proporcionar a los ciudadanos la seguridad y la protección por las que han renunciado a ciertos derechos, esto es, por lo que se justifica la transferencia de algunos derechos en favor del Estado (a la que antes aludía) (Hobbes, 1993: 57; 1999: 122).

De ahí, pues, surge la promulgación de leyes civiles (dentro de las que, obviamente, están incluidas las descripciones de los delitos, por lo que hay que entender también leyes penales, pues para Hobbes sólo son delito los hechos castigados por la ley civil) (Hobbes, 1993: 63-4; 1999: 252), que son mandatos acerca de las acciones futuras de los ciudadanos (Hobbes, 1993: 58). Y la finalidad de esas leyes no es otra que limitar la libertad natural de los hombres para evitar que se maten entre sí, y para contribuir de modo conjunto a que nazca una verdadera unión social contra los enemigos comunes, en aras de la consecución de la paz (Hobbes, 1999: 189). Ahora bien, dice Hobbes (1993: 54; 1999: 267), que estas leyes civiles únicamente pueden serles aplicadas a los ciudadanos, y no a los enemigos, pues sólo los ciudadanos pueden trasgredirlas y pueden ser destinatarios de las normas que transgreden, no así los enemigos; y esos ciudadanos no pueden ser más que los súbditos del Estado.

La necesidad del castigo surge, pues, de la propia naturaleza humana:

todos conocen la maldad de la condición humana y se sabe por una sobrada experiencia lo poco que los hombres cumplen sus obligaciones en virtud de sus promesas si se suprime el castigo [...]. De ahí que hay que velar por la seguridad no con pactos sino con castigos. (Hobbes, 1993: 57)

Los castigos sólo se aplican a ciudadanos, por lo que el delincuente conserva su condición de ciudadano y el delito es una mera infracción de la ley civil que supone un incidente dentro de la vida en sociedad, frente a lo que reacciona el Estado, de forma normal, con el castigo previsto en la ley (Hobbes, 1999: 254-6). De ahí, que para Hobbes (1993: 133), el delincuente no es un enemigo, sino un mal ciudadano que no pierde su status de ciudadano por el hecho de delinquir.

Sin embargo, el derecho a castigar del Estado, no es adecuado para los enemigos según Hobbes (1999: 268), pues para él «los castigos que están estipulados en la ley sólo son aplicables a los súbditos, no a los enemigos». La cuestión es: ¿qué entiende Hobbes por enemigos? ¿Quiénes son estos enemigos si no son los propios delincuentes que transgreden las normas descritas en la ley civil? Para Hobbes (1999: 142) enemigos son quienes no aceptan el pacto general de obediencia, o renuncian a él una vez aceptado, y ponen de manifiesto con sus actos que no están dispuestos a cumplir las leyes de la naturaleza. Hobbes (1999: 127-31) habla de que los hechos

que cometen los enemigos no son delitos, sino pecados y constituyen *crímenes de lesa majestad*. De ahí resulta, que el daño que el enemigo produzca al Estado, no puede revestir la categoría de castigo dentro de la ley civil, sino de acto legalmente hostil, puesto que al negar su sujeción a la ley, niega también el castigo que legalmente se le asocia. En palabras de Hobbes:

a los rebeldes, traidores, y demás convictos de lesa majestad, ya no se les castiga según el derecho civil, sino según el natural; esto es, no como a malos ciudadanos sino como a enemigos del Estado; y no por derecho de gobierno o de dominio, sino por derecho de guerra (Hobbes, 1993: 133; 1999: 28).

Pues bien, a partir de este razonamiento se extraen los principales puntos de desarrollo que conforman las actuales teorías del derecho penal del enemigo, puesto que Hobbes (1999: 270) razona acerca de cómo el Estado puede reaccionar contra su enemigos, apartándose de los principios y de las reglas de derecho penal sin mostrarse por ello contrarias a la legalidad, si bien se trata de una legalidad natural.

TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El principal impulsor contemporáneo de las tesis del derecho penal del enemigo (*Feindstrafecht*) es Jakobs, aunque algunos de sus discípulos las han desarrollado difiriendo en parte de las teorías del citado jurista alemán. En este apartado intentaremos resumir los extremos más relevantes de la tesis de Jakobs, y haciendo referencia al diálogo académico-doctrinal mantenido con uno de sus más importantes discípulos, el jurista español Cancio Meliá, teorías que no coinciden en su totalidad, aunque parten de las mismas premisas y llegan a soluciones diferentes.

LA TESIS DE GÜNTHER JAKOBS.

Jakobs (2006) parte de los pensamientos iusfilosóficos vistos arriba. Comenzando por la pena que para él es coacción (Jakobs y Cancio Meliá, 2006: 24), y significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones de la sociedad, aunque no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo.

La perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige hacia delante, al futuro, en el que una tendencia a cometer hechos delictivos de considerable gravedad podría tener efectos peligrosos para la generalidad (Jakobs y Cancio Meliá, 2006: 33)⁵.

En el Derecho penal del ciudadano la función de la pena es la *contradicción*, en el Derecho penal del enemigo es la *eliminación de un peligro* (Jakob y Cancio Meliá, 2006: 54-5).

Para Jakobs, partiendo de los argumentos de Kant y Hobbes,

quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas (Jakob, 2006: 47).

lo que implicaría la separación de personas y enemigos, lo que supone, a su vez, que hay que protegerse frente a estos últimos (Jakob, 2006: 48).

Conviene que nos detengamos en la referencia de este autor a la vigencia de la norma. En efecto, para Jakobs sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva de comportamiento personal, y ello «como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita una cimentación cognitiva para poder ser real» (Jakob y Cancio Meliá, 2006: 50). Pues bien, el autor del crimen siempre niega la vigencia de la norma respecto del hecho que comete, es decir, que niega la proscripción de su conducta negando la vigencia de la norma que la prohíbe, pues, como dice este autor, «de lo contrario no podría cometer el hecho» (Jakob y Cancio Meliá, 2006: 52). Dice Jakobs textualmente:

se trata de un estado de certeza de que el Estado presta suficiente seguridad para las expectativas de la víctima frente al autor, de modo que si a pesar de ello se produce un hecho, éste aparece como peculiaridad que no debe tenerse en cuenta en el cálculo cognitivo y que puede ser neutralizada mediante la imputación al autor y su punición. Esta breve consideración ha de bastar respecto de la situación en *un estado de vigencia real del ordenamiento jurídico*, es decir, en el Estado en funcionamiento.

Según las teorías de este autor, el fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes jurídicos, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, que haga posible la libertad (Jakob y Cancio Meliá, 2006: 63), lo que se traduce en la llamada prevención general positiva, que basa la eficacia del sistema penal en la vigencia de una norma positivizada cuya existencia previene a la generalidad para no cometer el hecho proscrito por la misma.

Los ciudadanos se comportan, por norma general, orientándose cotidianamente con el Derecho vigente, con un apoyo cognitivo de la norma, y la comisión de un delito por parte de los ciudadanos no implica una renuncia o una rescisión general de ese comportamiento conforme a Derecho generalizado (Jakob y Cancio Meliá, 2006: 65), sino que se trata de un incidente dentro del sistema, que precisamente encuentra su respuesta jurídica en la ley y el castigo a través del derecho penal, cuya vigencia conoce y asume el ciudadano.

Para Jakobs, quien se comporta de modo desviado, no ofrece garantías de un comportamiento personal seguro, por lo que no lo considera como ciudadano, sino que le otorga la categoría de enemigo, al que conviene combatir como tal, y ese «combate» encuentra su justificación en el derecho a la seguridad de las demás personas. En consecuencia, dice Jakobs (2006: 55), se hace necesario un derecho penal del enemigo cuya delimitación resulte «menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo». De ahí que afirme rotundamente que «el

Derecho Penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho Penal del enemigo es el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física hasta llegar a la guerra» (Jakob y Cancio Meliá, 2006: 34).

Ahondaremos en la cuestión sobre la distinción de las personas a propósito de la reflexión de Jakobs en torno al terrorismo, donde se distingue *a priori* los conceptos de «guerra» y «lucha», que vienen a poner de manifiesto que existe un enemigo al que hay que combatir⁶. La expectativa normativa es sustituida por la orientación cognitiva, lo que significa que la persona muta para convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo, y ya no se espera el cumplimiento del deber, de modo que «desaparece el elemento central de la personalidad que presta orientación, es decir, la presunción de la fidelidad al ordenamiento jurídico, y, con ello, la ‘base del negocio jurídico’ de la libre autoadministración»⁷.

En ese orden de cosas, manifiesta este autor (Jakob y Cancio Meliá, 2006: 68) que la proposición «en Derecho, todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona» es incompleta, pues sólo tiene derecho a ser tratado como tal la persona en la que se advierte un suficiente apoyo cognitivo de fidelidad al ordenamiento jurídico, y así deduce que la proposición correcta es: «todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona» (Jakob y Cancio Meliá, 2006: 68). Por el contrario, quien no lleve a cabo ese deber de prestar fidelidad al ordenamiento, de alguna forma no puede integrar esa misma categoría de personas y, por ende, no puede dársele el mismo tratamiento, y dice Jakobs que «será heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona» (Jakob y Cancio Meliá, 2006: 69).

En definitiva, Jakobs (2003: 57-9) distingue entre personas y no-personas, pues estas últimas son los que deben ser considerados enemigos, y como reflexiona Gracia Martín, a propósito de la tesis de Jakobs,

el derecho penal del enemigo es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto éstos son actualmente no-personas, y conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos (Gracia Martín, 2006: 105).

La aplicación, pues, de pena como coacción para cambiar la vida otro, dice Jakobs (2006: 71),

es incompatible por definición con su reconocimiento como persona, en la medida en que se use la coacción. Desde el punto de vista práctico, lo más relevante será el aseguramiento frente al autor, bien a través de una custodia de seguridad identificada como tal, bien mediante una pena privativa de libertad que garantice el aseguramiento, es decir, que sea correspondientemente extensa.

Sobre la legitimidad del derecho penal del enemigo, comienza Jakobs por matizar que (el derecho penal del enemigo) debe limitarse o circunscribirse a lo estrictamente necesario, y acto seguido precisa qué debe entenderse por tal premisa, que en el caso del terrorista sería la simple privación del derecho del que abusa para sus planes: «del derecho a la libertad de

conducta» (Jakob, 2006: 76). El legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico.

Finalmente, por concluir sobre la tesis de Jakobs (2006: 83), manifiesta lo siguiente:

¿puede conducirse una guerra contra el terror con los medios de un derecho penal propio de un Estado de Derecho? Un Estado de Derecho que *todo* lo abarque no podría conducir esa guerra; pues habría que tratar a sus enemigos como personas, y, correspondientemente, no podría tratarlos como fuente de peligro.

En definitiva, como apunta Cancio Meliá (Jakob y Cancio Meliá, 2006: 112), podemos resumir el derecho penal del enemigo según Jakobs en la descripción de tres elementos: la desproporción de las penas; un amplio adelantamiento de la punibilidad, que no reduce la pena precisamente por ese adelantamiento; y relativización o incluso supresión de garantías procesales.

LA TESIS DE CANCIO MELIÁ.

Uno de los más importantes discípulos de Jakobs, mantuvo un entretenido diálogo doctrinal durante una estancia en las Universidades de Bonn y Munich, con el propio jurista alemán, de la que surgió la interesante obra «De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?»⁸, en la que difiere tan sólo parcialmente en los aspectos tratados por Jakobs y que seguidamente pasamos a analizar.

Cancio parte de la siguiente concepción: «Derecho penal del ciudadano es un pleonismo, Derecho penal del enemigo, una contradicción en los términos» (Cancio Meliá, 2006: 89). Concibe el derecho penal del enemigo como instrumento para identificar precisamente el no-derecho penal, basado en que difiere del derecho penal positivo en la función de la pena, y en la falta de orientación con base en el principio de hecho (Cancio Meliá, 2006: 111).

Primeramente, dice Cancio que no está claro si se trata de un concepto meramente descriptivo o afirmativo, no obstante, «ambas concepciones teóricas antes esbozadas son correctas en cuanto elementos de una descripción» (Cancio Meliá, 2006: 116). La esencia del concepto del derecho penal del enemigo debe encontrarse en

una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos que nada significa, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas. (Cancio Meliá, 2006: 118-9).

Llegado a este punto, relaciona este autor una serie de carencias de las teorías de su maestro, que resumimos en las siguientes:

- 1º.- No se dirigen actuaciones de lucha contra el enemigo con prudencia, sino que «se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados» (Cancio Meliá, 2006: 120). De esa forma, dice Cancio, que el trato que se le da al enemigo reviste carácter tradicional-militar. No se identifica al enemigo como fuente de peligro, como un fenómeno natural al que combatir mediante su neutralización, sino que en realidad «es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización – y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído?–» (Cancio Meliá, 2006: 121). Se excluye, por tanto, a determinados sujetos de la categoría de ciudadanos, por lo que la defensa frente a ese riesgo potencial que les caracteriza, es lo de menos. Y en ese orden de cosas,

la carga genética del punitivismo [...] se recombina con la del derecho penal simbólico [...] dando lugar al Código del derecho penal del enemigo, o, dicho de otro modo, el derecho penal del enemigo constituye una nueva fase evolutiva sintética de estas dos líneas de desarrollo. (Cancio Meliá, 2006: 123).

En consecuencia, la demonización de ciertos grupos de infractores, no implica que nos encontremos ante un «derecho penal del hecho, sino de autor» (Cancio Meliá, 2006: 128), donde se pasa del entendimiento del derecho penal basado en el principio clásico y liberal que excluye la responsabilidad penal por los meros pensamientos, es decir, <<como rechazo a de un derecho penal orientado con base en la «actitud interna» del autor>> (Cancio Meliá, 2006: 137), a un derecho penal construido sobre el autor, el enemigo, olvidando lo relevante del hecho de ese autor, y centrándose en su condición de autor en potencia.

- 2º.- Derivado del carácter simbólico específico del derecho penal del enemigo, deriva una segunda característica estructural:

no es (sólo) un determinado «hecho» lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos. (Cancio Meliá, 2006: 123)

Por ello, dice Cancio que el rigor que impone la observancia al principio de legalidad, en aras a la tipificación penal, deja de ser un punto de referencia para la descripción de conductas penales que pretenden el combate al enemigo.

- 3º.- El derecho penal del enemigo es para este autor una contradicción en los términos, básicamente por tres razones: la primera, por la inconstitucionalidad del término que es políticamente incorrecto⁹; y la segunda: porque no se ve afectada para su mejora la prevención de delitos¹⁰; la tercera: porque Cancio (2006: 125), contesta de manera afirmativa a la siguiente cuestión: «¿puede el derecho penal del enemigo (fácticamente existente) formar parte *conceptualmente* del derecho penal?» Es decir, que el derecho penal del enemigo no puede integrar una categoría de derecho penal autónoma, sino que, conceptualmente, está dentro del único derecho penal que puede existir, el derecho penal de todos, y por ello, queda sometido al imperio de sus principios y límites o, dicho de otra forma: a los delincuentes que no presentan suficiente seguridad cognitiva, sólo se les puede combatir con el único derecho penal posible, y no con otro (el del enemigo) distinto y con otros parámetros.

En conclusión, para Cancio (2006: 140) el derecho penal del enemigo es incompatible con la teoría de la prevención general positiva, y ello como consecuencia lógica que en el derecho penal del enemigo, la pena no puede cumplir una función compatible con el elemento esencial de la culpabilidad, y evidentemente, con la igualdad. Se trata, pues, de un derecho penal que sólo distingue categorías de sujetos, y eso «es de modo estructural un derecho penal de autor» (Cancio Meliá, 2006: 141).

SILVA SÁNCHEZ.

Nos detendremos brevemente en la aportación a las teorías del derecho penal del enemigo por este autor, a propósito de su obra *La expansión del Derecho penal*, en la que Silva proclama la existencia de varias velocidades en el derecho penal, a saber: una primera velocidad consistente en un sector del ordenamiento en que se imponen penas privativas de libertad, en el que deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos (Silva Sánchez, 1999: 159-61). La segunda velocidad es a la que se asocian penas pecuniarias y privativas de derechos, donde tendría cabida una mayor flexibilización de esos principios y reglas de aplicación. Y la tercera velocidad es la relativa al derecho penal del enemigo, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación (Silva Sánchez, 1999: 163). Dice este autor que sobre la existencia del derecho penal del enemigo en el ordenamiento positivo «no parece que se pueda plantear duda alguna» (Silva Sánchez, 1999: 166), su existencia no es cuestionada, por lo que si existe, puede ser descrito en los términos expuestos.

Se trata, pues, de «fenómenos que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado»; y por ese motivo, es por el que surgen en cadena una serie de «reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves» (Silva Sánchez, 1999: 163).

ALGUNAS TEORÍAS CONTRARIAS A LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Como ya he avanzado antes, sería un despropósito hacer una relación exhaustiva de los autores que han reaccionado frente a las teorías del derecho penal del enemigo, y este trabajo tampoco lo pretende. Por ello, haré referencia tan sólo algunos autores, destacando únicamente las cuestiones centrales de sus argumentos.

MUÑOZ CONDE

Quizás uno de los autores que con más contundencia ha criticado la tesis de Jakobs, sea Muñoz Conde. Para él, el derecho penal del enemigo, concebido como ese derecho penal de excepción contrario a los principios liberales del Estado de derecho, a los derechos fundamentales reconocidos internacionalmente, es un

Derecho derogador de los principios básicos de derecho penal liberal clásico, pero sobre todo de los principios básicos del derecho penal del Estado de Derecho, contenidos también en las declaraciones y convenios internacionales sobre derechos humanos (Muñoz Conde, 2005: 27),

advirtiendo del peligro que la tesis de Jakobs encierra para el derecho penal del Estado de Derecho, puesto que a través de él se pueden legitimar, de forma macabra, los excesos del derecho penal propio de regímenes autoritarios.

La guerra particular que ambos ilustres doctores han mantenido acerca de las opiniones vertidas en torno a esta cuestión, no sólo por anecdótica, sino por resultar igualmente interesante en lo académico, merece que me detenga para esbozar brevemente la realidad de ese enfrentamiento que excede de lo estrictamente doctrinal y que ha trascendido incluso al plano personal. En efecto, Muñoz Conde fue entrevistado por la *Revista Electrónica de Derecho Penal de la Universidad de Granada*¹¹, donde criticó fuertemente la tesis de su colega alemán. En fecha 10 de septiembre de 2002, el propio Jakobs remitió una carta a Muñoz Conde, donde le manifestaba al mismo «la absurdidad de su interpretación», como reacción a lo que Jakobs entendió como una ofensa por haberle calificado como *Zuliefere autoritärer Persönlichkeiten* que viene a ser algo así como «partidario de Hitler, Franco Pinochet o Stalin» (Muñoz Conde, 2005: 29). Pues bien, en esa carta, Jakobs le adjunta sutilmente a Muñoz Conde una fotocopia de un pasaje de la obra de Kant *La paz perpetua*. La carta no tiene desperdicio, por lo que la transcribo en su integridad:

Querido señor colega Muñoz Conde! En la Revista Electrónica me califica como sostenedor de personalidades autoritarias. Adjunta le remito la declaración de alguien – que de ser cierta su calificación – sería también un tal sostenedor. Es Kant. Con ello queda demostrada la absurdidad de su interpretación. Suyo. (Firmado Günther Jakobs) (Muñoz Conde, 2005: 30)

Muñoz Conde (2005: 29), explica que no profirió tales calificaciones, sino que ello puede deberse a una mala traducción de su entrevista al alemán, ya que no le consta que Jakobs lea el español. No obstante, parece haberle animado esta reacción del jurista alemán para ahondar más en la cuestión, manifestando su sorpresa porque haya respondido ante esta crítica y no ante muchas otras anteriores, que son verdaderamente más contundentes y de las que, seguramente, nadie ha informado a Jakobs¹². No obstante, dice Muñoz Conde (2005: 31) que tal argumento tampoco demuestra nada, puesto que

Aristóteles defendía la esclavitud, algunos teólogos españoles de S. XVI ponían en cuestión que los indios fueran personas y discutían sobre si las relaciones sexuales con ellos era pecado de sodomía o bestialismo, y Schopenhauer decía que la mujer era un ser inferior al hombre, etcétera.

Efectuada esta anécdota doctrinal, las teorías de Muñoz Conde van mucho más allá de lo meramente polemizador de sus afortunadas o desafortunadas palabras, puesto que la contundencia técnico-teórica de sus estudios no merecen, ni de lejos, ser tachadas de absurdas¹³. En efecto, este autor se pregunta si, ya que la finalidad del derecho penal del enemigo es afianzar la seguridad cognitiva y no la normativa, «¿Se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con sus principios fundamentales? ¿Puede utilizar el Estado de Derecho la coexistencia de dos modelos diferentes de derecho penal, uno respetuoso con las garantías y los derechos fundamentales, y otro puramente policial, para ‘enemigos’, que haga tabla rasa de principios y garantías característicos del Estado de Derecho?» (Muñoz Conde, 2005: 82). A estas cuestiones, obviamente, responde de forma negativa. No es posible, y no lo es porque abusando del derecho penal más allá de la *última ratio*, utilizando penas draconianas, y eliminando de forma sistemática derechos fundamentales,

se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un derecho penal de cuño autoritario, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras. Lo único que falta ya para parecerse a ellas es la pena de muerte. (Muñoz Conde, 2005: 83)¹⁴.

GONZÁLEZ CUSSAC

Una crítica no tan contumaz, aunque no por ello menos sólida, es la de González Cussac, que ofrece una crítica a la doctrina del derecho penal del enemigo desde una triple óptica, a saber: un primer prisma basado en la moral, que se resume en que la distinción entre personas y no-personas es inmoral; otra política, puesto que la doctrina del derecho penal del enemigo supone un retorno al régimen totalitario, al pensamiento absolutista, que es radicalmente incompatible con la idea de Democracia; y una última perspectiva de carácter estrictamente jurídico, en la que este autor demuestra que la doctrina del derecho penal del enemigo colisiona frontalmente con los más esenciales principios constitucionales y, más aún, con los más básicos derechos fundamentales sobre los que está construido el sistema penal en un Estado de Derecho, tales como la igualdad, la presunción de inocencia, el principio de seguridad jurídica, el principio de legalidad, el principio del hecho, el principio de proporcionalidad y la prohibición de exceso.¹⁵

González Cussac parte de que la idea de justicia es el valor central del ordenamiento, y que el derecho penal está circunscrito a un marco de derechos, de reglas positivizadas, y algunas de ellas elevadas a la categoría de dogma constitucional, que parten de una concepción del individuo y del Estado radicalmente incompatible con el derecho penal del enemigo¹⁶. Así, manifiesta acertadamente que «el punto de partida del *derecho penal del enemigo*, diferenciando entre personas y no-personas, entre personas e individuos, entre ciudadanos y enemigos, es antes que nada un regreso a la tribu, a la caverna y por tanto el fin del progreso de la humanidad. Supone un retroceso milenarista en el mundo de las ideas, para llevarnos a la recuperación de las nociones de las culturas antiguas acerca de «los otros», los que no pertenecen a nuestra tribu, a

los que están fuera de la caverna. Nos propone un regreso a la noche de los tiempos, a construir dos sistemas: uno de reglas para los ciudadanos y otro precisamente para los diferentes, para los que no son como nosotros»¹⁷.

En efecto, advierte este autor de que las teorías basadas en que a quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede ser tratado como persona porque vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas, implica que el nacimiento de este Derecho penal del enemigo «constituye una amenaza directa y grave a la Democracia»¹⁸. [...] «No puede tratarse la tensión ‘amigo-enemigo’, convirtiéndose en un ‘bárbaro subhumano’ o ‘fanático irracional’ al terrorista. Desde aquí es fácil luego deslizarse por la criminalización del crítico como traidor, entrar en la tensión amigo-enemigo, aducir que la única respuesta que puede comprender es la fuerza, y en fin, dejarse llevar por políticas que lo justifican todo»¹⁹.

GRACÍA MARTÍN

Otro de los autores que han efectuado una valiosísima aportación a las teorías contrarias a la doctrina del derecho penal del enemigo es Gracia Martín, para quien «el *Derecho* ha de ser comprendido, pues, como lucha contra el ejercicio desnudo de la fuerza y de la coacción física de un poder superior, y por lo tanto, como *lucha contra el derecho penal del enemigo*»²⁰. Niega, pues, este autor la condición de no-persona del que infringe la ley, puesto que «aquel que infringe reiteradamente y de modo permanente el Derecho (del ciudadano), tiene que ser por fuerza una *persona*»²¹.

Para Gracia Martín, el argumento decisivo contra el derecho penal del enemigo, lo constituye la idea de la dignidad humana²², pues es lo que constituye la base a partir de la cual se desarrolla la noción de los derechos del hombre y la libertad²³. Invoca las teorías de PUFFENDORF, que vienen a decir que la cualidad más sobresaliente de la naturaleza humana es la *imbecilias*²⁴, que tiene como fuerza neutralizadora la *socialitas* o la necesidad del hombre de vivir en sociedad, que se actualiza gracias a la libertad ética del hombre, esto, gracias a su dignidad. Lo que dice Gracia Martín es que determinados hombres que han decidido renunciar a la *socialitas* para pasar de forma permanente a la *imbecilias*, son seres iguales y «aun cuando no se espere de otro hombre nada bueno (ni malo), la naturaleza quiere que se le trate como afín y semejante nuestro, porque esta razón basta por sí sola, aunque no hubiera ninguna otra, para que el género humano forme una comunidad pacífica.»²⁵

VIVES ANTÓN

Con ocasión de distintos trabajos en los que Vives Antón se ha pronunciado sobre cuestiones que inciden directamente en las teorías del derecho penal del enemigo, haremos una breve referencia a algunos aspectos que sirven de fundamentación para desvirtuarla. Así, por ejemplo, manifiesta este autor que «parece existir un amplio acuerdo en la doctrina en orden a entender que

cuando existe una remisión normativa del derecho a la moral, debe entenderse hecha a la *moral pública*, es decir, al conjunto de pautas morales *aceptadas y observadas* mayoritariamente en la comunidad, pues entender hecha la remisión a un determinado credo religioso o filosófico sería discriminatorio y atentaría contra una serie de libertades básicas en un sistema democrático»²⁶.

Incide este autor en la idea de Democracia, que a grandes rasgos, es «el *procedimiento* de gobierno en el que sólo el pueblo legisla y *todo* el pueblo legisla. Como todo procedimiento, cobra sentido desde ciertos presupuestos, a tenor de los cuales se definen sus *condiciones o reglas características* [...] que son la *autonomía*, la *libertad* y la *igualdad*»²⁷ [...]. «De la autonomía ética pasamos, pues, a la *libertad jurídica* como presupuesto del procedimiento democrático, que comprende, como mínimo, la libertad de pensar y sentir, la de expresar y publicar opiniones, tan estrechamente unida a ella, la libertad de regular la vida según nuestro carácter, de hacer nuestra voluntad, suceda lo que quiera, sin que nos lo impidan los demás, mientras no les perjudiquemos, aunque conceptúen nuestra conducta necia o censurable y la libertad de reunirse y asociarse con iguales limitaciones. Una sociedad en la que una serie cualquiera de posibles proyectos vitales que, de suyo, no comprometan las posibilidades de otros y, por consiguiente, no incidan en la esfera del derecho ajeno, resulten impedidos o seriamente obstaculizados por las normas jurídicas no cumple las condiciones básicas del procedimiento democrático porque, de entrada, sitúa a algunos ciudadanos fuera de la ley. Para que *todos* puedan participar en el gobierno de la sociedad parece indispensable configurar una estructura de participación que, en efecto, no excluya a nadie en razón de su condición personal, de sus ideas o creencias de su proyecto de vida, etc., etc. Un procedimiento democrático -tal y como se entiende en el llamado mundo occidental cuando se usan las palabras como vehículo y no como disfraz del pensamiento- no puede ser discriminatorio para personas o grupos»²⁸.

Por ese camino, del tema de la libertad pasamos al de la *igualdad*. La historia de la igualdad -concepto relacional, que carece de un propio contenido sustantivo- es la historia de la lucha contra concretas y muy reales discriminaciones: la lucha contra el privilegio, la lucha contra las diferencias de clase, o contra las desigualdades de tratamiento por razón de sexo, raza, religión, etc., etc. Pero aquí se habla de igualdad en un sentido más genérico²⁹.

Lo realmente relevante de la argumentación de Vives, que resulta de aplicación al estudio que estamos realizando, es la concepción que la idea del *ius puniendi* en relación con los límites constitucionales, pues sólo es posible el ejercicio de aquél dentro de los márgenes de éstos, y nunca fuera de ellos. Por ello, las teorías del derecho penal del enemigo suponen una extralimitación en los márgenes constitucionales, y manifiesta Vives Antón, con cita de Hobbes, que este autor «definió la pena como un mal infligido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una trasgresión de la ley»³⁰.

A propósito de la aprobación del Anteproyecto de reforma del Código Penal en 2008, Vives Antón publicó un interesante artículo donde viene a decir lo siguiente: «la pena es la manifestación más fuerte del poder, su última ratio como a menudo se dice en la Academia, hasta el punto de que un sociólogo norteamericano decía, no sin razón, que el verdadero poder es el de meter a otro en la cárcel [...]. Hay algo en este Anteproyecto que llama poderosamente

la atención y que, quizás contra los deseos de quienes lo redactaron, lo convierte en emblema de una determinada política criminal, o sea, de un modo determinado de concebir los fines del poder punitivo del Estado (esto es, de su poder más fuerte) y regular su ejercicio. De ahí que, al discutir en términos generales la configuración del poder punitivo, se plantee claramente la alternativa que estudiara Neumann, la alternativa entre el Estado democrático y el Estado autoritario»³¹.

La justificación del endurecimiento de los castigos en el Anteproyecto, como luego se verá, es un paradigma de transposición jurídica positiva de la doctrina del derecho penal del enemigo, y como afirma Vives Antón, «la demanda social es una lógica expresión de solidaridad ante el dolor de algunas víctimas de conductas execrables, frente a las que brotan sentimientos de repulsa y de venganza, fácilmente manipulables por poderes fácticos. Pero, la libertad no es un mercado en el que el legislador tenga como objetivo satisfacer esas demandas. Es más, el Estado surge como una institución que se impone a esos sentimientos y deseos y sustituye la reacción impulsiva de los afectados directa o indirectamente por el delito, por una respuesta racional. Esa respuesta racional de la pena parte de la idea de que la libertad incluso de la libertad del imputado ha de ser sacrificada lo menos posible: por eso no deberían poder imponerse más penas que las estricta y absolutamente necesarias, según expresaran las primeras grandes Declaraciones de Derechos y exige la Constitución española de 1978, en virtud del principio de proporcionalidad»³².

Con mucha razón manifiesta este ilustre doctor, que «existe una suerte de ‘reflejo condicionado’ de la opinión pública en el ámbito del derecho punitivo, que se manifiesta en la reacción ante los atentados más frecuentes, si revisten alguna gravedad: frente a ellos surge, inexorablemente la idea de elevar las penas, de la que algunas veces se hace eco el legislador. Pero, por ese camino pronto se rebasa el límite de la justicia. Frente a la tendencia a adoptar una intervención penal máxima, se propugnaba entonces atenerse al principio de intervención mínima, esto es, a mantenerse en el espacio propugnado desde el derecho penal liberal. Esa apelación al liberalismo, que entonces fue pacíficamente aceptada, podrá resultar hoy sorprendente a quienes han olvidado que los derechos constitucionales liberales pertenecen a la esencia misma del proceso democrático o, dicho de otro modo, que más allá de ellos (que constituyen el núcleo de lo que llamamos Estado de Derecho) no hay ninguna democracia posible: como ha razonado Habermas hasta la saciedad, Democracia y Estado de Derecho se autoimplican, de modo que no puede hablarse de la una sin el otro; y cuando, por el recurso irracional a la pena se menoscaban las exigencias del Estado de Derecho se está menoscabando, a la vez, el sistema democrático y optando por un Estado autoritario»³³.

Para este autor, el fin de las penas no es «curar las heridas» que la comisión de delitos haya podido producir en los perjudicados, en las víctimas o incluso en la sensibilidad de la opinión pública, sino que esa tarea le está encomendada a la sociedad entera, pero siempre con límite de la proporcionalidad, y de que la pena ha de reducirse a la tutela del ordenamiento jurídico, y en ese orden cosas dice Vives Antón, «por eso si el Estado al configurar la pena procediera según los impulsos que nacen de las víctimas y de su entorno social, acabaría convirtiéndose no en el Estado de la justicia sino en el de la venganza; esto es, en el Estado totalitario que propugnara Carl Schmitt»³⁴.

Invocando las palabras de Vives, «el derecho penal vive de espaldas a los derechos fundamentales, por eso pierde su legitimidad y a veces se vuelve en contra de los derechos fundamentales; toda la acepción funcionalista nos conduce a formulaciones penales que no pueden ser válidas»; «se vive de espaldas a la Constitución, los políticos viven de espaldas a la Constitución, y también la prensa, y por lo tanto se legisla de espaldas a la Constitución»³⁵. La seguridad, dice Vives, no es un derecho fundamental, y desde esa óptica, la primera premisa debería ser que para garantizar la seguridad, no se admite ninguna vulneración a los derechos fundamentales, a quien sí debe proteger el ordenamiento. Por ello, se crea artificialmente una escala de valores equivocada, pues se protege el valor de la seguridad a través de un contravalor: la vulneración constante de derechos fundamentales.

PARADIGMAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ACTUAL

En este apartado, haremos un análisis de ejemplos paradigmáticos que, de facto, tienen lugar en el mundo y que vienen a dar la razón, en el plano de la realidad jurídica, a la tesis de Jakobs, que suponen una fiel (pero inconsciente) transposición positivizada de la doctrina del derecho penal del enemigo. Sólo enumeraremos algunos ejemplos, aunque hay muchos más que se han venido sucediendo a lo largo de la Historia, y que hoy en día encuentran un (cada día más fácil) acomodo entre las legislaciones penales que coexisten en ese combate global contra el terror y el contra el crimen también global, esto es, contra el enemigo común.

EN DERECHO NORTEAMERICANO

A raíz de los atentados del 11M, los Estados Unidos de Norteamérica han positivizado verdaderas trasposiciones normativas de la doctrina del derecho penal del enemigo, sin olvidar que la reacción más radical frente a los atentados terroristas (con un paso previo de identificación del enemigo, asociándolo con el entramado terrorista de corte radical que subyace en la cultura Islámica), justificó y legitimó una respuesta bélica, sin reparar en el incalculable coste en vidas humanas de civiles inocentes que la guerra suponía. Se combatió, pues, al enemigo con la guerra, lo que podemos asociar, al hilo de las teorías expuestas, con un derecho penal de excepción que pretende aniquilar al enemigo sin ningún tipo de miramiento, sin garantías, sin proceso, sin tener en cuenta ninguna otra cosa que no sea la legitimidad de la violencia para la consecución de un fin distorsionado: la libertad y seguridad de las personas, de los ciudadanos y, en definitiva, de quienes no son enemigos.

LA PATRIOTIC ACT DE OCTUBRE DE 2001

Un claro ejemplo de derecho positivo a este respecto lo constituye esta ley norteamericana, mediante la que se legitimó una total merma de garantías procesales, extrayendo incluso del control judicial,

prácticas procesales que afectan directamente a los derechos fundamentales³⁶. En efecto, con esta ley se permitió al FBI detener a ciudadanos sin ningún tipo de control judicial, recabar datos sobre la intimidad de las personas, de las empresas, de sus clientes y trabajadores, detenciones por tiempo ilimitado de extranjeros sospechosos de terrorismo; o la aceptación como prueba de la ya desaparecida en casi la totalidad de los sistemas penales «declaración del arrepentido»³⁷.

No obstante, algunos de estos preceptos han sido considerados inconstitucionales por algunos jueces por infringir derechos fundamentales, como el derecho al debido proceso (*due proces of law*), o el derecho a la intimidad, etc.³⁸

GUANTÁNAMO

No obstante lo anterior, la referida ley patriótica, continúa desplegando sus efectos en ese país, y un claro ejemplo de ello es la situación de los presos afganos en la base norteamericana de la bahía de Guantánamo en Cuba³⁹. Como advierte Massimo Donini, «los resabios garantistas de la jurisdicción americana llegarán tarde, cuando los derechos fundamentales hayan sido pisoteados ‘útilmente’. Varias en el mundo, son las sedes ocultas de los ‘campos’ como los de *Guantánamo Bay*. Se trata verdaderamente de un ‘modelo’, por tanto, cuya praxis de torturas y detenciones ilegales ha convertido en ‘no personas’ a los enemigos de Estado, mucho antes de verificar si se trataba de sujetos que no ofrecían una ‘garantía cognitiva’ mínima⁴⁰».

Distintas organizaciones en defensa de los derechos humanos han denunciado las aberrantes prácticas que se vienen llevando a cabo en dicha base, y no son pocas las voces de los Estados de todo el mundo que refieren a la crueldad injustificada que los Estados Unidos ejercen contra los presos de Afganistán, a quienes mantienen encerrados en su régimen de total incomunicación y en condiciones que pretenden ahondar en el sufrimiento de los presos infiriéndoles castigos y prácticas abyectas, sometiéndolos a pasar varias horas bajo el sol, etc., y con un recorte brutal de las garantías de los presos, llegando incluso a tener vedado el acceso al procedimiento de habeas corpus.

Conviene que nos detengamos brevemente para comentar el caso *Rasul*⁴¹, en el que un grupo de presos de Guantánamo, doce kuwaitíes y dos australianos, solicitaron un habeas corpus alegando que no fueron combatientes en la guerra de Afganistán, sino que prestaban servicios de asistencia en este país cuando se les detuvo por las fuerzas norteamericanas⁴². Finalmente se admitió el recurso por una mayoría de 6 jueces frente a 3 de la Corte Suprema Norteamericana, argumentando, en síntesis, que la parte demandada (es decir, el gobierno, en este caso representado por el propio presidente Bush) «se muestra de acuerdo en que el Estatuto de *habeas corpus* crearía jurisdicción de los Tribunales Federales en los supuestos de demandas realizadas por un ciudadano americano detenido en la Base. Considerando que el § 2241 no realiza ninguna distinción entre americanos y extranjeros mantenidos bajo custodia federal existen pocos motivos para pensar que el Congreso concibiera el alcance geográfico del Estatuto variable dependiendo de la nacionalidad del detenido. Los extranjeros retenidos en la Base, al igual que los ciudadanos americanos, tienen el derecho a invocar la autoridad del § 2241 de los Tribunales Federales»⁴³.

Por ello, «no hay ninguna razón para negar el derecho a plantear un recurso de habeas corpus a los extranjeros presos en Guantánamo, y ello sin mencionar siquiera que esos extranjeros son ‘enemigos’ o simplemente extranjeros»⁴⁴.

EN DERECHO ESPAÑOL.

En nuestro ordenamiento jurídico, se suceden los ejemplos de regulación positiva fundamentada en el derecho penal del enemigo, se trata a determinados individuos como *personas potencialmente peligrosas*, que no ofrecen seguridad cognitiva y que implican un aumento de su peligrosidad, lo cual justifica un tratamiento penal, procesal, penológico y penitenciario, totalmente desigual, llegando incluso a regulaciones que rayan la inconstitucionalidad, cuando no la sobrepasan flagrantemente, y de ellos me ocupo a continuación.

TOLERANCIA CERO

Sin duda uno de los hitos de la legislación penal española de la primera década de S. XXI, lo constituye la lucha contra la violencia de género⁴⁵. En efecto, el aumento de los casos de malos tratos, delitos violentos en el ámbito doméstico y, sobre todo, de delitos cometidos por el hombre contra la mujer (esposa o análoga relación de afectividad aún sin convivencia) como manifestación de una situación de dominio impuesta por la propia condición de hombre sobre la «inferioridad» de la mujer, ha desembocado en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Una Ley que tiene por objeto según se describe en su artículo 1.1

actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

La finalidad de la ley es pues, según el art. 1.2, establecer «medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas». Sancionando todo acto de violencia física y psicológica, incluyendo las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Esta Ley implica la creación de un auténtico derecho penal de excepción por razón de las personas, basada precisamente en una doctrina que aplasta con su peso el principio de igualdad, otorgando un tratamiento criminal, penológico y procesal en total desigualdad con el resto de delincuentes (baste para ello pensar en que, si el delito de lesiones, por ejemplo, en lugar de cometerlo el enemigo sobre el ciudadano, esto es, el hombre sobre la mujer, lo comete el ciudadano sobre el enemigo, esto es, la mujer sobre el hombre, las consecuencias no son ni parecidas).

Contiene la ley una respuesta inmediata ante cualquier denuncia por alguno de los hechos previstos en la misma, donde se pone en funcionamiento automático e inmediato, con preferencia jurisdiccional sobre cualesquiera otras materias, un mecanismo de hiperprotección a la víctima,

que implica una serie de gravámenes y restricciones de derechos, y medidas cautelares personales y reales, que no sólo exceden de la proporcionalidad, sino que estigmatizan de forma absoluta al delincuente que, dicho sea de paso, aún no ha llegado a someterse al juicio oral y público con todas las garantías.

Como afirma Muñoz Conde, «estos preceptos parecen referirse más a determinados ‘tipos de sujetos’ que a los hechos que realizan, haciendo recaer el centro de gravedad de la intervención penal en su forma de vida o en sus tendencias o inclinaciones. La actitud del legislador español para estos sujetos ha sido una política criminal de cuño conservador y reaccionaria, muy extendida también como una de las principales tendencias político-criminales de finales de siglo XX: la idea de la llamada ‘tolerancia cero’⁴⁶».

Por su parte, invoca como paradigma del derecho penal del enemigo la regulación penal de la violencia intrafamiliar Polaino Navarrete y, según él, «el combate contra la violencia intrafamiliar es un ejemplo paradigmático de derecho penal del enemigo: se combate al varón de manera especialmente agravada y asegurativa por representar un especial foco de peligro frente a su pareja y allegados, de manera que imposibilita el desarrollo de la personalidad de éstos por mor de la inseguridad cognitiva que su conducta comporta. En dicha represión agravada (por ejemplo, mediante las medidas llamadas genéricamente de alejamiento) se emplean los instrumentos que normalmente caracterizan al derecho penal del enemigo: adelanto de la punibilidad, agravación de las penas, combate de focos de peligro, medidas especialmente asegurativas como las de abandono del hogar familiar, el alejamiento de la víctima, incomunicación con las mismas, etc.»⁴⁷ Se trata pues de que el legislador considera que el maltratador carece del nivel mínimo de civismo exigible a cualquier ciudadano, pero es que además lo desprecia, por eso adelanta la actuación del derecho penal, «para atajar el peligro en el momento en que se manifiesta en sus primeros síntomas, sin esperar a que el peligro llegue a mayores»⁴⁸.

LA REFORMA DE LA EJECUCIÓN PENAL DE 2003

En 2003, se produjo una importante reforma de la ejecución penal en España, mediante L.O. 7/2003 y 15/2003, que supuso una mayor restricción para el acceso a beneficios penitenciarios en determinados delitos, para determinados delincuentes, que tienen su justificación y fundamento último en la doctrina del derecho penal del enemigo. Básicamente, son los siguientes:

- 1º.- Se elevaron los límites de cumplimiento de prisión a través del nuevo artículo 76 CP que supone una elevación de los límites máximos de cumplimiento en relación a la barrera infranqueable de 30 años que propugnaba la redacción del CP de 1995. En efecto, el principio *quot delictae tot poena* que rige en el cumplimiento de penas en caso de concurso real de delitos, acumulación material o suma aritmética, puede, tras la reforma, llegar hasta los 40 años. El precepto se articula sobre la base de dos tipos de límites, uno relativo que se traduce en que no se podrá cumplir más del triple de la pena más grave que al penado se le haya impuesto, y otros de carácter absoluto, que se traducen en 20, 25, 30 y 40 años. Pues bien, en lo que respecta a los delitos de terrorismo y crimen organizado, el límite máximo de cumplimiento se sitúa en los 40 años (art. 76.1. d. CP), cuando el condenado lo haya sido por dos o más delitos de terrorismo y alguno de ellos esté castigado con pena de prisión superior a 20 años.

- 2º.- Se establece lo que como novedad en la Ley 7/2003 se denomina período de seguridad, que ya la propia Exposición de Motivos calificaba con esta denominación, para referirse a la imposibilidad de acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario hasta que se haya cumplido la mitad de la pena impuesta, siempre que se trate de delitos graves, esto es, con pena superior a cinco años de prisión⁴⁹.
- 3º.- En el art. 78 CP se contiene el núcleo del denominado «cumplimiento íntegro de las penas», y establece tres regímenes de cumplimiento distinto. En efecto, el primero es el contenido en el primer párrafo del art. 78 CP, al que García Albero denomina «régimen de cumplimiento efectivo contingente»⁵⁰, se aplicará a penados por varios delitos concurriendo los siguientes requisitos: que la pena a cumplir sea inferior a la mitad de la total de las impuestas, de entre las cuales ninguna debe ser por delitos con pena de prisión hasta 20 años, con la añadidura de que en estos casos, se otorga una plena capacidad decisoria al Juez o Tribunal para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo para la libertad condicional, se refiera a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

El segundo régimen previsto en el art. 78 CP es el segundo párrafo del precepto, que se traduce en que los penados que se hallen limitados en el cumplimiento por las reglas del art. 76 CP (25, 30 ó 40 años) se encuentran imperativamente sujetos a la regla de preceptiva aplicación por el Juez o Tribunal, relativa a que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo para la libertad condicional, se refiera a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, mientras que en la regla del párrafo primero, como se ha visto, la aplicación resulta facultativa.

El párrafo tercero del art. 78 CP establece una fórmula para el regreso al sistema de cómputo normal, siempre basada en criterios de previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social⁵¹.

Lo cierto es que la idea que subyace a esta innovación legislativa es la de una concepción de la prisión como *prima ratio* más que como *ultima ratio* dentro del sistema de sanciones penales, y como indica Tamarit Sumalla «concepción que ve en toda flexibilización e individualización del cumplimiento más una amenaza que una oportunidad para mejorar las posibilidades de reinserción social y las condiciones en los centros penitenciarios»⁵². En la Exposición de Motivos de la ley 7/2003 se justifica el endurecimiento de este régimen de ejecución penal, en que se trata de garantizar la seguridad jurídica del art. 9.3 CE, concretado en el derecho a «conocer con certeza cuál es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta». Y como advierte Tamarit Sumalla, «la posterior alusión a la existencia actual de ‘amplios ámbitos de discrecionalidad’ en el cumplimiento de las penas y a la pretensión de conseguir que el mismo ‘se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva’, revelan este uso inverso del principio de seguridad jurídica, convertido en coartada al servicio de una involución penal y penitenciaria hecha a espaldas a la realidad y a las exigencias propias de una política penal democrática»⁵³.

No obstante, lo que se lleva «la palma» en esta reforma, es el especial régimen de ejecución de penas para delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales, y su regulación supone una regla excepcional que implica el establecimiento de plazos distintos para

delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales, o dicho de otra forma: se establece un régimen de cumplimiento íntegro de penas para los referidos delitos, previsto en el tercer párrafo del art. 78 CP *in fine*. Consiste en condicionar la vuelta al régimen normal de cumplimiento a que el penado haya cumplido cuatro quintas partes del límite de la pena para el acceso al tercer grado⁵⁴; y las siete octavas partes cuando pretenda la libertad condicional. Hay que tener en cuenta que los períodos a los que hace referencia el precepto son siempre los que ya se encuentran limitados *ex art.* 76 CP y también hay que poner esta norma en relación directa con el art. 36.2 CP, ya que frente a ella, la norma que ahora analizamos constituye *lex specialis* en el sentido de que la clasificación al tercer grado no podrá llevarse a efecto hasta que el penado haya cumplido la mitad de la pena impuesta. La libertad condicional⁵⁵ que tras la reforma prevé un régimen especial para delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales.

En efecto, en general, los requisitos se encuentran en el art. 90 CP, y son: encontrarse en el tercer grado de tratamiento penitenciario; haber extinguido las tres cuartas partes de la condena; haber observado buena conducta; que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Ahora bien, por lo que respecta a los delitos de terrorismo y de criminalidad organizada los requisitos están dotados de un mayor contenido restrictivo, que se concreta, sobre todo, en que el pronóstico favorable de reinserción sólo se entenderá cuando existan signos inequívocos de abandono de la actividad terrorista y exista una real y efectiva colaboración con las autoridades para la represión de tales delitos. Además, expresa el citado art. 90 CP que este requisito se entiende cumplido mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, y se exige además que existan informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

Para más desigualdad en el tratamiento penitenciario, la reforma introducida por la Ley 7/2003 va incluso más allá, al impedir de forma absoluta que a los delincuentes terroristas o condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, y en definitiva, al impedir que al «enemigo», se le pueda aplicar los únicos beneficios penitenciarios que prevé el CP, consistentes en el adelantamiento excepcional de la libertad condicional, contemplados en el art. 91 CP, exclusión que como advierte Cervelló Donderis supone una «discriminación injustificada»⁵⁶. El primero de los beneficios a los que me refiero es el que de alguna forma sustituye la antigua redención de penas por el trabajo (que a día de hoy continúa desplegando efectos por mor del principio de irretroactividad), y se traduce en que se podrá adelantar el acceso a la libertad condicional siempre y cuando el penado haya cumplido dos terceras partes de su condena, y hayan desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales (art. 90.1 CP). Se podrá adelantar, pues, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, y siempre que el penado haya desarrollado continuamente las referidas actividades con un requisito añadido basado en la necesidad que de acredite la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación.

El segundo de los beneficios penitenciarios es el relativo a enfermos incurables y septuagenarios, previsto en el art. 92 CP. En estos supuestos el legislador no hace expresa exclusión para delincuentes terroristas o condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, por lo que tendrían acceso al adelantamiento de la libertad condicional, siempre que cumplan los requisitos tasados en la ley penal. Además, existen reglas especiales que afectan a la revocación de la libertad condicional para delitos de terrorismo, previstas en el art. 93 CP.

En efecto, el incumplimiento de las normas de conducta que acompañan a la libertad condicional, o incluso si el penado vuelve a delinquir, implica, como norma general, el reingreso en prisión para cumplir el período que le resta, computándose el tiempo que ha pasado en libertad condicional. Pues bien, para los delitos de terrorismo, el incumplimiento supone el reingreso en prisión y la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, con lo cual al penado le restará por cumplir la pena completa sin que pueda computarse el tiempo cumplido en libertad condicional⁵⁸. Para tal fin, el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede solicitar informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que sirvieron de base para conceder la libertad condicional, y la facultad de revocarla si se han incumplido dichas condiciones.

Efectuadas estas consideraciones, se hace necesario ilustrar a título de ejemplo, cómo se articularía un supuesto concreto de cumplimiento de penas para un condenado por delitos de terrorismo o crimen organizado. Por expresarlo de la forma más ejemplificativa posible, supongamos que un reo está condenado a 100 años de prisión por la comisión de varios delitos de los de esta clase. El primer límite con el que nos encontramos es el del art. 76, esto es, 40 años, que será el tope máximo de cumplimiento. Ahora bien, para los permisos se exige una cuarta parte de la totalidad de la condena sin excepción, con lo cual hasta cumplidos 25 años no podrá acceder a ningún permiso penitenciario. Para el tercer grado, como se ha visto, tiene que haber cumplido cuatro quintas partes de la condena, esto es, 32 años; y para la libertad condicional el condenado debe haber cumplido siete octavas partes de la misma, es decir: 35 años. Con lo cual, la libertad definitiva, la obtendrá cuando haya cumplido 40 años.

Lo que cabría preguntarse es si realmente, esta regulación está justificada y está dentro de los márgenes de constitucionalidad. Si lo que se pretende es resocializar al penado, nada de lo anterior está justificado, porque los efectos tras unas penas tan amplias son precisamente lo contrario: la destrucción de la persona como ser social. Si lo que se pretende es apartarlo de la sociedad, inocuizarlo, y retenerlo hasta que biológicamente sea inviable su retorno a la sociedad en los mismos términos en que fue apartado de ella por el *ius puniedi* del Estado, la respuesta que ha dado el legislador es inconstitucional. Y lo es porque la finalidad no es acorde con los principios básicos que proclama la Constitución ni la LOGP, ni sirve a la finalidad de las penas, ni sirve a los fines del derecho penal. Obviamente, esta última es la verdadera finalidad que persigue este excepcional régimen de ejecución penal que tiene su justificación en el derecho penal del enemigo⁵⁹, a quien hay que inocuizar, apartar de la sociedad, y así, con este método, tutelar los bienes jurídicos desde una óptica mucho más retribucionista y autoritaria⁶⁰.

Ciertamente, un régimen de cumplimiento de penas que disfraza tras su promulgación una auténtica cadena perpetua, mediante una nomenclatura tan confusa, supone un nuevo fraude de

etiquetas que merma las garantías del penado bajo la justificación precisamente de la lucha «a muerte» con el enemigo. Es todo un paradigma de transposición al derecho positivo de la tesis de Jakobs, tratando a determinados delincuentes como no-personas, aplicándoles un régimen de ejecución penal de excepción, en desigualdad de trato, y bajo el prisma de garantizar la seguridad y la libertad de los ciudadanos (personas) inocuizando a los que no revisten suficiente seguridad cognitiva personal.

LA SENTENCIA HENRI PAROT.

Se trata de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo N° 197/2006, de 28 de febrero de 2006, dictada en el recurso de casación N° 598/2005P, y en la que fue ponente el Ilmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar. En ella se fija un nuevo criterio sobre la aplicación de los beneficios penitenciarios en relación a la acumulación de condenas, y que se pronuncia sobre la base del supuesto del etarra penado Henri Parot, que en veintiséis procesos distintos seguidos en igual número de causas por delitos, fue condenado como autor de multitud de infracciones penales de terrorismo a una pena que sumada alcanza la cifra de más de mil treinta y dos años de prisión, según el CP de 1973, con lo que el límite máximo de cumplimiento se fijó en 30 años de prisión.

La referida sentencia, viene a cambiar la doctrina que venía aplicándose hasta el momento en relación a los beneficios penitenciarios, puesto que el derogado CP contenía la ahora desaparecida redención de penas por el trabajo, que podía llegar a reducir considerablemente el límite máximo de cumplimiento. Es decir, que los beneficios penitenciarios se aplicaban sobre la pena refundida, esto es, sobre una nueva pena de 30 años que resultaba de aplicar a los 1.032 años según las 26 sentencias condenatorias, el límite máximo de cumplimiento de 30 años. Pues bien, esta Sentencia da un giro radical cuando dispone que los beneficios se aplicarán respecto de cada una de las penas impuestas. La consecuencia es que da igual que el penado haya pasado toda su condena trabajando para adelantar su licenciamiento, pues el hecho de que trabaje o no trabaje y se someta a programas de reinserción o no, va a ser lo mismo: hasta los 30 años no remitirá la pena, porque se han alterado totalmente las reglas de acumulación de penas y refundición de condenas y no podrá tener acceso a los beneficios penitenciarios a los que tenía derecho, según la norma que se venía aplicando, y según el hasta el momento criterio jurisprudencial.

Lo primero que hay que resaltar es que se trata de una interpretación jurisprudencial que viene a modificar el régimen de aplicación del CP de 1973, y con ello se está vulnerando, en primer lugar, la prohibición de irretroactividad⁶¹. Se regula mediante creación jurisprudencial (que no es fuente del derecho penal) una materia reservada exclusivamente a la ley, y los jueces deben someterse a ella y no al revés, por lo que esta revolucionaria forma de combatir al terrorista, enemigo, y no-persona, según advierte Vives Antón «parece ineludible afirmar que la solución de la sentencia que se comenta pudiera estar incurso en una inconstitucionalidad flagrante [...]. La tan celebrada ‘interpretación novedosa’ no parece una victoria del Estado de Derecho; sino más bien una grave claudicación de éste: una renuncia singular a la prohibición de retroactividad de las leyes penales desfavorables y, también, una renuncia singular de la sumisión de los jueces a la ley⁶²».

Lo segundo, es que supone un paradigma concreto de aplicación judicial de la doctrina del derecho penal del enemigo, que se traduce en que los jueces combaten al enemigo común (el terrorista) con cambios doctrinales que implican extralimitaciones en sus potestades, vulnerando principios y garantías básicas, y pisoteando sin el menor reparo el principio de legalidad en su vertiente de legalidad de ejecución⁶³. En lo que tal vez no ha reparado el Tribunal Supremo, es en que dicha doctrina no sólo afecta a este sujeto, no sólo afecta a este enemigo, ni afecta únicamente a los de su clase (terroristas), sino que va a suponer que miles de penados por delitos de todo tipo, van a ver retrasada varios años más su salida de prisión. Es exactamente lo mismo que sucede cuando se legitima la violencia en un conflicto bélico y no se mide el coste en vidas humanas que ello supone: para acabar con un terrorista, se destruye una civilización entera de personas inocentes a los que la barbarie se lleva por delante. A esta Sentencia como paradigma del derecho penal del enemigo, refiere también González Cussac, manifestando que «un último ejemplo lo encontramos en la STS de 28 de febrero de 2006 (caso *Henri Parot*), donde al enjuiciarse un expediente de un terrorista de ETA, se ha aprovechado para cambiar completamente la doctrina asentada en materia de acumulación de penas y refundición de condenas. Pero este notorio endurecimiento del régimen penológico no sólo comporta un evidente cambio jurisprudencial posterior en contra del reo, sino que además se extenderá de oficio a todos los casos existentes»⁶⁴.

Por último haremos referencia a que la referida sentencia contiene un importante voto particular de tres Magistrados, los Ilmos. Sres. D. José Antonio Martín Pallín, D. Joaquín Jiménez García y D. Prefecto Andrés Ibáñez, que discrepan del parecer mayoritario de la Sala por entender que supone en realidad una alteración drástica del sentido de la norma y de su contenido prescriptivo.

EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2008.

El Anteproyecto de reforma del CP de 14 de noviembre de 2008, vino a dejar claro entre los estudiosos del Derecho, que se estaba fraguando un incremento de la punibilidad, una tipificación de nuevas conductas delictivas, y la creación de nuevas consecuencias jurídicas del delito como la libertad vigilada, que buscaban combatir ciertos tipos de delincuencia a los que, al hilo de esta exposición, podríamos denominar «enemigos». Como indica Vives Antón, «el endurecimiento de las penas no obedece, pues, a tratar de combatir un incremento de la delincuencia que no se ha producido. La Exposición de Motivos del Anteproyecto trata de explicarlo en términos técnicos o de tutela de intereses generales; pero, aunque esos argumentos puedan justificar algunas previsiones del Anteproyecto, en modo alguno justifican ni excusan, en general, el incremento de la represión que se propone.»

El aspecto más destacable de dicho texto legal, en relación a la doctrina del derecho penal del enemigo, fue la libertad vigilada, que venía prevista como una nueva consecuencia jurídica del delito que sólo iba ser aplicable a dos supuestos: delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y delitos de terrorismo, esto es: que estaba destinada a la lucha contra dos enemigos de esta sociedad, dos clases de sujetos especialmente peligrosos y que no ofrecen suficiente seguridad cognitiva, por lo que, para el pre-legislador, se hizo necesario ampliar respecto a ellos la punibilidad.

La libertad vigilada, tal y como pretendía regularse en el Anteproyecto, era una pena privativa de derechos accesoria, de cumplimiento simultáneo o sucesivo a la pena de prisión y que consistía en el sometimiento del condenado al control judicial durante el tiempo que se señalare en la Sentencia o hasta que alcanzare la reinserción, a través del cumplimiento de alguna, algunas o todas las obligaciones concretas, tasadas legalmente, que el Juez de Vigilancia penitenciaria determinaría en la fase de ejecución.

La reforma pretendía basarse en una necesidad resocializadora de esas dos clases de delincuentes, pero, ¿se pretendía realmente resocializar a esos sujetos o, por el contrario, se pretendía prolongar la protección de las víctimas o de los bienes jurídicos ya lesionados por esos individuos, a través de una *pseudoinocuización* de los delincuentes? Es decir, tendríamos que ver si lo que realmente se pretendía es que el penado adquiriera una serie de hábitos de conducta socialmente irreprochables, o si se pretendía extender los efectos del sistema represor más allá de lo que sería tolerable en un Estado de Derecho como privación de la libertad, disfrazando una extensión de la punibilidad que es constitucionalmente válida en relación al delito cometido, con el antifaz de una pena accesoria mediante la que se pretendía ejercer un seguimiento sobre el penado encaminado a controlar, restringir, limitar y coartar su libertad legítimamente restituida tras haber superado los parámetros del cumplimiento de su condena en una institución penitenciaria.

La finalidad que perseguía, obviamente, no era la reeducación, sino la tutela de bienes jurídicos, asegurando que el delincuente no pudiera reincidir, inocuizándolo aunque fuera de forma parcial, burlando así los parámetros y límites constitucionales de cumplimiento de penas privativas de libertad, y de restricciones a los derechos subjetivos, vigilando su libertad con imposición de obligaciones, que implicaba una clara extensión temporal en la merma de las libertades del sujeto, y todo ello bajo un prisma constitucional tergiversado, de finalidad reeducativa. El Proyecto de Reforma del Código Penal de 27 de noviembre de 2009.

En fecha 23 de julio de 2009, coincidiendo con el cambio de titularidad de Ministerio de Justicia⁶⁵, se publicó un nuevo Anteproyecto en el que cambia radicalmente la regulación de la libertad vigilada. Se plantea esta vez como una medida de seguridad y no como una pena accesoria, con lo cual cambia absolutamente el concepto, la finalidad, la ubicación sistemática en el Código, su ejecución, y en definitiva, su íntegra formulación. De dicho Anteproyecto deriva el Proyecto de reforma del CP, que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria, esto es: ya ha pasado por su aprobación en el Congreso de los Diputados (en fecha 29 de abril de 2010) y ahora se encuentra a la fase de aprobación por el Senado, por lo que su promulgación es inminente.

En dicho Proyecto, se mantiene la regulación de la libertad vigilada como medida de seguridad que se aplicará cuando terminen de cumplir sus respectivas penas de prisión los terroristas y delincuentes sexuales. No podemos sino concluir a este respecto, que la extensión punitiva del terrorismo y de la delincuencia contra la libertad e indemnidad sexuales, va encaminada hacia la perpetuidad, a través de normas de cumplimiento íntegro de penas, de restricciones de acceso a tercer grado, a libertad condicional, a beneficios penitenciarios, y

cuando todo ello concluye porque el «enemigo» ha cumplido su condena o la totalidad de la pena según los límites derivados del art. 76 CP, entonces empieza a cumplirse la pena de libertad vigilada, como si fuera poco lo que ya ha cumplido en prisión, y todo ello bajo una finalidad resocializadora que no sólo es imposible, sino que hace que la norma devenga inútil.

Además, esta regulación lo que va a generar es una real y efectiva prisión perpetua, ello porque cuando el terrorista, el violador o el pederasta, empiece a cumplir la pena de libertad vigilada, difícilmente existirá pronóstico favorable de reinserción, por lo que la pena podrá prolongarse hasta el máximo de cumplimiento fijado en la sentencia; se producirá un incumplimiento de las obligaciones que se le impongan, se le procesará por delito de quebrantamiento de condena y consecuentemente se volverá a producir el ingreso del enemigo en prisión, satisfaciendo con ello los deseos y ansias de ejecución penal retributiva que late en el sentir social de nuestros tiempos, y que producirá un efecto en la opinión pública digno del más puro oportunismo político, como si se tratase de ofrecer castigos ejemplares para callar la *vox populi* que exige mano dura y represión total contra el enemigo

Pero además, el Proyecto contiene agravaciones punitivas para supuesto de corrupción (recordemos los recientes casos aparecidos en prensa, Gürtel, Camps, Marbella, etc.) dando una respuesta de incremento de penas para los delincuentes de «cuello blanco»; así como agravaciones punitivas para pederastas, delincuentes informáticos, delitos contra la seguridad del tráfico, y, en definitiva, el Proyecto de reforma endurece de forma considerable la práctica totalidad de las penas y amplía el elenco de delitos contenidos en el Código.

REALIDAD FÁCTICA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL. LA INOCUIZACIÓN DEL DELINCUENTE

A pesar de la reacción casi unánime de toda la doctrina penalista y procesalista contemporánea contra la formulación de Jakobs del derecho penal del enemigo, lo cierto es que en los tiempos, donde monstruosamente se legisla, han venido a trasponer, de facto, la esencia de la tesis del jurista alemán. Los ejemplos vistos son sólo un atisbo, pues hay muchos más como la lucha contra la delincuencia económica, sexual, la decisión pronunciada el 5 de noviembre de 2006 por la Primera Corte Criminal del Tribunal Supremo de Iraq contra Saddam Hussein y otros imputados, que versaba sobre una sentencia anterior, esto es, la decisión del Tribunal Revolucionario Iraquí (Revolutionary Court) que condenó a 148 personas a muerte en junio de 1984, de las cuales una tercera parte ya había fallecido por efecto de torturas o ejecuciones sumarias, como responsables de un atentado contra Saddam en 1982⁶⁶, entre muchos otros supuestos que concurren en el mundo.

Lo que habría que preguntarse es si es legítima una lucha contra el enemigo, en contra del Estado de Derecho, si está justificada la erradicación de la delincuencia «enemiga» a través de un derecho penal de excepción, sacrificando, cediendo o, en términos de *Hobbesianos*, transfiriendo al Estado una potestad de tal magnitud, que implique una renuncia a las garantías democráticas

y que legitime al Estado para hacer lo que quiera. No encuentro ni un ápice de fundamentación jurídica, ni siquiera ética, que permita legitimar tal praxis. Parece que la Historia no revela suficientes atrocidades cometidas a través del Derecho y del proceso penal, pues aquellos que no la conocen o, a pesar de conocerla, eluden la experiencia pasada para legislar, condenan a la sociedad a repetirla en una espiral diabólica que nunca hará libres a los hombres.

¿Cómo combatir al enemigo si no es a través de una política criminal más dura, que refuerce la prevención especial y general, que implique ejemplaridad de las penas, e implacable represión penal? La tendencia es la inocuización, es la base de las legislaciones penales actuales, que pretenden no resocializar, sino extraer al enemigo de la sociedad mediante su separación forzosa de la comunidad en la que vive, y para la que representa un peligro que los ciudadanos no pueden soportar en la cotidiana convivencia. Pero para ello, convendría revisar la finalidad del derecho penal, la finalidad de las penas, y los fines mismos que puede perseguir el Estado de Derecho dentro de los márgenes constitucionales tal y como han sido previstos en su formulación dogmática⁶⁷.

Tradicionalmente, la función del derecho penal consiste en la protección de los bienes jurídicos y de los valores ético-sociales fundamentales del orden social⁶⁸. La cuestión más delicada a este respecto sería la relativa a cuáles son o han de ser los criterios por los que el Estado delimita qué bienes jurídicos y qué valores son merecedores de protección penal, y qué medios pone a su disposición para la consecución de esos fines. Es ese sentido, y conforme al principio de mínima intervención penal, los bienes y valores protegidos por el ordenamiento jurídico, únicamente pueden ser reconducidos al ámbito de la tutela penal, cuando no existen otros medios al alcance de la sociedad para ello, sin olvidar que la intervención estatal en ejercicio del *ius puniendi*, debe garantizar siempre la dignidad de la persona, tanto en la intervención penal, como en su catálogo de penas y en la forma de ejecución de las mismas, cuestiones que deben ser centrales en la forma de legislar y que la doctrina del derecho penal del enemigo, no sólo las ignora, sino que además disfraza su inobservancia mediante argumentos justificativos de la libertad y seguridad, contra las que precisamente atenta.

Y ¿cuál es, pues, la finalidad de las penas? Para ello, conviene remontarse brevemente a las teorías penales que surgen con la aparición misma del derecho penal, y que se pueden clasificar en tres grandes grupos: las teorías absolutas o retribucionistas, las teorías relativas, y las teorías unitarias⁶⁹. Las teorías absolutas, encuentran su justificación en el delito cometido, informadas en el aforismo *punitur quia peccatum est*, que implica que la pena es retribución, es la compensación por el mal causado, y por el que debe responder el autor⁷⁰. Las teorías relativas, justifican la pena como instrumento para la evitación de futuros delitos, esto es, desde el prisma de la prevención, basado en el aforismo *punitur ut ne peccetur*. Prevención general en primer término, encaminada a la intimidación que produce la previsión de una sanción penal para los posibles delincuentes, que por el temor a su aplicación se abstengan de delinquir, o lo que es lo mismo: la ejemplaridad de la pena; y prevención especial en segundo término, entendida como la corrección, reeducación y reinserción del delincuente para que no vuelva a delinquir, o inocuización del delincuente cuya reinserción resulta inviable o altamente dificultosa⁷¹. Las

teorías unitarias, o también denominadas eclécticas, conjugan ambas teorías poniendo de relieve que la finalidad de la pena no puede ser otra que el castigo retribucionista, pero que necesariamente deberá ir de la mano de las finalidades preventivas, tanto especiales como generales⁷².

En el derecho positivo español, el fin de la pena debe ser estudiado desde el prisma que ofrece nuestra previsión constitucional, al propugnar en su art. 25.2 que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados». Conviene resaltar la vertiente negativa de este precepto, en el sentido de que limita o prohíbe al legislador la creación de penas que estén en total discordancia con la finalidad resocializadora, o que no puedan alcanzar esos fines, por no ser capaces o por ser excesivas. Este argumento, que es el que sirve de base para las teorías en contra de la cadena perpetua, la pena de muerte, los castigos corporales, etc., y que encuentra un sutil pero eficaz sendero por el que, simplemente, salta, esquiva, o ignora, su observancia como mandato dirigido al legislador: se legisla contra el enemigo, y ese el único camino a seguir. A modo de metáfora: la actividad legislativa que pretende llegar a la promulgación de la ley penal, en lugar de circular por una autopista, circula por una vía secundaria por la que elude el control que en las grandes vías ejerce la autoridad para impedir que se infrinjan las normas básicas de circulación; esa autoridad son los principios básicos de la Democracia y del Estado de Derecho, los principios constitucionales y los derechos fundamentales; de modo que, por ese «atajo», se consigue finalmente llegar a la promulgación de la ley penal pero eludiendo el referido control, de tal modo que la ley penal queda huérfana de límites (que son imperativos), y de garantías.

A la previsión constitucional, hay que añadir la que efectúa la LO. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria en su art. 1, al nominar que «las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados». De este somero análisis podemos extraer que la previsión constitucional pretende orientar las penas hacia la prevención especial, reeducando o resocializando. La reeducación, entendida de manera objetiva, actuando en su comportamiento externo del delincuente, y que pretende convertirlo en un ciudadano correcto, con valores incardinados dentro del modelo de un buen ciudadano y con un nivel aceptable de conciencia cívica; y también reeducación en sentido subjetivo, que incide sobre su fuero interno, encaminada a la conversión moral del culpable⁷³. No obstante a este respecto, resulta interesante lo que afirma Mapelli Caffarena, en cuanto a que la reeducación persigue una finalidad política, que se traduce en un ataque frontal a la opinión pública, imposibilitando con ello las críticas a los inconvenientes que existen en el sistema penal, ofreciendo así una imagen terapéutica del mismo, exaltando sus bondades correctoras y de reeducación del delincuente, que permiten alcanzar un mayor control social⁷⁴.

Por tanto, la finalidad de la pena, en nuestro sistema penal, parte de la concepción de Beccaria, para quien «El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales».⁷⁵ Enlazado, claro está, con el principio de proporcionalidad o humanidad.⁷⁶ Y en ese orden de cosas, ¿dónde está prevista la finalidad

inocuizadora del delincuente? Es más, ¿dónde está previsto el trato particularizado del delincuente enemigo como no-persona? ¿Dónde está previsto un derecho penal de excepción, un derecho penal para *unos* y un derecho penal para *otros*? Sencillamente no está, y no está porque no está permitido, aunque, de hecho, se produce. No existe legitimidad constitucional, y no puede tener cabida en Democracia, aquello que no es legítimo dentro del marco constitucional.

Quizás lo que habría que preguntarse es cómo se concibe realmente el castigo, y cuáles son las causas que empujan al legislador a positivizar leyes penales del enemigo. Para Durkheim, el castigo era el objeto central de su análisis sociológico, donde los delitos son «aquellos actos que violan la seriamente la conciencia colectiva»⁷⁷. Se pregunta este autor, qué es lo que provoca que los delitos se castiguen, en lugar de ser tratados de alguna otra manera, a lo que responde que «la violación de los valores sagrados siempre genera una respuesta violenta. El acto criminal viola sentimientos y emociones profundamente arraigados en la mayoría de los miembros de la sociedad –escandaliza sus conciencias sanas-, y esta violación provoca una fuerte reacción psicológica incluso en los que no están directamente involucrados. Produce una sensación de violencia, furia, indignación, y un deseo intenso de venganza».⁷⁸ Por ello, es por lo que «castigan por castigar, sin esperar para ellos mismos ventaja alguna del sufrimiento que imponen»⁷⁹. «No es ya la cólera, sino la previsión reflexiva, la que determina la represión»⁸⁰.

En ese orden de cosas, Durkheim distingue tres elementos en el castigo: los controladores, los controlados, y un tercer elemento sobre el que centraremos la atención: los observadores, «cuyos sentimientos ultrajados proporcionan una dinámica motivadora para la respuesta punitiva.»⁸¹ Por ello, hoy en día, la conciencia social retribucionista que late en el sentir social, es lo que empuja al legislador a promulgar leyes y, en definitiva, a legislar *fácticamente* como si estuviera instrumentando un auténtico derecho penal del enemigo. La causa es esa (aunque no sólo esa), es decir, la tesis de Jakobs no se transpone voluntariamente por el legislador, ni se contemplan referencias a él ni al derecho penal del enemigo en las Exposiciones de Motivos de las leyes penales, sino que la causa hay que buscarla mucho más allá de una mera formulación teórica, conceptual, acertada o no, pero que no trasciende del plano teórico.

Por eso mismo, advierte acertadamente Durkheim que «si el crimen no es patológico, el propósito del castigo no puede ser curarlo»⁸². Como afirma Garland, «las filosofías del castigo, se basan en una imagen del castigo más bien idealizada y unidimensional: una variante del clásico acertijo liberal de cómo debe relacionarse el Estado con el individuo»⁸³.

Por último, recordemos a Montesquieu, quien ya dijo en su día que «sería fácil probar que en todos, o prácticamente todos los gobiernos de Europa, los castigos han incrementado o disminuido en la medida en que dichos gobiernos favorecen o desalientan la libertad» [...] «la severidad del castigo es más acorde con los gobiernos despóticos, cuyo principio es el terror, que con una monarquía o una república, cuyo venero son el honor y la virtud»⁸⁴. Ahora la cuestión es ¿hacia dónde nos dirigimos? ¿Las tendencias legislativas actuales que buscan ante todo inocuizar al *archidelincuente hipermalvado* nos conducen hacia un lugar legítimo o, por el contrario, supone un retroceso hacia el Absolutismo?

CONCLUSIONES

No comparto la tesis de Jakobs, pienso que su aportación doctrinal es de suma importancia, pero no desde el plano del deber ser, sino desde el plano de lo que no debe ser. Es decir, que conviene que se tenga en cuenta la doctrina del derecho penal del enemigo precisamente para no incurrir en su aplicación. Me muestro en total acuerdo con las teorías de González Cussac, Muñoz Conde, Vives Antón, Gracia Martín, y demás autores que critican desde la lógica jurídica y desde la legitimidad constitucional la doctrina del derecho penal del enemigo.

No podemos sino afirmar, que la legislación que viene a transponer fácticamente la doctrina del derecho penal del enemigo es ilegítima, es antidemocrática, inconstitucional, y supone un grave deterioro en el avance de la ciencia jurídica; y lo es más la creación jurisprudencial que deroga normas penales sustantivas en contra del reo, esto es, en contra del enemigo, pues los jueces están sometidos al imperio de la ley y no a la inversa. En definitiva, peligra seriamente el Estado de Derecho, pues las tendencias legislativas actuales en las que, para combatir al enemigo, «todo vale» y «cualquier medida que se tome es poca» siempre que el fin perseguido sea inocuizar, apartar y vencer al enemigo, suponen un grave riesgo para la Democracia, y ello pronto nos conducirá a una verdadera crisis del Estado de Derecho, de sus valores y de sus principios, para pasar a un Estado autoritario en el que difícilmente se podrán ya mantener los antiguos logros en garantías, principios y derechos fundamentales.

No obstante, para poner orden y solucionar el problema hay que ir mucho más lejos, pues como indica Tamarit Sumalla, «el legislador no ha leído a Jakobs, sino que ha visto el telediario del día anterior». La forma de legislar que refleja la doctrina del Derecho penal del enemigo, no es consecuencia directa de las tesis de Jakobs, no hay una automaticidad entre sus teorías y su plasmación fáctica en la ley penal, sino que se debe a otras muchas causas, como los medios de comunicación, el oportunismo político, la política criminal dirigida con excesiva omisión del deber de diligencia y prudencia en el trazado de una línea de intervención, reacción psicológica de la sociedad ante determinados delitos que produce un deseo intenso de venganza, intereses particulares (y ocultos) de las empresas dedicadas al sensacionalismo y la comunicación mediática, que implantan diariamente en la sociedad sentimientos de ira, odio, repulsa, indignación, miedo y venganza, etc., por lo que habría que identificar, con carácter previo, cuáles son realmente esas causas (pero todas) y derrochar cuantos esfuerzos sean necesarios para que desaparezcan y dejen la vía libre y descontaminada al Estado de Derecho para su crecimiento como tal, hasta que pueda alcanzar un nivel de madurez suficiente que impida esta constante quiebra con sus principios. Sólo así la fantasmagórica tesis del derecho penal del enemigo, será definitivamente una teoría como lo que no debe ser en Derecho y, de esa forma, la Democracia pueda triunfar frente al Autoritarismo.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2001): *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Comares.
- BECCARIA, C. (2005): *Dei delitti et delle pene*, 1764. Edición traducida por Francisco Tomás y Valiente, *De los delitos y las penas*. Ediciones Libertador. Buenos Aires.
- CANCIO MELIÁ, M. (2006): «De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?», en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. C. *Derecho penal del enemigo*. Thomson Cívitas.
- CANCIO MELIÁ, M., y POZUELO PÉREZ, L., (Coords) (2008): V.V.A.A. *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*. Civitas.
- CARBONELL MATEU, J.C. (2001): «Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal y la banalización de la legalidad», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. I, Cuenca.
- CEREZO MIR, J., (2004): *Curso de derecho penal Español. Parte General. I Introducción*, Technos.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. (2006): *Derecho Penitenciario*. Tirant monografías, 194. Tirant lo Blanc.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S. (1999): *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch. 1999.
- DONINI, MASSIMO (2008): «Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar», en CANCIO MELIÁ, M. y POZUELO PÉREZ, L., (Coords). V.V.A.A. *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*. Civitas. Pp. 43.
- FICHTE (1960): *Grundlage des Naturrechts nach principien der wissenschaftlehre*. Hamburgo.
- FOUCAULT, M., (1975): *Suveillance et punir*. París. Traducción de Garzón Del Camino, A. (1990), *Vigilar y castigar*. Ed. Siglo XXI de España editores S.A.
- GALLEGO GARCÍA, G.M., (2000): *Sobre el concepto de dignidad humana*. En VELASQUEZ VELASQUEZ, F., (Coord.), V.V.A.A. *Derecho Penal Liberal y dignidad humana*. Homenaje al Dr. Londoño Jiménez. Temis.
- GARCÍA ARAN, M. (1997): *Fundamentos y aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*. Aranzadi.
- GARLAND, D. (1999): *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Siglo XXI Editores.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2003): «La Contrarreforma Penal de 2003: nueva y vieja política criminal». En *Revista Xurídica Galega*, 38.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2005): *El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*. Lección inaugural del curso 2005/2006. UJI.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2006): «*El sistema de penas español: balance crítico y propuesta alternativa*». En «*La reforma del Código Penal tras 10 años de vigencia*». Thomson Aranzadi.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2007): «*El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno de Estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo*». En *Revista Penal*. La Ley. Grupo Walters Kluwer, 19.
- GRACIA MARTÍN, L. (2005): *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*. Tirant Lo Blanch.
- GRACIA MARTIN, L., (coord) BOLDOVA PASAMAR, M.A. y ALASTUEY DOBÓN, M.C. (2006), *Tratado de Consecuencias Jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch.
- GUISASOLA LERMA, C. (2008): *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant lo Blanch, «colección de delitos», 81.
- HASSEMER y MUÑOZ CONDE (2002): *Introducción a la criminología*. Tirant Lo Blanch.
- HOBBS (1993): *El ciudadano*, Ed. Debate CSIC, Madrid. 1993.
- HOBBS (1999): *Leviatán*. Alianza Editorial, 1999.
- KANT (1996): *Sobre la paz perpetua*. Tecnos.
- JAKONS, G. (2000): *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Cuadernos Civitas.
- JAKOBS, G. (2003): *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Thomson Civitas.
- JAKOBS, G. (2006): «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. C. *Derecho penal del enemigo*. Thomson Cívitas.
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. C. (2006): *Derecho penal del enemigo*. Thomson Civitas.
- JIMÉNEZ BARBERO, M.A. (1998): *La ejecución de la pena*. En *Revista de Ciencias Penales*, 1(1).
- LANDECHO VELASCO C.M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C. (2004): *Derecho Penal Español. Parte General*. Tecnos.
- LANDROVE DÍAZ, G. (2005): *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos.
- MALINOWSKI, B. (1971): *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Ariel.
- MANTONVANI, F. (2008): *El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho Penal, y el amigo del Derecho penal*. En GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., ALCÁCEER GUIJARRO, R., VALLE MARISCAL DE GANTE, M., (Coord.), «*Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*». Edisofer.

- MAPPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO J.M. (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas.
- MONTESQUIEU, B. (1983): *Del espíritu de las leyes*. 1762. Ed. Sarpe.
- MUÑOZ CONDE, F. (2004): *Las reformas de la Parte Especial del Código Penal español de 2003, de la tolerancia cero al derecho penal del enemigo*, en *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires.
- MUÑOZ CONDE, F. (2005): *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*. Hamurabi. José Luis Depalma Editor. Buenos Aires.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2004): *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2008): *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*. Tirant lo Blanch.
- POLAINO NAVARRETE, M. (2006): *Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo: la represión punitiva de la llamada "violencia de género"*. En la obra de V.V.A.A *Liber amicorum, Homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*. Colex.
- PROTÁGORAS (1981): *en Platón Diálogos I*, Ed. Gredos.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2007): *Parte General del Derecho Penal*, Tomson Aranzadi, 2007.
- QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), MORALES PRATS, F., (Coord.) (2008): Tamarit Sumalla, J.M., García Albero, R., *Comentarios al Código Penal*. Thomson Aranzadi.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (2002): *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*. Cívitas.
- ROJAS MARCOS, L., y ALBERDI, I. (2005): *Tolerancia cero, obra social "La Caixa"*.
- ROUSSEAU (2000): *El contrato social*. Tecnos, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (1999): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Cuadernos Cívitas.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. y GARCÍA ALBERO, R. (2004): *La reforma de la ejecución penal*. Tirant Lo Blanch. Colección de delitos, 63.
- TAMARIT SUMALLA, J.M, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J, SAPENA GARU, F. (2005): *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, F., (Coord.) (2000) V.V.A.A. *Derecho Penal Liberal y dignidad humana*. Homenaje al Dr. Londoño Jiménez. Temis.
- VIVES ANTÓN, T.S. (1996) *Fundamentos del Sistema Penal*. Tiran lo Blanch.
- VIVES ANTÓN, T.S. (2008): *Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal ¿estado democrático o estado autoritario?* Tirant lo Blanch, (Tirantonline).

- VIVES ANTÓN, T.S. (2006): *Una sentencia discutible: sobre la STS 197/2006*. Tirantonline.
- VIVES ANTÓN, T.S. (2006): *El ius puniendi y sus límites constitucionales*. Tirantonline.
- VIVES ANTÓN, T.S. (2006): *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Tirantonline.
- VIVES ANTÓN, T.S. (2008): Orts Berenguer, E., Carbonell Mateu, J.C., González Cussac, J.L., Martínez-Buján Pérez, C.M., *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant Lo Blanch. 2008.
- VON LISTZ, F. (1999): *Tratado de Derecho Penal*, 4ª Edición, Reus, traducido de la 20ª Edición Alemana, por Jiménez De Asúa, L.

NOTAS

- 1 Durkheim, *La división del trabajo social*. México. 1997.
- 2 Summa Theologica II, 2, qu. 64.2. Cita tomada de Gracia Martín, L., *El horizonte...* Op. Cit. Pág. 122.
- 3 Rousseau, *El contrato social*, Libro II, Capítulo V, 4ª Ed. Technos, reimpresión 2000. Págs 34 y 35.
- 4 Fichte, *Grundlage* § 20. V, Pág. 272. Nota extraída de Gracia Martín, L., *El horizonte...* Op. Cit. Pág. 126.
- 5 Jakobs, G., y Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*. Op. Cit. Pág. 33 «en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede –en este caso mediante una medida de seguridad, no mediante una pena- de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo [...] en vez de Derecho penal del ciudadano, y la voz «Derecho» significa en ambos conceptos algo claramente diferente.»
- 6 En esa misma obra, aparece un artículo que Jakobs publicó en prensa en 2005, titulado «¿Terroristas como personas en Derecho?» donde el jurista alemán habla de que en 2003 se aprobó en Alemania la Ley de lucha contra el terrorismo, en transposición de una decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, y a tal respecto expresa: «la punición de los terroristas tan sólo es una meta intermedia, no el objetivo principal del legislador; parece claro que a través del castigo de los terroristas se pretende combatir al terrorismo en su conjunto, dicho de otro modo, la pena es un medio para un fin policial, un paso en la lucha por la seguridad». Jakobs, G., y Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo...* Op. Cit. Págs. 59 y 60.
- 7 Ilustra esta argumentación acertadamente Jakobs con el ejemplo del encargado de la tesorería que defrauda, y la consecuencia es que se le excluye de determinados ámbitos y círculos en sociedad, expresando lo siguiente: «La sabiduría popular dirá «éste no es trigo limpio», y eso significa: «se abandona la expectativa normativa para pasar a la cognitiva». Jakobs, G, y Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo...* Op. Cit. Pág. 67.
- 8 Publicada junto con las ya comentadas teorías de Jakobs en la obra de Jakobs, G, y Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo...* Op. Cit. Págs. 85 a 152.
- 9 Cancio Meliá, M., *De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?* Op. Cit. Pág. 124. «No debe haber Derecho penal del enemigo porque es políticamente erróneo (o inconstitucional).»
- 10 *Ibidem*. «El Derecho penal del enemigo no debe ser porque no contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos».
- 11 Para acceder a la entrevista, puede consultarse este enlace: <<http://criminet.ugr.es/recpc>> (en conversaciones con BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE).
- 12 Como v.g. en la introducción que hace Muñoz Conde a la monografía de Jakobs «*Suicidio, eutanasia y Derecho penal*». Traducción de Muñoz Conde y García Álvarez. Valencia 1999.

- 13 Narra también Muñoz Conde que también hay críticas en América Latina a las teorías de Jakobs, que no han podido eludir tampoco las anécdotas con el citado jurista, pues en un Congreso en Salta Fe de Bogotá en octubre 2004, VELASQUEZ expuso unas críticas desde la perspectiva latinoamericana, en presencia del propio Jakobs, que provocaron que éste abandonara la Sala de conferencias, lo cual generó un importante clima de malestar en el Congreso que generó que algunos de los presentes reprocharan a Velasquez por haber osado a formular tales críticas. Muñoz Conde, F., *De nuevo...* Op. Cit. Pág. 33, nota al pie N° 11.
- 14 Muñoz Conde, F., *De nuevo...* Op. Cit. Pág. 83. «Pero permítaseme una pregunta: ¿qué pasaría si después de convertirse este «derecho penal del enemigo» en realidad habitual y corriente en nuestras democracias, siguieran cometándose o incluso incrementándose las acciones terroristas y las respuestas también terroristas del Estado a las mismas? ¿Se reintroduciría la tortura como medio de investigación? ¿Se abrirían campos de concentración para los enemigos? ¿Se admitiría la detención policial, sin intervención judicial? ¿Se generalizaría la aplicación de la pena de muerte y se encargarían de ello tribunales militares de excepción?».
- 15 González Cussac, J.L. «*El renacimiento del pensamiento totalitarios en el seno de Estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo*». En Revista Penal. La Ley. Grupo Walters Kluwer. N° 19. Enero de 2007.
- 16 González Cussac, J.L. «*El renacimiento...* Op. Cit. Pág. 60.
- 17 González Cussac, J.L. «*El renacimiento...* Op. Cit. Pág. 60 y 61.
- 18 González Cussac, J.L., *El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*. Lección inaugural del curso 2005/2006. UJI. 2005. Pág. 34.
- 19 González Cussac, J.L., *El derecho penal frente al terrorismo...* Op. Cit. Pág 34, con cita de TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, Madrid 1988.
- 20 Gracia Martín, L., *El horizonte del finalismo...* Op. Cit. Pág. 206.
- 21 Gracia Martín, L., *El horizonte del finalismo...* Op. Cit. Pág. 213. «Esto, sin embargo significa que cuando el sujeto entra en el proceso lo hace con la condición de ciudadano, y, por lo tanto, que lo hace con todos sus derechos de ciudadano y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal del ciudadano, en particular por la garantía de la presunción de inocencia»
- 22 Véase sobre la idea de dignidad humana la obra de GALLEGO GARCÍA, G.M., *Sobre el concepto de dignidad humana*. En VELASQUEZ VELASQUEZ, F., (Coord.), V.V.A.A. *Derecho Penal Liberal y dignidad humana*. Homenaje al Dr. LONDOÑO JIMÉNEZ. Temis. 2000.
- 23 Gracia Martín, L., *El horizonte del finalismo...* Op. Cit. Pág. 235 a 244, con citas de PUFFENDORF, WELZEL, Kant, SCHÜNEMAN, FERRAJOLI.
- 24 PUFFENDORF, *De jure naturae et gentium*, t. I , Lib III, Cap. II, N. 5, Pág 145: «Maxima inde homini dignatio, quod animam obtinet inmortalem, lumine intellectus, facultate res diudicandi & eligendi & in plurimas artes solertissimam». Cita extraída de Gracia Martín, L., *El horizonte del finalismo...* Op. Cit. Pág. 236, 237, y nota al pie N° 420.
- 25 Gracia Martín, L., *El horizonte del finalismo...* Op. Cit. Pág. 243 y 244.
- 26 Vives Antón, T.S., *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Tirantonline. 2006. Pag. 6.
- 27 Vives Antón, T.S., *Terrorismo...* Op. Cit. Pág. 10. «Y voy a darlo por sentado, no porque afirme que entre tales presupuestos y el procedimiento democrático existe una relación de necesidad *lógica* y, en consecuencia, indiscutible y evidente (pues mi argumentación no requiere tanto); sino porque pienso que los aúna una innegable relación *práctica*, de modo que quien opta por la democracia, en nuestro ámbito cultural, lo hace en función de la autonomía, la libertad y la igualdad de los hombres, es decir, reconociendo por igual a todos, al ejercitar esa opción, el derecho y la capacidad de regirse por sí mismos y hacer lo que les plazca, con tal de que no invadan la esfera de los derechos de los demás».

- 28 Vives Antón, T.S., *Terrorismo...* Op cit. Pág. 11.
- 29 Vives Antón, T.S., *Terrorismo...* Op cit. Pág. 13, Y en ese orden de cosas manifiesta Vives con cita DWORKIN «existen dos tipos de teorías acerca de la igualdad. El primero supone que el gobierno debe ser neutral acerca de las concepciones particulares de la vida buena y que las decisiones políticas deben ser, en la medida de lo posible, independientes, de cualquier opinión acerca de lo que da valor a la vida. El segundo supone que el gobierno no puede ser neutral en este asunto, porque no puede gobernar, ni definir qué trato es discriminatorio y cuál no, sin una concepción previa de lo que deberían ser los humanos».
- 30 Vives Antón, T.S., *El ius puniendi y sus límites constitucionales*. Tirantonline. Pág. 2. Hobbes, *Leviatán*. Op. Cit. Segunda Parte, Capítulo XXVIII. Pág. 386.
- 31 Vives Antón, T.S., Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal ¿estado democrático o estado autoritario? Tirant lo Blanch, (Tirantonline). 2008. Pág. 2.
- 32 Vives Antón, T.S., *Reflexiones jurídico-políticas...* Op. Cit. Pág. 3.
- 33 *Ibidem.* .
- 34 Vives Antón, T.S., *Reflexiones jurídico-políticas...* Op. Cit. Pág. 3 «con el máximo respeto hacia las víctimas de cualquier delito, y especialmente a las de los delitos más graves, ha de dejarse siempre muy claro que el fin de la pena no es curar las heridas que el delito produjo. La sociedad debe intentar curarlas, hasta donde sea posible, por los medios adecuados; es decir, por aquellos que puedan disminuir el daño sufrido y el dolor que le es inherente; pero la pena ha de limitarse a tutelar el ordenamiento jurídico, y sólo se justifica en la medida en que es útil para proporcionar esa tutela».
- 35 En la conferencia impartida en el UJI, el 21 de mayo de 2009 con ocasión de los cursos de doctorado.
- 36 Muñoz Conde, *Algunos ejemplos del Derecho penal del enemigo*, en Muñoz Conde, *De nuevo sobre...* Op. Cit. Pág. 41.
- 37 Muñoz Conde, *Algunos ejemplos del Derecho penal del enemigo*, en Muñoz Conde, *De nuevo sobre...* Op. Cit. Pág. 44 «son medidas que bordean, cuando no claramente infringen, los límites constitucionales de Derecho penal en el Estado de Derecho».
- 38 Muñoz Conde, *Algunos ejemplos del Derecho penal del enemigo*, en Muñoz Conde, *De nuevo sobre...* Op. Cit. Pág. 44.
- 39 *Ibidem.*
- 40 Massimo Donini, *Derecho penal de lucha...* Op. Cit. Pág. 54.
- 41 Caso Rasul vs. Bush, Sentencia de la Corte Suprema 124 S. Ct. 2686 (28/6/2004).
- 42 Muñoz Conde, *Algunos ejemplos del Derecho penal del enemigo*, en Muñoz Conde, *De nuevo sobre...* Op. Cit. Págs. 48 y 49.
- 43 Véase el *Excurso: las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en los casos «Hambdi», «Padilla» y los detenidos en la Base de Guantánamo*, en Muñoz Conde, *Algunos ejemplos...* Op. Cit. Págs. 46 a 51.
- 44 *Ibidem.* Pág. 50.
- 45 Existe numerosísima bibliografía sobre la violencia de género y «tolerancia cero», pero sería un despropósito intentar abraccarla toda, o incluso enumerar la más importante, por lo que sólo dejaremos invocadas algunas obras la de HASSEMER y Muñoz Conde, *Introducción a la criminología*. Tirant Lo Blanch 2002. Págs. 328 y ss; Muñoz Conde, *La reformas de la Parte Especial del Código Penal español de 2003, de la tolerancia cero al derecho penal del enemigo*, en «*Revista de Derecho Penal*», Buenos Aires 2004. Pág. 631 y ss; y la obra de ROJAS MARCOS, L., y ALBERDI, I., *Tolerancia cero, obra social «La Caixa»*. 2005.
- 46 Muñoz Conde, *Algunos ejemplos...* Op. Cit. Pág. 38.
- 47 Polaino Navarrete, M., *Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo: la represión punitiva de la llamada «violencia de género»*. En la obra de V.V.A.A *Liber amicorum, Homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*. Colex 2006. Pág. 712.

- 48 Polaino Navarrete, M., *Entre el Derecho penal simbólico...* Op. Cit. Pág. 710, y 711 «al maltratador se familiar se le combate como enemigo, porque no se ha comportado como persona en Derecho, o –por mejor decir- se le exige con esa medida asegurativa (que comporta restricción de sus libertades: de movimiento, de disfrutar de su hogar familiar, etc.) lo que él no es capaz de ofrecer por sí mismo: la mínima exigencia de civildad».
- 49 Art. 36.2. *Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.*
- 50 Tamarit Sumalla, J.M. y García Albero, R., *La reforma...* Op. Cit. Pág. 77.
- 51 Reflexiona acertadamente García Albero al manifestar que «se trata de valorar si en el momento en que el penado ha cumplido la mitad del tiempo ex art. 76 –pero no la mitad de la suma de las penas impuestas-, un favorable pronóstico de reinserción a los solos efectos de su progresión en grado –que no de libertad condicional-, permite acordar el regreso al sistema normal y, por ello mismo, la progresión». Tamarit Sumalla, J.M. y García Albero, R., *La reforma...* Op. Cit. Pág. 81.
- 52 Tamarit Sumalla, J.M. y García Albero, R., *La reforma...* Op. Cit. Pág. 23.
- 53 Tamarit Sumalla, J.M. y García Albero, R., *La reforma...* Op. Cit. Pág. 93.
- 54 Sobre esta norma advierte González Cussac que la misma deviene inútil, al manifestar que «en los últimos años no se conocen casos de calificación al tercer grado de terroristas, pues desgraciadamente se trata de «delincuentes por convicción» que al no renunciar al uso de la violencia, deviene imposible considerarlos resocializados y en consecuencia emitir pronóstico favorable de reinserción. Por otra parte, al exceptuarse con carácter absoluto y general esta posibilidad, se cierra absurdamente el Estado esta fructífera vía de lucha antiterrorista, que tan excelentes resultados ha cosechado en otros países y en el nuestro propio hasta fechas no muy lejanas. En efecto, la utilización de los llamados «arrepentidos» ha sido una eficaz herramienta para obtener información y para socavar la firmeza de otros terroristas, que comprobaban tras largos años de cárcel como otros antiguos compañeros rehacían sus vidas». González Cussac, J.L., «*El sistema de penas español: balance crítico y propuesta alternativa*»... Op. Cit. Págs. 57 y 58.
- 55 Sobre la libertad condicional véase la obra de Cervelló Donderis, V., *Derecho Penitenciario*. Tirant monografías nº 194. Tirant lo Blanc, 2006. Págs. 249 a 272; y Gracia Martín, L., (coord), y Boldova Pasamar, M.A., Alastuey Dobón, M.C., *Tratado de Consecuencias Jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, 2006. Págs. 365 a 376.
- 56 Cervelló Donderis, V., *Derecho Penitenciario...* Op. Cit. Pág. 254.
- 57 ORTS BERENGUER, E. y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*. Tirant lo Blanch, 2008. Págs. 320 y 321.
- 58 MANTONVANI, F., *El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho Penal, y el amigo del Derecho penal*. En GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA RIEZU, A., MARTÍNEZ Escamilla, M., Alcácer Guijarro, R., Valle Mariscal De Gante, M., (Coord), «Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat». Edisofer. 2008. Pág. 425.
- 59 Muñoz Conde, F., *De nuevo...* Op. Cit. Págs. 41.
- 60 Como afirma Vives Antón, T.S., *Una sentencia discutible: sobre la STS 197/2006*. Tirantonline. 2006. Pág. 2 «si la reforma de 2003 hubiera contenido un precepto que dijese que en los casos de acumulación de condenas, fuesen anteriores o posteriores a su entrada en vigor, los beneficios penitenciarios se computarían y aplicarían sobre cada una de las penas impuestas en sentencia, tal precepto hubiera infringido al prohibición de retroactividad en perjuicio del reo y hubiera sido, por tanto, contrario a la Constitución».
- 61 Vives Antón, T.S., *Reflexiones jurídico-políticas...* Op. Cit. Pág. 2. «Para quienes creemos que el Estado de Derecho no admite fisuras y que es capaz de triunfar frente a sus enemigos sin renunciar a ninguno de sus principios básicos no hay, pues, motivo alguno de alegría; sino más bien de desencanto, de duda y de tristeza».
- 62 COBO DEL ROSAL, M. y Vives Antón, T.S., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 1999. Pág. 72.

- 63 González Cussac, J.L. «*El renacimiento*. Op. cit. Pág. 54.
- 64 Vives Antón, T.S., *Reflexiones jurídico-políticas...* Op. cit. Pág. 2. «La Exposición de Motivos, al tratar de justificar el texto, dice que, aun reconociendo que la estabilidad es una de las piedras angulares del sistema penal, (¿cómo podía, sin ella, desempeñar el papel de «Constitución negativa» que le corresponde?) puede tener, sin embargo importantes efectos perniciosos si no existe una constante preocupación del legislador por responder a las demandas de la sociedad. Para los autores del Anteproyecto esas demandas se concretan a partir de diversos e infortunados sucesos, entre los que se menciona expresamente, en el ámbito de los delitos sexuales, el acaecimiento, en los últimos tiempos, de casos de especial gravedad».
- 65 Tras la polémica dimisión del anterior Ministro de Justicia Mariano Fernández Bermejo en febrero de 2009, ocupó el cargo Antonio Caamaño, que hasta entonces había sido Secretario de Asuntos Constitucionales y Parlamentarios del Gobierno de PSOE, quien todavía hoy ostenta la titularidad del Ministerio.
- 66 Véase la reflexión que efectúa Massimo Donini, *Derecho penal de lucha...* Op. Cit. Pág. 59 y 60.
- 67 Véase a este respecto la obra de Álvarez García, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Comares. 2001.
- 68 Landecho Velasco C.M., y Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español. Parte General*. Technos 2004. Pág. 56.
- 69 Sobre esta clasificación, véanse las obras de Landrove Díaz, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 2005, págs 21 a 25, y Cerezo Mir, J., *Curso de derecho penal Español. Parte General. I Introducción*, Technos 2004. Págs. 24 a 38
- 70 Los representantes más destacados de esta corriente surgen con el idealismo Alemán, Kant y Hegel.
- 71 Las teorías relativistas fueron impulsadas por los juristas de la Ilustración, entre los que destacan Beccaria, Lardizábal, Benthan, Romagnosi, Filangieri, Feuerbach, por el especial hincapié en la prevención general; y Lombroso, Ferri, Garófalo, Karl Grolman, por sus enfoque de la pena en íntima relación con la peligrosidad del delincuente y encaminada a la prevención especial; y en el moderno derecho penal español, autores como Silva Sánchez, Gimbernat Ordeig O Luzón Peña, mantienen una visión relativista de la pena.
- 72 Estas teorías unitarias arrancan con Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, y fueron seguidas por Pacheco, Silvela, Concepción Arenal, Dorado Montero.
- 73 Jiménez Barbero, M.A., *La ejecución de la pena*. En *Revista de Ciencias Penales* Vol. 1 N° 1, 1998. Págs. 120 y 121. «La reeducación es un concepto vacilante que tiende a confundirse con la resocialización, de la que ha sido, sin embargo diferenciada por la doctrina. La oportunidad ha surgido a propósito de si la consagración constitucional de la idea de reeducación hace inconstitucionales las penas incapaces de cumplir esa función, como, por ejemplo, las pecuniarias».
- 74 Mappelli Caffarena, B. y Terradillos Basoco J.M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, 1996. Págs. 126 a 130.
- 75 Beccaria, C., *Dei delitti et delle pene*, 1764. Edición traducida por Francisco Tomás y Valiente, *De los delitos y las penas*. Ediciones Libertador. Buenos Aires 2005. Págs. 54 y 55.
- 76 Continúa diciendo Beccaria, «luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo». Op. Cit. Pág. 55.
- 77 Durkheim, *La división del trabajo social*. México, 1997. Pág. 89. «Se trata de una violación al código moral básico que la sociedad considera sagrado, por lo cual provoca el castigo».
- 78 Durkheim, *La división del trabajo social...* Op. Cit. Pág. 152.
- 79 Durkheim, *La división del trabajo social...* Op. Cit. Pág. 95
- 80 Durkheim, *La división del trabajo social...* Op. Cit. Pág. 96
- 81 Durkheim, *La división del trabajo social...* Op. Cit. Pág. 112.
- 82 Durkheim, *La división del trabajo social*. Op. Cit. Pág. 24.

- 83 Garland, D., *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Siglo XXI Editores. 1999. Pág. 24.
- 84 Montesquieu, B., *Del espíritu de las leyes*. 1762. Ed. Sarpe. 1983. Pág. 88.