



INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA
FUNDADO EN 1995

LA APOLOGÍA INDIRECTA DE TERRORISMO COMO DERECHO PENAL DEL ENEMIGO



DAILYS URIARTE QUESADA

DAILYS URIARTE QUESADA
Profesora de Derecho penal
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

La apología indirecta del terrorismo como Derecho penal del enemigo

**Análisis de algunos aspectos de la regulación
jurídica del delito en el Código penal español**



Autor : Dailys Uriarte Quesada
Cuidado de edición : Alicia Casco Guido
Diseño interior : Alicia Casco Guido
Diseño de portada : Eduardo Espinales

ISBN: 978-99924-21-12-3

Todos los derechos reservados conforme a la Ley
© INEJ, 2009

Impreso en Nicaragua
por Servicios Gráficos

Esta investigación y publicación fue posible gracias al apoyo económico de la Asamblea Nacional, a través de la Comisión Económica, con base a la Ley No. 646/2008, Ley anual de presupuesto general de la República de Nicaragua 2008, anexo No. I-A Asociaciones y Fundaciones, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 41 el día 27 de febrero de 2008, en concepto de darle continuidad al desarrollo del programa de gobernabilidad, desarrollo y Estado social de derecho.

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de su autor, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión de la Asamblea Nacional ni del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

Índice

Abreviaturas utilizadas	7
CAPÍTULO I	
Introducción	9
CAPÍTULO II	
Consideraciones generales sobre el Derecho penal del enemigo.....	17
1. Aproximación al concepto.....	17
2. Principales características del Derecho Penal del enemigo.....	76
3. Los principios del Derecho penal y el Derecho penal del enemigo	81
CAPÍTULO III	
Análisis de algunos aspectos del delito de apología indirecta del terrorismo en el Código Penal Español	89
1. Regulación del delito en el Código penal español	89
CAPÍTULO IV	
Conclusiones	139
Bibliografía.....	145

Abreviaturas utilizadas

Art., arts.	Artículo, artículos
CE	Constitución Política española
Cit.	Citado
Cfr.	Confrontar
Cp	Código penal
DP	Derecho penal
DP, PG	Derecho penal, Parte General
Ed.	Edición
Ej.	Ejemplo
FJ	Fundamento jurídico
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung – Strafrecht
LO	Ley Orgánica
Núm.	Número
pág.	Página
s/a	sin año
ss	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ZSt	WZeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Introducción

Después de los atentados del 11-S de las Torres Gemelas del World Trade Center en Estados Unidos, del 11-M en España o los perpetrados en Londres, el fenómeno del terrorismo centra el debate político internacional y se constituye como uno de los problemas que más preocupa a la sociedad actual. Lo relevante sobre el análisis de este fenómeno son las propuestas de solución que contra él brinda el Estado, porque han traído consigo la aplicación de políticas mayoritariamente de signo “pro securitate” y “contra libertatem”¹ que, en muchos casos, colisionan con las garantías que propugna el Estado liberal. Se advierte así una lucha entre derechos y poder, entre libertad y seguridad.

Destaca ZAFFARONI² que no era lo mismo caminar por un bosque hace doscientos años, donde la seguridad de los otros se conformaba con saber que no mataríamos ni asaltaríamos a quien se cruzase en nuestro camino, que andar hoy por el mundo, donde se exige precisión de movimiento de gato doméstico en medio de cristales para proporcionar seguridad a los demás y, sobre todo, al propio Estado.

1. FARALDO CABANA, Patricia, *Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, en Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 302.
2. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en Derecho penal, estudios de criminología y política criminal*, Dykinson, 2006, pág. 20.

Resulta innegable que acontecimientos como los señalados ocasionan un incontrolable sentimiento de inseguridad en la población, derivado tanto del incremento de este tipo de acciones, de la gravedad de las mismas y de sus resultados, como de la aparente impunidad en muchos casos. Y ello provoca que la sociedad reclame a los Estados y Gobiernos la aplicación de medidas extremas de intervención frente a estos comportamientos que implican, la mayor parte de ellos, una renuncia o recorte de las garantías básicas y de los derechos fundamentales, exigiendo también un incremento de la gravedad de los castigos que se impongan.

Ante esta creciente necesidad de seguridad frente a peligros (reales o presuntos), se ha atribuido sin duda un papel central al Derecho penal, dejando al margen cualquier otro tipo de política social (de control social) de diferente carácter.

Los problemas empiezan a surgir porque de la necesidad de llevar a cabo una respuesta eficaz, de carácter preventivo y, al mismo tiempo, represivo frente al nuevo fenómeno del terrorismo y otros de similar componente de violencia, se ha inducido a una expansión e intensificación del Derecho penal que se caracteriza mayormente por la atenuación de los estándares de garantías, tradicionalmente asegurados a los ciudadanos, y sus libertades individuales frente a injerencias indebidas de los poderes públicos en la esfera privada, en nombre de la exigencia de *hipereficiencia* de la lucha contra la criminalidad.

Sin embargo, si bien es cierto que la exigencia social de mayor intervencionismo e incremento de las penas pudiera llegar a comprenderse desde el prisma de la indignación y el miedo que causan los actos terroristas, ello no justifica, bajo ningún concepto, que los poderes públicos

actúen del mismo modo irreflexivo en un Estado de Derecho, es decir, “no debe dirigirse, objetivamente a expandir la cultura de la emergencia, siempre legitimante de los mecanismos de control”.³

De hecho, la reforma de las leyes penales no puede ni debe utilizarse como medio para manifestar que el legislador está identificado con determinadas preocupaciones de los ciudadanos, ni para acallar la indignación social, ni siquiera para tranquilizar a la opinión pública, entre otras cosas porque la “intranquilidad de la opinión pública” no constituye suficiente fundamento como para plantearse una reforma legislativa en materia penal.⁴

Por el contrario, la legislación y, con mayor motivo, la legislación penal por la gravedad de sus consecuencias, debe responder a un fundamento jurídico que radica en la constatación, por un lado, de la existencia de un bien jurídico merecedor y necesitado de protección y, por otro, de la inexistencia o deficiencia en la protección de ese bien jurídico o de algún aspecto relevante del mismo.⁵ Lo que nunca debe perderse de vista es que ni siquiera el más atroz de los comportamientos justifica que, en un Estado de Derecho, “se renuncie, obvie, manipule o aplique de modo discriminado las garantías constitucionales que reconoce el mencionado texto legal a todos los ciudadanos”.⁶

3. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal*, en Pena y Estado, 1991, pág. 11.

4. NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Problemas de delimitación de la conducta típica del art. 576 del Cp: colaboración con banda armada y conductas afines*, trabajo de investigación inédito, Sevilla 2002, pág. 11.

5. NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, op. cit., pág. 12.

6. NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, op. cit., pág. 13.

A pesar de ello, en los últimos años se ha visto una legislación penal que, por un lado, extiende la tipicidad, a veces incluso a enteros nuevos sectores de regulación, con lo que logra reducir inversamente el ámbito de lo impune, de la libertad, y por otro, ha endurecido significativamente la respuesta penal a conductas previamente reguladas, haciendo creer a la opinión pública que el crecimiento del punitivismo es la solución del problema.

Dentro de las propuestas de reacción penal han surgido modelos como el Derecho penal del enemigo que propone la aplicación de dos Derechos penales distintos, uno constituido por todas las garantías penales dirigido para los que respetan las normas, los ciudadanos; y otro para aquellos que se apartan permanentemente del ordenamiento jurídico y que por tanto pierden su categoría de personas y se configuran como enemigos. Contra ellos se establece que sólo es posible la guerra como respuesta y las garantías penales son flexibilizadas, o incluso suprimidas, pues se han desprendido de su capacidad para ser tratados como ciudadanos.

Esta tendencia se evidencia ya en el lenguaje empleado por los Estados Unidos, mediante expresiones como *war against the crime*, *war against drugs*, *fight against delinquency*, así como la afirmación de Bush: Quienes no estén con nosotros están en contra de nosotros, además de la tristemente famosa tolerancia cero y *three stricks and you're out*; y el eufemismo daños colaterales, en referencia a las víctimas "necesarias" en todo conflicto armado. Se trata de una política criminal con retórica de guerra con la cual se pretende ubicar al Derecho penal como instrumento bélico en vez de búsqueda de pacificación, y allí la palabra enemigo se colma de sentido, porque se llega al inaudito extremo de pretender justificar y admitir la tor-

tura, y acelerar un proceso por militarizar a los ciudadanos, resucitando los procesos de exclusión de grupos humanos ya utilizados por el nacionalsocialismo (enemigo de la nación), el fascismo (enemigo del Estado), el régimen soviético (enemigo del pueblo) y el de la seguridad nacional (subversivo),⁷ regímenes que originalmente se constituyeron como respuestas a fenómenos de emergencia y que luego se despojaron de su carácter pasajero y se convirtieron en regla.

Históricamente puede apreciarse que para enfrentar a estas “emergencias” sociales, el Derecho penal ha respondido con gran violencia, y es que ciertamente, como manifiesta MUÑOZ CONDE,⁸ “hablar de Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia”, pues la reacción penal ante los delitos más graves genera un mal para el que la sufre. Sin embargo, la violencia estatal no ha sido aplicada sin límites, sino todo lo contrario, se ha luchado para que se revista de las mayores garantías posibles.

Por ello, la incorporación en el ordenamiento jurídico de políticas como las que propone el Derecho penal del enemigo es preocupante, ya que como afirma QUINTERO OLIVARES,⁹ no es sólo que se resquebraje el ideal de igualdad, sino que la experiencia enseña que cuando las garantías se rebajan para unos acaban rebajándose para todos y,

7. ALLER, Germán, *El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, pág. 92
8. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 6ta edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 29.
9. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Adonde va el Derecho penal*, Madrid, Civitas, 2004, pág. 136.

lo que es peor, los problemas que se invocaron para justificar la “especialidad penal” por lo general no se han resuelto con ella.

Desafortunadamente, el legislador se ha decantado por hacer prevalecer la idea de seguridad a toda costa y está aplicando los postulados del Derecho penal del enemigo en la legislación penal.

Precisamente, en el presente trabajo de investigación se trata de resaltar no las consideraciones dogmáticas del Derecho penal del enemigo, sino cómo sus presupuestos ya están siendo incorporados en la legislación penal española a través de la penalización de conductas que no son delictivas sino que, muy por el contrario, constituyen parte de los derechos fundamentales, en este caso, la libertad de expresión.

La LO 7/2000 incluyó en el Código penal el tipo de enaltecimiento o justificación de actos terroristas (conocido como apología indirecta del terrorismo), que sanciona con pena de 1 a 2 años de prisión a todos aquellos que enaltezcan o justifiquen los delitos de terrorismo o sus autores. La introducción de este precepto responde a unas supuestas necesidades de criminalización que reclamaba la sociedad, movida por el fuerte rechazo que provocaban determinados actos realizados en entornos “pro terroristas” y que, tras el Código penal de 1995, eran difícilmente perseguibles como un supuesto de apología de los recogidos en el art. 18.¹⁰ Conforme a esta regulación quedaban al

10. Las fuertes críticas doctrinales que se habían vertido sobre la concepción amplia de la apología, en cuanto determinaba una confrontación con la libertad de expresión, contribuyó al diseño del art. 18 Cp sobre el patrón de la provocación o incitación directa, NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, op. cit., pág. 28.

margen de la intervención penal determinados comportamientos como la asunción, defensa, reivindicación, enaltecimiento o justificación de la actividad armada o de alguno de los miembros de la organización terrorista, que no encajaban en la definición legal de apología contenida en el art. 18 del Cp, pero que resultan rechazables para la mayor parte de la sociedad.

Sobre esta base, ante el clamor y la repulsa social que este tipo de comportamientos causaban y la impunidad con la que se realizaban algunas conductas que, en el sentir de la opinión pública, deberían considerarse delictivas, se introduce el art. 578 en el que se pretende prescindir del elemento de “incitación directa a la comisión de delitos en el ámbito del terrorismo”, es decir, se trataría de una apología “menos rigurosa” en la que sería suficiente con que de la acción se derive un riesgo genérico, indirecto o circunstancial, apto para la creación de un clima de aceptación social del terrorismo.¹¹

En este sentido, afirma NÚÑEZ CASTAÑO que “esta interpretación no puede ser aceptada; y tales manifestaciones o comportamientos, por mas repulsa moral, social o política que hayan tenido o merezcan, no expresan sino opiniones o creencias, especialmente rechazables en el momento en el que son formuladas, pero que tienen perfecta cabida en el marco del ejercicio legítimo de la libertad de expresión”.¹² De este modo, mediante el análisis de alguno de los elementos del tipo se pretende evidenciar que no estamos ante una conducta que merezca la intervención penal sino que se trata de un supuesto de censura a la libertad de expresión sin más.

11. NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, op. cit., págs. 29-30.

12. *Ibidem*, págs. 30 y 31.

Para ello el trabajo se divide en dos grandes partes. En un primer capítulo se brinda una aproximación al concepto del Derecho penal del enemigo desde la perspectiva que de él tienen sus precursores, las principales características que lo conforman y la relación de sus postulados frente a los principios del Derecho penal.

En el segundo capítulo se analizan algunos aspectos del delito de apología indirecta del terrorismo y se compara con las características del Derecho penal del enemigo para determinar si las manifestaciones de éste se encuentran reflejadas en el tipo; en otras palabras, demostrar que lejos de una acalorada discusión doctrinal, el Derecho penal del enemigo ya tiene acogida en las regulaciones penales internas.

Se finaliza con la exposición de una serie de conclusiones generales sobre lo desarrollado en el transcurso de trabajo que reflejan la postura de la autora.

Consideraciones generales sobre el Derecho penal del enemigo

Aproximación al concepto

En la última década la idea de seguridad nuevamente preside las iniciativas represivas que se imponen en la política penal. Así, desde el punto de vista político, el Derecho penal se presenta como un instrumento insustituible de comunicación social, entre cuyos fines se encuentra el actuar como medio de reafirmación simbólica de valores. El orden, la seguridad, la estabilidad, la eficiencia frente a la desorganización, la inquietud y el temor que se dejan sentir en las sociedades de nuestros días se reconducen a un miedo generalizado frente a la criminalidad.¹³

Tras los actuales modelos político-criminales de la seguridad se albergan funciones simbólicas vinculadas a

13. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Políticas de seguridad y Estado de Derecho*, en *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Fernando Pérez Álvarez, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pág. 1287. Expresaba RADBRUCH, “La existencia del orden jurídico era más importante que su justicia y su adecuación a un fin, en cuanto son estas las grandes tareas secundarias del Derecho, pero la primera por todos igualmente aceptada, la seguridad, esto es el orden, la paz”. Véase RADBRUCH, Gustav, citado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan, In – seguridad y lucha contra el terrorismo en LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, “Cedant arma togae”, Actas de coloquio internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 403

determinadas exigencias sociales,¹⁴ basadas en general en una sensación de inseguridad, que no necesariamente está acorde con la realidad, ya que “la percepción de los riesgos es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas”.¹⁵ Son muchos los factores que pueden incidir en la percepción de riesgo individual, téngase por ejemplo los constantes bombardeos de los medios de comunicación, la relevancia que adquieren determinados hechos durante campañas electorales, o la manifestación de casos aislados que tienen especial relevancia por su gravedad.

De esta manera se ha entrado en una dinámica que tiende a superar el hasta hace poco indiscutido modelo penal garantista y a sustituirlo por otro al que se ha denominado el modelo penal de la seguridad ciudadana.¹⁶

Esta política criminal podría corresponderse con las siguientes notas esenciales: 1. Incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva. 2. Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo. 3. Anticipación del momento en que pro-

14. DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, *El Derecho penal del enemigo Darf nicht Sein!*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, pág. 475.

15. CANCIO MELIÁ, Manuel, *De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, El discurso de la exclusión, Volumen I, ob. cit., pág. 368.

16. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-01, 2005, pág. 2.

cede la intervención pena. 4. Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales.¹⁷

Por lo tanto, siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS,¹⁸ podemos afirmar que el tipo de políticas aquí aplicadas tendrían variados sectores de intervención. Se identifica en primer lugar un bloque de comportamientos que podrían agruparse bajo el concepto de delincuencia organizada, concentrándose el núcleo de las intervenciones policiales en dos fenómenos delictivos ya tradicionales, el terrorismo y el narcotráfico. Un segundo bloque de conductas viene constituido por delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual donde se trata, ni más ni menos, que de intensificar intervenciones penales en el núcleo de la delincuencia clásica. El tercer bloque de comportamientos contenido en la nueva expansión securitaria supone ya el descenso a la criminalidad de la marginación y la exclusión social, se aprecian fuertes tendencias a extender las actuaciones policiales y judiciales, en especial a través de la idea de peligrosidad, a nuevos comportamientos hasta ahora no penados, a conductas asociales que se estiman el caldo de cultivo de la delincuencia.

Por tal motivo, la puesta en relieve de políticas de seguridad ciudadana es extremadamente delicada porque precisamente “la consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantías y seguridad”.¹⁹ Ello definiría que una acentuación de la se-

17. *Ibidem*, pág. 5.

18. *Ibidem*, pág. 15-17.

19. Citando a ZAFFARONI, DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, *op. cit.*, pág. 477.

guridad lleva necesariamente a un estado policial e incluso a un estado de terror porque la justificación de protección del ciudadano a través de políticas de seguridad con la restricción de derechos fundamentales siempre fue el justificativo encontrado por Estados autoritarios para combatir lo que alegaban ser caos e inseguridad.²⁰

Siguiendo a la línea apuntada, un nuevo avance en la configuración de las bases analíticas del modelo penal de la seguridad ciudadana se logra mediante la introducción de la distinción entre quienes merecen o no ser considerados ciudadanos de una determinada comunidad. Una vez que se ha tenido éxito en situar la discusión sobre los

20. CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, *Derecho penal del enemigo y Derecho fundamentales*, en CANCIO MELLÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, ob. cit. pág. 335. Como nos recordaba BARATTA, “los mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos fundamentales a favor de los ciudadanos “respetables” y a costa de los excluidos (inmigrantes, parados –desocupados–, indigentes, toxicómanos, jóvenes marginados, etc.) condicionan una reducción de la seguridad jurídica que, a su vez, alimenta el sentimiento de inseguridad en la opinión pública (...)” Citado por DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, ob. cit., pág. 481. En el mismo sentido, señala MUÑOZ CONDE que “Las políticas de seguridad nacional”, “seguridad ciudadana”, etc., se han utilizado siempre y con ese nombre por Estados autoritarios (o en períodos autoritarios de algunos Estados de Derecho) como pretexto para restringir derechos fundamentales y libertades ciudadanas en aras de una mayor eficacia frente el “desorden” y la “inseguridad”, el “caos” y el “libertinaje”, que según los inspiradores de estas políticas amenazan la paz de la convivencia social en un momento determinado. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2005, pág. 4. De la misma manera comenta DEMETRIO CRESPO Se trata, en definitiva, de un detrimento de la libertad basado en la lógica funcional del Estado preventivo, que preconiza un modo de actuar proactivo frente a los riesgos, y no como sería propio del Estado de Derecho, delimitando reactivamente de acuerdo con determinados principios y garantías. Véase DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, op. cit., pág. 481.

contenidos de intervención del moderno Derecho penal en el marco de la expansión securitaria, y se ha abogado por un relevante desplazamiento de los cometidos de prevención de la delincuencia desde la sociedad al propio delincuente, ha llegado el tiempo de degradar al delincuente para poder así justificar el rigor de las intervenciones penales que se planean.²¹

Este modelo de seguridad ciudadana ha logrado calar en la sociedad, que en aras de obtener una total seguridad y evitar el peligro que pudieran representar para la misma determinados sujetos, apoyan las políticas intervencionistas y restrictivas de los Estados, en detrimento de los espacios tradicionalmente consagrados a la libertad.

Es entonces, en esta vieja discusión de la tensa relación entre libertad y seguridad, que subyace la problemática del llamado “Derecho penal del enemigo”, porque precisamente, uno de los factores que más ha incidido en la concepción de combate a la criminalidad es que “la persona, el delincuente, se vuelve un peligro para la sociedad”, por tanto es inminente la necesidad de seguridad, para los otros, los ciudadanos.

El término de Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) es atribuido al penalista alemán Günter JAKOBS, quien lo menciona por primera vez en el Congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt a. M., en mayo de 1985, bajo el título “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico” (*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*).

En una primera instancia, señala que el Derecho penal de enemigos surge como una construcción relacionada

21. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, ob. cit., pág. 19.

estrictamente con la anticipación de la punibilidad para determinados autores, casos y bienes jurídicos, de carácter claramente temporal o pasajero, y opuesta a la definición del autor como ciudadano a quien, por lo mismo, se le debe aplicar un Derecho penal del ciudadano.²² Se identifica entonces bajo la rúbrica del Derecho penal del enemigo, un conjunto de normas que, al “correr” la frontera de la criminalización a estados previos a la afectación del bien jurídico,²³ saltaban las barreras de lo que debía ser un Derecho penal respetuoso de las garantías ciudadanas.

Sin embargo, para ésta época la concepción del enemigo la presenta de forma descriptiva e incluso crítica, posteriormente, en 1999, robustece el concepto con nuevos elementos y ya no parece tan convencido de su rechazo; para, finalmente, en 2003, recomponerlo por completo, afirmando de plano, que, no en todo caso pretende ser peyorativo, y señalando que éste no es siempre atribuible a quien lo aplica, sino que también puede ser provocado por su destinatario, con lo cual, en principio, estaría tomando partido por la aceptación de esta clase de Derecho penal.²⁴

22. DURÁN MIGLIARDI, Mario, *El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., 2006, pág. 731-732.

23. Por ello, JAKOBS postula que la incriminación de conductas en el ámbito previo a la comisión efectiva del hecho delictivo, no puede considerarse como actos preparatorios, tentativa o conductas de consumación, sino sólo en la medida en que a las personas que participan en dichos actos se les considere como enemigos a quienes no se les concede el estatus de ciudadanos. Citando a JAKOBS, DURÁN MIGLIARDI, Mario, op. cit, pág. 732.

24. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, *¿Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo”? Una aproximación crítica al concepto*,

Así, JAKOBS expresa que el Derecho penal del enemigo “Se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la (...) neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados actualmente como personas. Es verdad que el procedimiento para tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actuales no-personas. Indagando en su verdadero concepto, el Derecho penal del enemigo es, por tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo. Todo esto suena chocante y, ciertamente, lo es, pues se trata de la imposibilidad de una juricidad completa, es decir que contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad”.²⁵

en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, ob. cit., pág. 2.

25. JAKOBS, en ESER/HASSEMER/BURKHARD, *Strafrechtswissenschaft*, pág 53. Cit. por AMBOS, Kai, *Derecho penal del enemigo*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, ob. cit. 2006, pág. 141. Al respecto, ALCÓCER POVIS brinda una definición diciendo que “se trata del soporte teórico que explica la constitución de un orden político criminal caracterizado por una constante restricción o, más bien, anulación de principios, asociado con el establecimiento de fenómenos sociales –digamos, graves- como el terrorismo, la criminalidad organizada, tráfico ilícito de drogas, etc. Ciertamente, las actividades de tales individuos se concretan en la realización de hechos delictivos que ponen en cuestión la existencia misma de la sociedad. Asimismo, se habla de la aparición de un sustento doctrinal que nos muestra la existencia de un Derecho penal de doble dirección: con garantías para las personas y sin garantías para las no-personas”. Véase ALCÓCER POVIS, Eduardo, El Derecho penal del enemigo, ¿realización de una opción político criminal o de una criminal política de estado?, en Revista de Derecho penal, 2006, pág. 10.

Continúa manifestando JAKOBS "...la expectativa de un comportamiento correcto no puede ser mantenida contrafacticamente de modo ilimitado; más aún: no debe ser mantenida ilimitadamente, ya que el Estado ha de procurar una vigencia real del Derecho, por lo que tiene que proceder contra los quebrantamientos del Derecho cuya próxima comisión se percibe. Una expectativa normativa dirigida hacia una determinada persona pierde su capacidad de orientación cuando carece del apoyo cognitivo prestado por parte de esa persona. En tal caso, [...] *la expectativa normativa es sustituida por la orientación cognitiva, lo que significa que la persona –la destinataria de expectativas normativas– muta para convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo.*²⁶

Lo primero que se debe destacar del Derecho penal del enemigo es que según sus postulados, el fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, y, en la época moderna, la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad.²⁷

Siendo así, no importa la entidad del bien protegido, porque en realidad no hay más bien protegido que el status quo, la norma por el hecho de ser norma y con total independencia de sus fundamentos racionales. Todo lo que no sea obediencia ciega, con margen sólo para ocasionales errores o alguna caída aislada en la tentación, nos convierte en enemigos y nos despoja de los derechos como ciuda-

26. Citando a JAKOBS, CANCIO MELIÁ, Manuel, ob. cit., pág. 362.

27. JAKOBS, Günther, *¿Terroristas como personas en Derecho?*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, ob. cit., pág. 80.

danos.²⁸ Por tanto, se debe rendir fidelidad a la norma, sin cuestionamiento, no hay alternativas a la obediencia, “no hay espacio alguno para la discrepancia y la diferencia”.²⁹

Se le dice al ciudadano que si quiere seguir siendo persona y tratado como tal, en lugar de verse reducido al trato que recibe un animal, tiene que seguir siendo obediente.³⁰ Aquel que se comporta de manera permanente por fuera del pacto social, no recibirá tratamiento dentro de él. Así la persona es el destino de expectativas normativas correspondientes a roles, porque ser persona significa tener que representar un papel.³¹

De esta manera, cuando se fundamenta la función de la sanción penal en la preservación del derecho y no en la protección de bienes jurídicos, se puede hablar –y ello es sumamente peligroso hoy– no de transgresores de la ley, sino de traidores al Derecho: el derecho defendiendo al derecho, contra posibles traidores.³²

28. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, ob. cit., pág. 909.

29. ALLER, Germán, *El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, pág. 93.

30. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit., pág. 921-922.

31. GRACIA MARTÍN, Luís, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”* en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, pág. 25. Así manifiesta Kai AMBOS: En la aplicación del Derecho penal del enemigo yace el reconocimiento de la capacidad del autor de cuestionar de manera fundamental –y no sólo marginal– la vigencia de la norma. Véase AMBOS, Kai, ob. cit., pág. 142.

32. APONTE, Alejandro, *Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, ob. cit., pág. 197.

Por tanto, este derecho será aplicado declarando la “guerra a las no personas (*Unpersonen*)”, los enemigos, aquellos que no presentan seguridad cognitiva de funcionar dentro del marco normativo, o que se encuentran separados de él de forma permanente. “Los enemigos no son efectivamente personas” (*Feinde sind aktuell Unpersonen*, en el original alemán). Por tanto, no pueden ser tratados como tales,³³ ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”.³⁴

El sentido radica en que las personas, aquellas que cumplen con la norma y que por tanto se han ganado esa categoría, gozan de un derecho a la seguridad que debe ser proporcionado por el Estado. Así, “el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede verlos como personas que delinquen, personas que hayan cometido un error, o individuos que deben ser impedidos de destruir el ordenamiento jurídico mediante coacción”.³⁵ Por ello, en cuanto el Estado penetre en la esfera privada, en la “esfera ciudadana interna”, se “acaba la privacidad y con ella la posición del sujeto como ciudadano; sin su ámbito privado no puede existir el ciudadano”.³⁶

33. Citando a JAKOBS, MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, 2da ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 69.

34. JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, pág. 47.

35. Citando a JAKOBS, CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, ob. cit. pág. 329.

36. JAKOBS, ZStW 97 (1985), pág. 755, citado por AMBOS, Kai, ob. cit., pág. 133. Esta privación y negación de la condición de persona a determinados individuos sólo resulta posible en la medida en que se reconozca que la cualidad de persona, esto es, la personalidad, no es, en principio, algo dado por la naturaleza, sino más bien —y así parece que tiene que ser aceptado y reconocido— una atribu-

En resumen, enemigo es todo aquel que con sus comportamientos y/o en sus actitudes diverge de la propensión a la obediencia con que se delimita al ciudadano. Ciudadano es el que de hecho obedece y/o que en general quiere obedecer a todas las normas del sistema, si bien puede caer en ocasionales desfallecimientos de ese propósito o en errores aislados que lo hagan ser incongruente con él. Por eso el delincuente no meramente ocasional o irreflexivo no es ciudadano.³⁷

Desde este postulado, se puede inferir que la “persona” es algo distinto de un ser humano; este es el resultado de procesos naturales, y aquélla un producto social que se define como “la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia” [...].³⁸ Se entiende así que lo que define a la persona es, pues, el obrar vinculado al deber o por una obligación, un deber no de ser fiel a la norma, sino en evitar no reconocerla mediante un comportamiento que la infrinja;³⁹ se com-

ción normativa, ya sea de carácter moral, social y/o jurídico. En este sentido, pues, dice DEL LAGO, “una persona existe sólo en tanto que su ‘humanidad’ no ha sido revocada o anulada”. Véase GRACIA MARTÍN, Luís, ob. cit., pág. 23.

37. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit., pág. 907-908.

38. GRACIA MARTÍN, Luís, ob. cit., pág. 25.

39. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El Derecho penal del Enemigo y el Estado democrático de Derecho*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, ob. cit., pág. 813. DONNI señala que la categoría del enemigo, que aquí ha de entenderse es como enemigo público (hostis), esto es enemigo de las instituciones, de la sociedad, del Estado, y que se coloca por tanto en una línea no ocasional de ruptura del pacto social, en vez de como mero adversario privado (inimicus). Continúa expresando que “esta diferenciación puede asumirse dentro de una lógica binaria, o bien fuzzy. Según la lógica binaria, no existen matices entre el enemigo y el amigo, o entre el ciudadano y el enemigo; se trataría de dos categorías in-

prende fácilmente que todo individuo que no obre de ese modo ha de quedar excluido del concepto de persona.⁴⁰ En otras palabras, el sujeto de imputación jurídico-penal destinatario de las normas no es un ente natural o psico-físico, sino una persona configurada socialmente.

Así, según la óptica de JAKOBS, la concepción real de persona, que dirige la orientación, no se genera por el mero hecho de ser postulada, sino, por el contrario, han de concurrir además determinadas condiciones. Por ello, manifiesta JAKOBS, la proposición “en Derecho, todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona” es incomple-

comunicables, de lógicas irreconciliables: una de diálogo y la otra de guerra, una respetuosa de todos los derechos fundamentales y políticos, la otra no. Sin embargo, se pueden admitir matices entre los dos opuestos, porque no existe (salvo en casos excepcionales) una realización “pura” del Derecho penal que sea sólo amistosa o sólo belicosa. Sus diversas formas sugieren que resultan más útiles definiciones de tipo enciclopédico, antes que “de tipo diccionario”. Por lo tanto, adoptando esta segunda postura, se podrían tener formas del Derecho penal del enemigo incluso “dentro” de manifestaciones diarias del Derecho penal ordinario”. Véase DONINI, Massimo, *El Derecho penal frente al “enemigo”*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 607-608. Sin embargo, JAKOBS manifiesta que ambas categorías no pueden confundirse ni mezclarse, pues el Derecho que se aplica a uno es completamente diferente del que es aplicable al otro, como el mismo diría, quien confunde persona y no persona podría confundir lo que es guerra con proceso penal. Independientemente de cuál sea la fundamentación teórica del concepto de persona que se estime más correcta, es cierto, sin duda, que el ordenamiento jurídico parte de un concepto de persona entendido como construcción normativa en algunos de sus ámbitos particulares, sobre todo en el Derecho civil y en el Derecho público. A este respecto es clásica ya la doctrina de KELSEN. “La llamada persona física” —dice— “no es por lo tanto un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que atribuyen deberes y derechos al mismo hombre. GRACIA MARTÍN, Luís, pág. 34-35.

40. GRACIA MARTÍN, Luís, ob. cit., pág. 25.

ta; además, ha de determinarse quién debe procurar cuáles de las condiciones para convertir en realidad esa concepción, y en este contexto debería resultar evidente que la responsabilidad de un suficiente apoyo cognitivo queda anotado en el deber de la propia persona, al menos en lo que se refiere a la prestación, fiable a grandes rasgos, de fidelidad al ordenamiento.⁴¹

Por lo tanto, desde la perspectiva del Derecho penal del enemigo aquello que habría que demostrar antes que nada es precisamente el status de enemigo, pues al constituirse como no persona,⁴² éste ya no se configura como un sujeto, sino meramente un objeto del Derecho.

De esta manera, se puede decir que una norma penal contendría el siguiente mensaje triple: a) al que obedezca no puede imponérsele ningún castigo; b) al que desobedezca puntualmente o sin intención de cuestionamiento radical se le impone la sanción típica; c) al que desobedezca reiteradamente o al que (aún sin desobedecer: adelantamiento de las fronteras de la punibilidad) tenga intención de desobediencia radical (enemigo) se le puede imponer cualquier castigo o medida.⁴³

Según GARCÍA AMADO, en resumen el Derecho penal funcionaría con arreglo al siguiente esquema: a) existe un modelo de ciudadano, normativamente sentado, por cuanto que ciudadano es el que acata las normas; b) el ciudadano

41. JAKOBS, Günther, op. cit., pág. 82-83. En discrepancia señala APONTE, "Polémica es, sobre todo, su visión funcionalista del Derecho penal y la legitimación de éste a partir de nuevas funciones atribuidas a la pena, como es la búsqueda de afirmación de la estructura social vigente (...) más aún, lo es, su filosofía de la fidelidad ciudadana al derecho". Véase, APONTE, Alejandro, ob. cit., pág. 164.

42. AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo, ob. cit., pág. 136.

43. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, pág. 902-903.

que no tiene la actitud debida de acatamiento actual o futuro de las normas es un contramodelo, encierra una propuesta de “ciudadanía” distinta; c) el castigo de tal ciudadano refuerza la vigencia no de las reglas, sino del modelo de ciudadano, pues las reglas son contingentes en sus contenidos, en cuanto lo que importa es la actitud de sumisión de los sujetos.⁴⁴

En este punto, surge la interrogante de ¿quién determina quiénes son los enemigos? La respuesta de SCHMITT no podría ser otra: el político, o sea, el soberano. En caso de conflicto extremo es el soberano (político) quien decide si la alteridad del extraño en el conflicto concretamente existente significa la negación del modo propio de existencia y si por ello es necesario defenderse y combatir, para preservar el propio, peculiar, medio de vida.⁴⁵

Todo esto pone en evidencia que la condición de enemigo no es algo que preexista al Derecho penal y, en consecuencia, es el Derecho penal del enemigo el que crea los enemigos del Derecho penal y no al revés.⁴⁶

GROSSO GARCÍA expone que si se retoma la idea de que el enemigo es una amenaza constante, habría que establecer primero un marco general de lo que es esa amenaza y luego entrar a identificar por qué determinadas conductas son indicativas de la existencia de esa amenaza. Pero si lo que se hace (como en efecto sucede) es identificar al enemigo a partir del tratamiento que el legislador penal le da a determinadas expresiones de la criminalidad, lo que

44. *Ibíd.*, pág. 921.

45. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La legitimación del control penal de los “extraños”*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 1143.

46. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, op. cit., pág. 12.

implícitamente se está afirmando es que la condición de enemigo es algo que decide el legislador penal y no algo que exista en el mundo.⁴⁷

Ante esta negación de la condición de persona a los infractores habituales de la norma surgen diversas críticas, partiendo la mayoría de ellas de la idea de que la categoría de no persona es el vehículo de una nueva antropología de la desigualdad,⁴⁸ en ningún caso admisible, pues además de ser proclive a la desinstitucionalización, el Derecho penal del enemigo, en el estudio de JAKOBS, también puede concebirse como una forma institucional o institucionalizada de derecho, fundada empero en la exclusión.⁴⁹

En Derecho penal, el sujeto tanto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por una persona normativa o jurídica, esto es, entendida como una construcción social y normativa, sino que aquél no puede estar representado por nada más que por el hombre, por el individuo humano.⁵⁰ Individuo que solo por el hecho de serlo tiene derechos inalienables, sobre todo al respeto de la dignidad humana. Por lo tanto, la calidad de persona es una atribución.⁵¹

47. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, op. cit., pág. 10.

48. FERRAJOLI, Luigi, El Derecho penal del enemigo, en *Jueces para la democracia*, No 57, Noviembre, 2006, pág. 6.

49. APONTE, Alejandro, ob. cit., pág. 169.

50. GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 38.

51. CANCIO MELIÁ, Manuel, ob. cit., pág. 371. Véase nota 87. El Derecho penal debe partir de que tanto los conflictos para los que proyecta decisiones como las consecuencias que establece tienen lugar en un mundo físico y en una realidad social “protagonizada por la interacción de personas dotadas de un psiquismo que tiene sus estructuras” Como ya indicara MAIWALD, en Derecho penal “sujeto de la imputación es el hombre, si y en la medida en que actúa responsablemente”. Por eso mismo, el sujeto de las consecuencias

Según MUÑOZ CONDE, en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano nadie puede ser nunca definido como no persona.[...] ⁵²

jurídico-penales también es el hombre y no la persona, tal como lo enfatiza SCHÜNEMANN al decir que “el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso”. Véase GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 37. Por lo que, la diferencia directriz enemigo-persona es una contradicción, porque sólo quien se comporta como persona puede ser catalogado como enemigo. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, ob. cit., pág. 45. Como dijera Arthur KAUFMANN, el centro de gravedad y el quicio de una fundamentación jurídica no funcionalista es el concepto de persona, pues éste constituye la medida indisponible del Derecho correcto. La persona responsable constituye “el polo superior, del que pende toda teoría jurídica”, si es que quiere reconocerse al Derecho como algo distinto a un mero ejercicio de fuerza o poder, es decir, si quiere reconocerse a aquél como un orden que se impone en virtud de su carácter obligatorio, y no como uno que se impone por medio de meros actos de coacción de un poder superior. “Todo mandato, por eso, que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica” —dijo WELZEL— “tiene que reconocer a esta persona como persona”. En caso contrario, la regulación queda reducida a mera fuerza o coacción, y esto “convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas”. Por el contrario, “el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho”. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 30.

52. MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y le Derecho penal de su tiempo, ob. cit, pág. 119. Para GRACIA MARTÍN, este concepto, aunque lo suscribe, no es suficiente pues señala que tales reglas de la imputación no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo, es decir, de una determinada concepción del ser humano, de la sociedad y del Estado. Por lo que, según su opinión, JAKOBS no encontraría dificultades serias para superar estas objeciones de MUÑOZ CONDE, pues el concepto de persona que utiliza Jakobs, en cambio, y como ya se ha visto en detalle, está por encima del ser humano, pues es sólo una construcción normativa que se atribuye a los hombres, si bien no a todos. Véase GRACIA MARTÍN, op. cit., pág. 41-42.

Así comenta GRACÍA MARTÍN: “esta idea de la dignidad humana vinculante para el Derecho constituye, a mi juicio, el argumento decisivo contra el Derecho penal del enemigo. [...] Un Derecho penal del enemigo podría encontrar un espacio legítimo únicamente en el caso de que el Derecho penal “ordinario” tuviera como destinataria a la persona o, si se prefiere, al ciudadano, pues un despojo de estas condiciones deja al descubierto al individuo humano, y dicho despojo aún dejaría un espacio de legitimidad para una regulación jurídica que, aun siendo diferente y excepcional, no entrara en conflicto con la dignidad del ser humano”.⁵³

De lo contrario, “remite a un tiempo de la filosofía penal del derecho y teoría criminal política premodernas, que sólo percibía al criminal como quebrantador de normas, como el “extraño” del que había que deshacerse. La tradición moderna, al contrario, hilada dentro de la filosofía política de la época de las luces, estuvo en capacidad de justificar los derechos humanos y del ciudadano como fundamentos de Derecho penal y Derecho penal procesal, y permitir observar al criminal como partícipe del contrato social”.⁵⁴

Por otro lado, si se parte de que contra el enemigo sólo es posible la coacción, pues ha perdido su estatus de persona por considerarse una mera fuente de peligros para la sociedad al no demostrar ni pretender ninguna fidelidad a las normas, se genera así la impresión de que existen hombres que básicamente se comportan o bien conforme a Derecho o bien contra el Derecho. Por lo tanto, si la coacción se dirige a los que representan una fuente de peligros por

53. GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 33

54. Citando a HASSEMER, APONTE, Alejandro, ob. cit., pág. 172.

comportarse contra el Derecho, lo que decide sobre la pertenencia al grupo de los enemigos no es el hecho, sino las características del autor.⁵⁵

Por consiguiente, si el “Derecho penal del enemigo” no busca estabilizar normas (prevención general positiva), sino que demoniza (excluye) a determinados grupos de infractores, recuerda mucho al “Derecho penal de autor” que propugnaron los penalistas nazis, según el cual lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la “perversión”, “inclinación o tendencia al delito” o “peligrosidad criminal” que pudiera tener su autor.⁵⁶

Hay ejemplos históricos de regímenes jurídicos contruidos sobre el modelo de las “no personas” o los enemigos, cuya fuerza de evocación es tan intensa que desbaratará cualquier concepción conceptual deseosa de recuperar aquel concepto, de “domesticar” aquella categoría mediante un uso que, en todo caso, quedará en una peligrosa situación de inestabilidad hacia el abandono de demasiadas garantías.⁵⁷

55. AMBOS, Kai, ob. cit., pág. 137-138.

56. MUÑOZ CONDE, Francisco, De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo, ob. cit., pág. 49. Así mismo, refiere Kai AMBOS, al mencionar que en las Jornadas de Profesores de Derecho penal que tuvieron lugar en Frankfurt am Main en el año 1985, JAKOBS todavía utilizaba el concepto de Derecho penal de enemigo como un topos para el análisis crítico-descriptivo del Derecho penal alemán vigente. Éste comprendía disposiciones que transformaban el autor penal en una mera “fuente de peligros”, en un “enemigo del bien jurídico”, privándole así de su esfera privada y de su estatus como ciudadano. Véase AMBOS, Kai, ob. cit., pág. 132. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel, pág. 368. Así manifiesta: el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado “hecho”, sino también (o:sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro, pág. 355.

57. DONINI, Massimo, op. cit., pág. 642.

Téngase como ejemplo los casos en los que, desde la inquisición con sus enemigos “las brujas”, pasando por la Alemania del nacionalsocialismo y sus “judíos, o más recientemente la guerra de Irak después de septiembre 11 con los “terroristas”, la categoría de no persona o enemigos, han servido como justificación a los más atroces crímenes.

En todos estos casos, la persona se juzga en virtud de lo que es o de lo que se cree que es; se lo juzga sobre la base de su potencial peligrosidad, que se estima además que le es inherente, más que por aquello que efectivamente ha cometido.⁵⁸

Por ello, la sustitución de la perspectiva del “hecho”, por la perspectiva del “sujeto” como “fuente de peligro” de futuros hechos delictivos, invierte la fundamentación de la intervención penal y su finalidad.⁵⁹ Siendo así, el Derecho penal del enemigo ya no se preocupa por la protección de bienes jurídicos sino por combatir la peligrosidad del autor, esto demuestra la incompatibilidad del Derecho penal del enemigo con el principio del hecho.

En la doctrina tradicional, el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la “actitud interna” del autor.⁶⁰ La actitud del autor interesa en

58. Citando a FERRAJOLI, Luigi, APONTE, Alejandro, ob. cit., pág. 169.

59. ASUA BATARrita, Adela, *El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, ‘finalidades terroristas’ y conductas periféricas*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, pág. 240.

60. CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 373.

cuanto a la manifestación de ésta por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

El resultado inmediato que se genera es que una vez producido el “etiquetamiento” del hecho, pero en realidad también del autor, se pueden derivar consecuencias de status, una suerte de cualificación personal que incide sobre el régimen de las medidas de prevención, sobre las cautelares, sobre la prueba, sobre la ejecución penal, sobre la cooperación internacional, sobre la extradición, pero también sobre las medidas premiales, etc.⁶¹ Precisamente porque el autor es “símbolo” de la enormidad de un hecho y su castigo debe “expresar” públicamente la restauración de los valores pisoteados, la inevitabilidad de la pena y el mensaje moral de la lucha contra él.⁶²

En conclusión, desde todo punto de vista y teniendo en cuenta las terribles consecuencia que de él se derivan, es completamente inaceptable la reutilización del Derecho penal de autor pues se delinque en cuanto se actúa no en cuanto se es.

Sin embargo, para la postura mantenida por JAKOBS, existirían entonces dos clases de Derecho penal: uno limitado, racional, para personas titulares derechos y deberes; y otro, para enemigos, de carácter ilimitado, al margen del Estado de Derecho. Fundamentando en criterios de eficacia, admite JAKOBS, el derecho del Estado a “procurarse seguridad ante individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos” ya que son peligrosos, y un derecho de los ciudadanos “a exigir del Estado

61. DONINI, Massimo, ob. cit., pág. 624.

62. DONINI, Massimo, ob. cit., pág. 633.

que tome las medidas adecuadas, es decir tienen un derecho a la seguridad”.⁶³

Esto significa, entonces, que el Derecho penal del enemigo tiene que constituirse en referencia a algún paradigma sustancialmente diferente al del Derecho penal ordinario y que sus reglas sean unas completamente diferentes a las de éste, pues de lo contrario, si fueran coincidentes, ya no se trataría de ningún ordenamiento distinto de carácter excepcional y autónomo.⁶⁴

Esto evoca el caso de la Alemania nacionalsocialista donde, como se comentaba con anterioridad, el famoso penalista alemán MEZGER, en los informes que redactó en 1943 para el régimen nacionalsocialista acerca de un proyecto de ley sobre el tratamiento de “Extraños a la comunidad”, decía lo siguiente:

“En el futuro habrá dos (o más) Derechos penales:

- un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y
- un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo deben incluirse a la persona en cuestión... Una vez que se realice la inclusión, el Derecho especial (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas...

63. MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luís, *El Derecho penal del enemigo: evolución (o ambigüedades) del concepto y su justificación*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, El discurso de la exclusión, Volumen II, op. cit., pág. 331.

64. GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 22.

Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un nuevo comienzo).⁶⁵

Así comenta MUÑOZ CONDE, que el Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder.⁶⁶ “No puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal”.⁶⁷

En España SILVA SÁNCHEZ ha incorporado el fenómeno del Derecho penal del enemigo en su propia concepción político-criminal. De acuerdo con su posición, en el momento actual se están diferenciando “dos velocidades” en el marco del ordenamiento jurídico-penal: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos –tratándose figuras delictivas de nuevo cuño-, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas “clásicos”. [...] la imagen de las “dos velocidades” induce inmediatamente a pensar (...) en el Derecho penal del enemigo como “tercera velo-

65. MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 73-74.

66. *Ibidem*, pág. 75.

67. *Ibidem*, pág. 83-84.

cidad”, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la “flexibilización” de los principios político-criminales y las reglas de imputación.⁶⁸

De manera que el “modelo del enemigo” ya no remitiría a previsiones de carácter “excepcional”, de vigencia necesariamente temporal y para situaciones de “crisis de legitimación” del Estado, sino que se inserta como el “otro polo” del Derecho penal ordinario, una intervención penal de “tercera velocidad”,⁶⁹ en la que se rebajan los criterios de imputación del Derecho penal del hecho y las garantías procesales, a la vez que se incrementa la intensidad de la coacción (pena, o medida de inocuización) sobre el infractor peligroso.⁷⁰

Si bien SILVA SÁNCHEZ⁷¹ no le niega el carácter de Derecho a este Derecho penal de excepción (al que llama de tercera velocidad), señala claramente que tendría que quedar reducido “a la mínima expresión”. Podría decirse que GRACIA MARTÍN no opinaría distinto si es que el Derecho penal del enemigo no entra en conflicto con la dignidad del ser humano, pero agrega que, en tales circunstancias, este Derecho penal no sería un Derecho penal de excepción, sino un ámbito particular del Derecho penal.⁷²

68. CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 358-359.

69. Citando a SILVA SÁNCHEZ, ASUA BATARRITA, ob. cit., pág. 244.

70. ASUA BATARRITA, Adela, ob. cit., pág. 244.

71. Citado por, GARCÍA CAVERO, Percy, *¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, ob. cit., pág. 927.

72. GARCÍA CAVERO, Percy, ob. cit., pág. 927.

Por su parte, CANCIO MELIÁ señala que el concepto de Derecho penal del enemigo supone un instrumento idóneo para describir determinado ámbito, de gran relevancia, del actual desarrollo de los ordenamientos jurídico-penales. Sin embargo, como derecho positivo, el Derecho penal del enemigo sólo integra nominalmente el sistema jurídico-penal real: “Derecho penal del ciudadano” es un pleonismo, “Derecho penal del enemigo”, una contradicción en los términos”.⁷³

Para SHEEREER, el Derecho penal del enemigo es algo así como una simple reacción, una respuesta-de-facto del Estado, por lo tanto no puede ser Derecho penal, no en la concepción liberal del Estado de Derecho. [...] El sistema punitivo es la materialización misma del poder estatal –y no sólo estatal– y punta de lanza del Estado de policía. Si esto, como señala ZAFFARONI, es así, entonces no puede existir algo así como un Derecho penal del enemigo. Existiría en todo caso una legislación penal del enemigo, o una legislación punitiva del enemigo, pero nunca un Derecho penal del enemigo, ya que “En la medida en que el discurso jurídico legitima el poder punitivo discrecional y, por ende, renuncia a realizar cualquier esfuerzo por limitarlo, está ampliando el espacio para el ejercicio del poder punitivo por los sistemas penales subterráneos”.⁷⁴

Señala MUÑOZ CONDE, que los “(...) derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la de presunción de inocencia, a la tutela

73. CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 343.

74. Citando a ZAFFARONI, SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 923.

judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho...”⁷⁵

Por lo tanto, resulta vital resaltar que no se puede racionalizar el uso del Derecho penal al margen del Estado de Derecho, aún cuando se trate de crímenes muy graves. El Estado, en ningún caso, puede actuar de manera semejante a un delincuente, no puede, parafraseando a JAKOBS, actuar como un “enemigo”.⁷⁶ Y es que precisamente, como se argumentaba con anterioridad para referirnos al caso de los terroristas, por muy significativo que sea el delito o por el gran desvalor que conlleve la conducta, ello no lo convierte en un acto de guerra, sino en una contravención a la norma, muy grave si se quiere, pero una contravención al fin.

Una respuesta de este Derecho penal, como la que propone JAKOBS, basada en la eficacia de su aplicación, vendría a retomar la premisa de que “el fin justifica los medios” y aquí radica lo criticable a la posición de JAKOBS, precisamente en legitimar el medio en función del fin perseguido.⁷⁷ Se debe partir de que “a buenos fines buenos medios” y no existe forma alguna de darle vida a este concepto sino por el uso de las garantías penales propias del Estado de Derecho. Y es que bajo ningún concepto, la validez puede derivarse en ningún caso de la eficacia.⁷⁸ Es-

75. Cit. por MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luís, ob. cit., pág. 333. (ver nota a pie de página número 35)

76. MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luís, ob. cit., pág. 338.

77. MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luís, ob. cit., pág. 335.

78. DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, op. cit., pág. 495.

tado de necesidad de la policía al torturar al terrorista con la bomba autoriza a hacerlo en otros casos. Se trata de una prohibición absoluta que no debe permitir excepción jurídica alguna.

Aun con la severidad con la que se pretende aplicar el “Derecho penal” la función del Derecho penal del enemigo es puramente simbólica, puesto que no evidencia ninguna competencia a la solución de los problemas actuales, despertando posibilidades de solución que no pueden cumplirse en la realidad.⁷⁹

Las perspectivas planteadas, pueden a grandes rasgos, englobarse en cuatro maneras distintas de percibir el “Derecho penal del enemigo”: la primera (JAKOBS), que lo entiende como una nueva forma de ejercicio del Derecho penal, que al lado de la “forma tradicional” debe obtener un reconocimiento y ser objeto de análisis científico y de construcción dogmática, para evitar que se confunda con el Derecho penal del ciudadano. La segunda (CANCIO MELIÁ), que lo identifica como aquello que no es ni puede ser Derecho penal, que encontraría la utilidad del concepto en permitir identificar qué de lo que hay en el interior de la legislación penal es y qué no es Derecho penal; en tercer lugar (SILVA SÁNCHEZ), se entiende el Derecho penal del enemigo como clase de Derecho penal que pretende afrontar determinadas formas excepcionales de criminalidad, que requieren de medidas más drásticas que las del Derecho penal garantista, pero que sólo es aceptable en forma transitoria y excepcional, y en cuarto lugar

79. SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, ob. cit., op. cit., pág. 933.

(APONTE), aquella que entiende que el Derecho penal del enemigo no es cosa distinta que una estrategia eficientista complementaria a la estrategia militar, mediante la cual se pretende combatir al enemigo interior.⁸⁰

Sin embargo, concuerdo plenamente con MUÑOZ CONDE cuando señala que no cree que se ayude mucho a clarificar esta postura negándole al “Derecho penal del enemigo” el carácter o incluso el nombre de “Derecho penal”, pues el problema principal que aquí se plantea no es una cuestión de nombres, sino de contenidos.⁸¹

Y es que no es seguro que todo lo que últimamente se quiere identificar como Derecho penal del enemigo pueda, en rigor, recibir tal calificativo, tampoco que el Derecho penal del enemigo sea una perversión abusiva del Derecho penal democrático, que constituye algo que no es ni puede ser Derecho, o que se trate de una tercera vía del Derecho penal con carácter excepcional.⁸² Se discute, si se trata del producto de una coyuntura derivada de las circunstancias y en consecuencia es algo transitorio, o si por el contrario, es una nueva manera de hacer Derecho penal, que tiene pretensiones de permanencia y obliga a replantear las bases de lo que hasta ahora se entendía que debía ser Derecho penal democrático.⁸³

Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal

80. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, *ob. cit.*, pág. 25.

81. MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, *ob. cit.*, 87-88.

82. Refiriéndose a SILVA SÁNCHEZ, GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, *op. cit.*, pág. 3.

83. *Ibíd.*, pág. 4.

moderno, es decir, de la actual tendencia del Derecho penal que, en general, da lugar, formalmente, por un lado, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél y por otro, a una intensificación en la regulación de los ya existentes; y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho.⁸⁴ Cabría aquí preguntarse si la modernización del Derecho penal planteada desde esta óptica es una evolución o una involución.

84. GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 2. CANCIO MELIÁ expresa que la evolución político-criminal puede resumirse en lo esencial en dos fenómenos: el llamado “Derecho penal simbólico” y lo que puede denominarse “resurgir del punitivismo”. [...] Amabas líneas de evolución, la “simbólica” y la “punitivista” (...) constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo. Así, expresa que en la “Parte Especial” de este Derecho penal simbólico, corresponde especial relevancia –por mencionar sólo este ejemplo–, en diversos sectores de regulación, a ciertos tipos penales en los que se criminalizan meros actos de comunicación, como, por ejemplo, los delitos de instigación al odio racial o los de exaltación o justificación de autores de determinados delitos. Véase CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 345. En sentido opuesto se manifiesta TERRADILLOS, pues considera que no hay una línea de continuidad entre la expansión penal en el ámbito económico o la primacía de las fuentes simbólicas por un lado y, por otro, el Derecho penal del enemigo. Éste no puede presentarse como la continuación “natural” de aquéllas, porque no lo es. Aunque se lucre, de manera espuria, de ciertas líneas argumentales que, desde la ingenuidad, han aceptado la relativización de los principios limitadores propios del Derecho penal clásico, cayendo en el candoroso error de olvidar que, una vez derogados algunos de esos principios para supuestos concretos, se abre el portillo para que el edificio garantista entero se resquebraje. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. Ma., Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, ob. cit., pág. 1014.

Por ello, es posible inferir que más próximas al Derecho penal del enemigo se encuentran ciertas manifestaciones de lo que se ha venido llamando ideología de la emergencia,⁸⁵ pero atribuyéndole un carácter permanente. Lo que en realidad, como se dijo, constituye la verdadera preocupación de la aplicación de este Derecho penal.

Descrito de esta manera se permite concluir que, si por Derecho penal del enemigo se debe entender el uso abusivo e hipertrófico del Derecho penal como instancia de solución de conflictos, mediante la inflación punitiva, el recorte de garantías y el incremento desmedido de las penas, habría que decir que el Derecho penal del enemigo no es nada nuevo y que, por el contrario, se trata de una vieja práctica contra la cual ha venido librando su lucha el Derecho penal liberal desde sus inicios.⁸⁶

Para ZAFFARONI, no es ninguna novedad que se teorice una represión penal plural: por un lado, para los patibularios (¡Mátenlos!) y para los locos y molestos (¡Fuera de aquí!), y, por otro, para los ocasionales (Gente más pe-

85. TERRADILLOS BASOCO, J. Ma., ob. cit., pág. 1014.

86. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, op. cit., pág. 27. De la misma manera, FERRAJOLI expone que es característica de la cultura de la emergencia el cambio de las fuentes de legitimación del sistema punitivo, que regresa, en lo sustantivo, a los viejos sistemas sustanciales propios de la tradición penal autoritaria, y, en lo procesal, a técnicas inquisitorias. Citando por TERRADILLOS BASOCO, J. Ma., ob. cit., pág. 1014. Así mismo, GRACIA MARTÍN expresa que este tipo de legislaciones de emergencia, no pueden ser partícipes de la idea del Derecho y desde el punto de vista material no se les debe poder reconocer otro rango que el de meros dispositivos de coacción. Por otro lado, si es cierto —y, a mi juicio, lo es— que, como observa Elías Díaz, no es lo mismo Estado con Derecho que Estado de Derecho, en los Estados totalitarios no puede reconocerse a ningún Estado de Derecho. Véase GRACIA MARTÍN, Luís, ob. cit., pág. 4.

recida a uno que se equivoca).⁸⁷ Las técnicas y los justificativos de supresión de garantías no se modificaron mucho; tal vez se hayan convertido en más sofisticadas consecuencias de los avances tecnológicos, pero permanecen semejantes en su esencia.⁸⁸

Por consiguiente aparecería así un “Derecho penal de la emergencia”, como espacios temporales dentro del Derecho penal “normal”. Si este fuera el caso, el peligro radica en que puede transformarse en regla y lo provisional convertirse en una constante del sistema.⁸⁹

Y es que precisamente, a pesar de ser un tema de la modernidad se dice que el Derecho penal del enemigo es un replanteamiento de conceptos de exclusión que vienen infiltrados en el Derecho desde tiempos antiguos, porque sus cimientos o bases conceptuales son de épocas que le anteceden. La consideración del delincuente habitual como un enemigo –o más concretamente, lo que viene a ser lo mismo: como un “tumor canceroso que debe ser eliminado del cuerpo político”– se puede entender presente ya en la teoría del pacto social de la sofística griega del siglo V a. C. En el mito de Prometeo, Zeus ordena “que al inca-

87. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La legitimación del control penal de los “extraños”*, ob. cit., pág. 1117.

88. CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, ob. cit., pág. 340.

89. SCHEERER considera que el Derecho penal del enemigo es Derecho de crisis, y en la misma medida en que las crisis son fenómenos “habituales” de sistemas políticos de poder –en el cual la conquista, el sometimiento y la desmantelación del poder político se basan en la creación o utilización de situaciones de crisis– también lo es el Derecho penal del enemigo. Así, SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 926.

paz de participar del honor y la justicia lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad”.⁹⁰

Sin embargo, el concepto bien preciso de enemigo se remonta a la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*. El *inimicus* era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el *hostis*, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. “El extranjero, el extraño, el enemigo, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba fuera de la comunidad”.⁹¹

90. GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 12. ZAFFARONI plantea que la prehistoria del Derecho penal del enemigo puede buscarse en Protágoras y en Platón. Este último desarrolló, por vez primera en el pensamiento occidental, la idea de que el infractor es inferior por su incapacidad para acceder al mundo de las ideas puras y, cuando esta sea irreversible, debe ser eliminado. Protágoras sostenía una teoría preventiva general y especial de la pena, pero también postulaba un Derecho penal diferencial: los incorregibles debían ser excluidos de la sociedad. Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., pág. 1126.

91. La palabra *hostis* proviene de la raíz *sánscrita ghas*, que alude a comer, lo que explica su origen común con *hostería*. *Hostire* también significa matar y *hostia* tiene el sentido de víctima. Para ZAFFARONI el *hostis* no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídico-penal (...). Se trata de un concepto que en versión original y matizada, a cara descubierta o con mil máscaras, a partir de Roma, atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad, no sólo en el pensamiento de juristas sino también en el de algunos de sus más destacados filósofos y teóricos políticos, recibiendo especial y hasta regocijada bienvenida en el Derecho penal. Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en Derecho penal, estudios de criminología y política criminal*, Dykinson, 2006, pág. 22-25. En el mismo sentido German ALLER destaca que en la antigua Roma, el *hostis populi romani* era el enemigo del pueblo romano y significaba que era objeto de venganza pública. Véase ALLER, Germán, ob. cit., pág. 89. Según SCHÜNEMANN el concepto de enemigo no provino de la Teoría

Ciertamente, la fundamentación que JAKOBS le atribuye al Derecho penal del enemigo es de carácter, más que dogmático, filosófico,⁹² basado principalmente, como él mismo aduce, en HOBBS y KANT, sin dejar de lado a otros grandes filósofos de la época.

Se puede decir así que, a grandes rasgos, los fundamentos (filosóficos) del Derecho penal del enemigo parten de (a) El enemigo, al infringir el contrato social, deja de ser miembro del Estado, está en guerra contra él; por lo tanto, debe morir como tal (Rousseau);⁹³ (b) quien abandona el

del Estado, sino de la Teoría del Derecho de gentes, y posee su significación especial en la teoría de la escolástica cristiana sobre la guerra justa. Desde el concepto de la guerra justa que se remonta a Agustín, trabajado en particular por Tomás de Aquino, y llevado a su máxima expresión en la escolástica del siglo XVII, el soberano puede entablar guerra defensiva contra quien ataca (el enemigo), para restablecer la paz y el orden anterior, en tanto que la guerra, como así también las medidas en particular adoptadas en ella, fueran necesarias para estos fines. Véase SCHÜNEMANN, Bernd, ¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desatención teórica, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, ob. cit., pág. 977.

92. Sin embargo, la visión de éste Derecho penal del enemigo también contiene dosis de política que se destacan tanto en la selección de los enemigos como en la reacción que contra ellos pretende tener el Derecho penal. En este sentido ALCÓCER POVIS, Eduardo, El Derecho penal del enemigo, ¿realización de una opción político criminal o de una criminal política de estado?, en Revista de Derecho penal, 2006, pág. 8, señala que al hablar del “Derecho penal del enemigo” se hace referencia a una singular forma de manifestación de poder estatal de reelaboración dogmática reciente, así como de conocida raigambre filosófica y política.

93. Para ROUSSEAU: Todo malhechor, atacando el derecho social, convirtiéndose por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso

contrato de ciudadano pierde todos sus derechos (Fichte);⁹⁴ (c) en casos de alta traición contra el Estado, el criminal no debe ser castigado como un súbdito, sino como un ene-

que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como enemigo que como ciudadano. El proceso y el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora bien; reconocido como tal, debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es una persona moral, sino un hombre, y que en ese caso el derecho de la guerra establece matar al vencido. Citado por ALLER, Germán, op. cit., pág. 101. Es determinante en ROUSSEAU el concepto de la guerra y la introducción expresa de la pena de muerte por su carácter de enemigo, pues quien se encuentra fuera del contrato social no puede ser tratado dentro de él. Sin embargo, señala ZAFFARONI que ROUSSEAU es contradictorio, pues parece referirse sólo a los asesinos y no a cualquier delincuente y, además, sólo admite que se le quite la vida a quien no se puede conservar sin peligro y, como si esto fuese poco, en el mismo libro afirma que el Estado sólo puede tener por enemigo a otro Estado y nunca a una persona. Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La legitimación del control penal de los "extraños"*, ob. cit., pág. 1135. (ver cita núm. 58). SCHÜNEMANN plantea que no es posible remitirse ni a ROUSSEAU ni a FICHTE, quienes, según las propias citas de JAKOBS, quieren tratar a todos los delincuentes de igual modo (mal, es decir, como enemigo). Por consiguiente, sus planteamientos no deben ser tomados como fundamentación del Derecho penal del enemigo. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, op. cit., pág. 979.

94. En el mismo sentido para FICHTE: "Quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se encontraba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos. Asimismo, expresa: (...) quien no lo cumple [el contrato de ciudadanía], no está incluido en él, y quien está incluido en él lo cumple necesaria y enteramente. Quien no participa en él, no participa en ninguna relación jurídica, y está legítimamente excluido y a todos los efectos de la acción recíproca con otros seres semejantes en el mundo sensible". Cfr. ALLER, Germán, op. cit., pág. 100.

migo (Hobbes);⁹⁵ (d) quien se convierte en peligroso por

95. Para HOBBS: Mientras no se tenga la garantía de que los demás no van a incumplirlas (a las leyes naturales), todos retienen el derecho originario de defenderse por los medios y con las fuerzas que tuvieren, esto es, el derecho a todo o el derecho a guerra [...] De donde se sigue que el Estado retiene su derecho primigenio, esto es, el derecho de guerra contra le discrepante, como contra un enemigo. Citado por ALLER, Germán, ob. cit., pág. 98-99. La fundamentación de la postura de HOBBS radica en que no admite la resistencia al soberano, que le importaría reintroducir el *bellum omnium contra omnes*, la guerra de todos contra todos, y precisamente por eso, quien resiste el poder del soberano no es penado, sino sometido a contención forzada, porque no es un delincuente sino un enemigo que, con sus resistencia reintroduce la guerra. Por grave que sea un delito, su autor no es un enemigo, pero quien resiste al soberano es el enemigo, porque se vuelve extraño o extranjero al salir del contrato con su propio acto de resistencia. Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., pág. 1137. Citado por ALLER, Germán, op. cit., pág. 98-99. Así, HOBBS, también expresa: El daño infligido a quien se considera enemigo no queda comprendido bajo la denominación de pena, ya que si se tiene en cuenta que no está ni sujeto a la ley, y, por consiguiente, no pudo violarla, o que habiendo estado sujeto a ella y declarando que ya no quiere estarlo, niega, como consecuencia, que pueda transgredirla, todos los daños que puedan inferírsele deben ser considerados como actos de hostilidad [...] al rechazar la condición de súbdito, rechaza la pena que ha sido establecida por la ley, y, por consiguiente, padece ese daño como enemigo del Estado. Así contra el enemigo es válido cualquier tipo de medida, pues por no pretender estar sujeto a la ley esta no se le puede aplicar, ni siquiera para el castigo, dice textualmente “los castigos que están estipulados por la ley sólo son aplicables a los súbditos, no a los enemigos”. De la ley natural que ordena perdonar las ofensas deriva que el perdón es precisamente un modo de “conceder la paz”, pero el perdón está excluido para los enemigos, pues si la paz “se concede a quienes perseveran en su hostilidad, ya no será entonces paz, sino miedo”. Citado por GRACIA MARTÍN, Luís, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”, ob. cit., pág. 16-17. Incluso trasciende en la aplicación de la pena, o medida si se quiere, a los enemigos que puedan ser inocentes, a sus ascendientes y descendientes, así plantea “El castigo de ciudadanos inocentes es contrario a la ley de la naturaleza, pero no lo es en el caso del enemigo inocente,

transgredir la ley puede sufrir cualquier daño que se considere necesario (Locke);⁹⁶ (e) quien amenaza constante-

pues “en la guerra, la espada no hace distingos, ni tampoco los hace el vencedor entre culpables e inocentes”; por ello, la venganza no sólo debe aplicarse al rebelde, sino que también “a los padres [y] a la tercera y cuarta generación de descendientes suyos que aún no han nacido y que, en consecuencia, son inocentes del hecho por el que tienen que padecer”. GRACIA MARTÍN, Luís, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”, ob. cit., pág. 16-17. En efecto, como observa PÉREZ DEL VALLE, ello parece ser una consecuencia necesaria, pues el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una pena, sino la venganza, y sería discutible que para una venganza en estado de guerra fueran necesarias garantías. Citado por GRACIA MARTÍN, Luís, ob cit., pág. 18.

96. Para LOCKE: Al transgredir la ley de la naturaleza, el delincuente pregona vivir según una norma distinta de aquella razón y equidad común, que es la medida que Dios puso en las acciones de los hombres para su mutua seguridad, y así se convierte en peligroso para la estirpe humana; desdeña y quiebra el vínculo que a todos asegura contra la violencia y el daño, y ello, como transgresión contra toda la especie y contra la paz y seguridad de ella, procurada por la ley de la naturaleza, autoriza a cada uno a que por dicho motivo, según el derecho que le asiste de preservar a la humanidad en general, pueda sofrenar, o, donde sea necesario, destruir cuantas cosas le fueron nocivas, y así cuasar tal daño a cualquiera que haya transgredido dicha ley [...] Y Caín estaba tan plenamente convencido de que todos y cada uno tenían derecho de destruir tal criminal que, después de asesinar a su hermano, exclamó: “Cualquiera que me hallare me matará”; tan claramente estaba este principio escrito en los corazones de toda la estirpe humana [...] En verme libre de tal fuerza reside la única seguridad de mi preservación, y la razón me obliga a considerarle a él como enemigo de mi valeduría y posible rapiñador de mi libertad, que es el vallado que me guarda; de suerte que quien intenta esclavizarme, por ello se pone en estado de guerra conmigo [...] Y esta es la obvia diferencia entre el estado de naturales y el de guerra, los cuales, por más que los hubieren algunos confundido, son entre sí tan distantes como un estado de paz, bienquerencia, asistencia mutua, y preservación lo que sea de uno de enemistad, malicia, violencia y destrucción mutua. Véase ALLER, Germán, op. cit., pág. 100. Se nota ya en LOCKE la re-

mente a la sociedad y al Estado, quien no acepta el “estado comunitario legal”, debe ser tratado como un enemigo (Kant).⁹⁷

levancia de los conceptos de peligrosidad y la necesidad de procurarse seguridad por parte de los individuos. De la misma manera retoma el concepto de causar cualquier daño necesario contra el delincuente que no pretenda vivir según la norma. Sin embargo, la norma para LOCKE, no es válida por ser impuesta por el soberano sino por tener carácter divino, por eso para LOCKE, como crítico de la monarquía absoluta, quien realiza un acto de resistencia legítimo reclamando el respeto de los derechos anteriores al contrato estatal, es un ciudadano que ejerce su derecho; para HOBBS, como defensor del estado absoluto, es un enemigo al que es menester contener con fuerza ilimitada, sin respetar siquiera los márgenes de la pena, porque ha dejado de ser un súbdito. Quien para LOCKE ejerce el derecho de resistencia la opresión es para HOBBS un enemigo peor que un criminal. Para LOCKE el soberano que abusa del poder pierde su condición de tal y pasa a ser una persona más; para HOBBS es el súbdito que resiste el abuso de poder del soberano quien pierde su condición y pasa a ser un enemigo. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La legitimación del control penal de los “extraños”, ob. cit., pág. 1137-1138.

97. KANT es uno de los más citados por JAKOBS como precursor del Derecho penal y así señala: *En los Estados no se concibe una guerra penal, porque entre ellos no existe la relación de superior e inferior. Por tal motivo, una guerra de exterminio que llevara al aniquilamiento de ambas partes y a la acumulación de todo derecho, haría imposible una paz perpetua, a no ser que fuese la paz de los cementerios para toda la humanidad. También: Al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción. El sujeto a de estar también autorizado a obligar a cualquiera, con quien entre en conflicto sobre lo mío y lo tuyo acerca de tal objeto, a entrar con él en una constitución civil.* Así, establece que la guerra sólo puede ser declarada a un individuo y no a un Estado pues no hay relación de superioridad entre uno y otro. Citado por ALLER, Germán, op. cit., pág. 101. De la misma manera, SCHÜNEMANN refuta que JAKOBS pueda remitirse a Immanuel KANT como su avalador, ya que la concepción kantiana de Derecho penal, acerca de lo cual JAKOBS no dedica una palabra, está muy lejos de toda posibilidad de hacer una interpretación en el sentido de un Derecho penal del enemigo. [...] Según KANT, la comisión de un

Una vez analizado el fundamento filosófico, ZAFFARONI concluye que en estos últimos ocho siglos, toda teorización legitimante del tratamiento penal diferenciado para enemigos o extraños se basó en emergencias, o sea, en amenazas a la supervivencia misma de la humanidad o de la sociedad que asumían el carácter de guerras y que, por ende, reducían el Derecho penal a derecho administrativo y las penas a coerción directa.⁹⁸

delito convierte a “quien lo comete en incapaz de ser ciudadano del Estado”. Pero en su concepción, el Estado no reaccionaria con la expulsión o con alguna medida protectora de la sociedad, es decir, dirigida a un fin, sino exclusivamente con la pena retributiva. Véase SCHÜNEMANN, Bernd, op. cit., pág. 979. Así, en la misma línea de LOCKE, FEUERBACH respondió a KANT en 1798 publicando su Anti-Hobbes que, en rigor de verdad, fue un Anti-Kant. FEUERBACH defiende los derechos anteriores al contrato, afirmando que en el estado natural también existen derechos. Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La legitimación del control penal de los “extraños”, ob.cit., pág. 1138. De la misma manera, Carl SCHMITT plantea los argumentos de amigo-enemigo, pues estos conceptos junto con el de lucha adquieren su sentido real por el hecho de que están y se mantienen en conexión con la posibilidad real de matar físicamente. La guerra procede de la enemistad, ya que ésta es una negación óptica de un ser distinto. La guerra no es sino la realización extrema de la enemistad. Citado por AMBOS, Kai, op. cit., pág. 126. Sin embargo, SCHMITT no dice en modo alguno que el “enemigo” no sea una persona. [...] Profesa (...) el enemigo no es una persona injusta, inmoral, y menos un criminal. El enemigo es simplemente aquel a quien se combate por razones que atañen a la cosa pública. DONINI, Massimo, op. cit., pág. 610. Por lo tanto, en el sistema de SCHMITT no hay lugar para el “enemigo de la humanidad” en el sentido de LOCKE, puesto que humanidad y la agrupación en amigos y enemigos se excluyen mutuamente. AMBOS, Kai, op. cit., pág. 126-127.

98. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El enemigo en Derecho penal, estudios de criminología y política criminal, ob. cit., pág. 82. Para SILVA SÁNCHEZ, la noción de exclusión nació, de hecho asociada a la marginalidad y a la pobreza. Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae,

Lo cierto es que independientemente de su origen o si son acertados, estos argumentos filosóficos (como se dijo, ya empleados por los autoritarios del siglo XX, más específicamente por el Tercer Reich) son retomados en la actualidad como fundamentación del Derecho penal del enemigo.

Sin embargo, en cada época los enemigos han venido variando y han sido catalogados de acuerdo a las necesidades o realidades concretas de cada momento histórico. Por ello, teniendo en cuenta los problemas sociales de la modernidad, no es de extrañar que, precisamente, las últimas propuestas de JAKOBS remitan a un variado universo de candidatos a ser tratados bajo las pautas del “Derecho penal del enemigo”: la delincuencia organizada en general, el terrorismo, el narcotráfico, la delincuencia sexual del sujeto peligroso, la delincuencia habitual, y tendencialmente la delincuencia de especial gravedad. Así señala “que en su actitud (delitos sexuales), en su vida económica (criminalidad económica, relativa a las drogas y otras modalidades de criminalidad organizada) o por su imbricación en una organización criminal (terrorismo, criminalidad organizada) se han apartado, probablemente, de modo permanente, pero, en todo caso, con cierta seriedad, del Derecho, dicho de otro modo: que no prestan la garantía cognitiva mínima que es imprescindible para ser tratado como persona en Derecho”.⁹⁹

Por lo tanto, cabría distinguir, como expresa GROSSO GARCÍA, al menos cuatro grupos. En un primer grupo, se ubicarían aquellos que, sin asumir una particular actitud

en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, ob. cit., pág. 987.

99. JAKOBS, Staatliche Strafe, pág. 42 [La pena estatal. Significado y finalidad, 2006] Citado por AMBOS, Kai, op. cit, pág. 134.

de enemistad declarada contra la sociedad, constituyen, sin embargo, una fuente constante de peligro e inestabilidad para la misma, entre ellos estarían los inimputables, los delincuentes famélicos, ciertas conductas de minorías o inmigrantes, etc. En un segundo grupo, se ubicarían los delincuentes habituales, tales como distribuidores minoristas de drogas, ladrones profesionales, estafadores, falsificadores, etc. Un tercer grupo estaría conformado por los miembros de organizaciones criminales de toda índole, que atentan contra intereses específicos de la sociedad, tal es el caso de las grandes corporaciones criminales, como la mafia, los grandes cárteles de traficantes de droga, las bandas de sicarios y secuestradores, delincuentes financieros, informáticos, etc.; en un cuarto grupo se ubicarían los delincuentes políticos, los terroristas, los miembros de organizaciones separatistas o de sectas religiosas extremistas, etcétera.¹⁰⁰ Como aclara Silva Sánchez, “el tránsito del ‘ciudadano’ al ‘enemigo’ se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas” y “en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo”.¹⁰¹

Y es que no se puede obviar que en la actualidad, el caso más concreto que cabe destacar como acreedor de la categoría de enemigo es el terrorista, sin embargo, en el ámbito tratado hasta el momento la exclusión del terrorista es autoexclusión: se ha convertido a sí mismo en terrorista o

100. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, op. cit., pág. 14-15.

101. Citado por GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 6.

ha incumplido de otro modo sus deberes, y por ello es heteroadministrado en el marco de lo necesario.¹⁰²

Siendo así, el Derecho penal dirigido específicamente contra terroristas tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe inferir del fin de la pena y de los tipos penales correspondientes. El Derecho penal del ciudadano, la garantía de la vigencia del Derecho, muta para convertirse en –ahora viene el término anatematizado– Derecho penal del enemigo, en defensa frente a un riesgo.¹⁰³

Otro caso es el de las organizaciones criminales que se conciben como un verdadero Estado extranjero con el que se está combatiendo una guerra de la que depende la supervivencia de la sociedad, por lo que los integrantes y dirigentes de éstas no pueden ser tratados como el resto de los ciudadanos.¹⁰⁴ Se trata, para ser precisos, de un tipo de desviación y de peligrosidad social, donde a la capacidad criminal de los particulares (...) se une el espesor criminal

102. JAKOBS, Günther, *op. cit.*, pág. 90-91.

103. JAKOBS, Günther, *¿Terroristas como personas en Derecho?*, *ob. cit.*, pág. 885-86. Si bien todavía parece posible, evidentemente, tratar al “delincuente habitual” “no como un individuo peligroso, sino como una persona que actúa equivocadamente” –esto es: todavía como persona y como ciudadano–, lo cierto es que resulta difícil hacerlo en el caso de “autores por tendencia o con el autor que se hace miembro de una organización”. En cualquier caso, quien debe ser tratado como enemigo es el terrorista, que niega de hecho “la legitimidad del ordenamiento jurídico por principio” y “pretende destruirlo”. JAKOBS, HRRS 3/2004, pág. 92. *Cit. por AMBOS, Kai, ob. cit.*, pág. 134.

104. DURÁN MIGLIARDI, Mario, *ob. cit.*, pág. 739-740.

de las organizaciones que integran. El aspecto macrojurídico, por lo tanto, prevalece sobre el individual.¹⁰⁵

Si por tanto el tipo de autor aquí es seguramente particular (como integrante de una organización criminal), lo que caracteriza el rigor punitivo de los instrumentos penales al respecto no es sin embargo una valoración personal –como encontramos, no obstante, en las medidas de seguridad– sino una aproximación mucho más generalizadora de derecho sustancial: el autor es peligroso porque es organizado contra el Estado o la sociedad civil junto con otros autores. No se trata sólo de un concurso de personas de tipo profesional, sino de asociaciones criminales estables.¹⁰⁶

Sin embargo, esta afirmación de DONINI, aunque la suscribo plenamente, resulta un tanto incompleta, esto en dependencia de la determinación del enemigo que se haga, el enemigo por su condición de sujeto peligroso no necesita como requisito *sine qua non* conformar una asociación criminal estable, pues en algún caso, su característica personal de peligro puede quedar manifiesta por actos concre-

105. DONINI, Massimo, op. cit., pág. 623. Sobre este aspecto, FEIJOO SÁNCHEZ plantea 1. Desde un punto de vista político-criminal general, una vez que es evidente que existe un interés político en actuar de forma especial contra las organizaciones criminales, hay que determinar dogmáticamente cuál puede ser el fundamento de una mayor penalidad para dichas organizaciones. 2. Desde un punto de vista político-criminal de la parte especial, hay que tratar tanto la existencia como la legitimidad de tipos penales específicos para comportamientos relacionados con organizaciones criminales más allá del tradicional delito de asociación criminal. Véase FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., pág. 836.

106. DONINI, Massimo, op. cit., pág. 624. Por eso, en un aspecto macro, el Derecho penal del enemigo puede ser reducido a un Derecho penal de organizaciones criminales, pues sobre éstas en general basa la respuesta de guerra por poner en grave riesgo al Estado.

tos o modo de vida que practique, que por sí solos merezcan el etiquetamiento de enemistad para la sociedad.

Así, el desborde normativo que ha versado sobre las organizaciones criminales, lleva a la conclusión de que se está empezando a aplicar, más que flexibilización de garantías penales, el Derecho penal del enemigo, pues las regulaciones de la materia son tan ambiguas que producen graves excesos, a tal punto que en muchos casos no existe una participación en un hecho delictivo concreto sino que se participa de forma abstracta y generalizada en las actividades de la organización¹⁰⁷ y por ello se sanciona con un excesivo componente de severidad.

Y es que JAKOBS introduce un hecho que es muy peligroso hoy (...) se trata del problema del multiculturalismo: “A esto se le agrega la fuerza explosiva del así llamado multiculturalismo –un simple absurdo: o las diferentes culturas son simples añadiduras a una igualdad jurídica de base; entonces se trata de multifolclorismos de una cultura. O –y ésta es la variante peligrosa– las diferencias marcan a las identidades de los pertenecientes; pero entonces la base jurídica común tan sólo se degrada hacia un simple instrumento de vivir junto a otros y, como cualquier instrumento, abandonado cuando ya no se necesita (...). Así que la sociedad va a continuar teniendo enemigos que se mueven entre ella –abiertamente o con piel de oveja–”.¹⁰⁸

Con su concepción de multiculturalismo, JAKOBS aboga por la uniformidad social, dejando entrever aquel viejo concepto del extranjero como peligroso, siendo ya esta

107. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit, pág. 838.

108. Citando a JAKOBS, APONTE, Alejandro, op. cit., pág. 185.

una categoría per se para ser tratado como enemigo, promoviendo aún más la exclusión social, la exclusión de grupos enteros de población.

Queda evidenciado una cuestión que resulta muy problemática: la diversidad de individuos y conductas que son incluidos bajo el rótulo de enemigos, pues conduce a pensar que los enemigos contra los cuales lucha el Derecho penal del enemigo, no son de una misma y única naturaleza, porque de no hacerse ninguna diferencia puede muy bien suceder, como en el caso de JAKOBS, que quien era enemigo sea considerado infractor, y quien era infractor pase a ser considerado enemigo.¹⁰⁹

Entre otras cosas, la gravedad radica en que el Derecho del enemigo es aplicable para todos, pues JAKOBS no hace verdadera distinción en cuanto a la punibilidad entre unos y otros, sino que por el hecho de ser no personas corren con la misma suerte, entiéndase la falta de garantías penales y procesales, en la medida de lo necesario.

Y es que sólo el Derecho penal del ciudadano es un Derecho penal de todos; el Derecho penal del enemigo es contra aquellos que atentan permanentemente contra el Estado.¹¹⁰ Es oposición elemental del “Bien” contra el “Mal”. Por lo tanto, el concepto nuclear es el de enemigo: lo irreconciliablemente opuesto. La rotulación como “enemigo” no se reduce a constatación de una actitud personal. Significa el comienzo de una declaración de guerra.¹¹¹

109. SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 918.

110. GOMES, Luís Flávio y BIANCHINI, Alice, “Derecho penal” del enemigo y los enemigos del Derecho penal, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, ob. cit., pág. 965.

111. TERRADILLOS BASOCO, J. Ma., ob. cit., pág. 1016.

Como manifiesta JAKOBS [...] es posible, si salimos de los habituales esquemas que tratan de “unificar” el Derecho penal en categorías aceptables y bien recibidas, pero también un tanto domesticadas, aproximar a los paradigmas dominantes del Derecho penal como tutela de bienes jurídicos y como estatuto de garantías, y en particular como garantía de los asociados frente al poder del Estado (*Magna Charta del reo*), otro Derecho penal, que tutela, en vez de los bienes, a los ciudadanos frente a los enemigos, y que más que asentarse sobre formas y contenidos de justicia (superior a cualquier litigante), siente la urgencia de vencer una lucha, en defensa del Estado, de las instituciones y de los particulares, contra quienes se han empeñado en esa lucha.¹¹²

Consecuentemente, la relación con el enemigo ya no se determina por el Derecho, sino por la coacción.¹¹³ Con este instrumento, entonces, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. Sobre el plano puramente descriptivo, algunos fenómenos se caracterizan seguramente por el hecho de no conocer, respecto a los destinatarios de la intervención penal, la categoría del “diálogo” que marca cada vez más el Derecho penal contemporáneo: fenómenos donde, por el contrario, el diálogo se desvanece, y es reemplazado por las categorías de la “lucha” y de la “defensa”, o, incluso, de la “guerra”.¹¹⁴

Por lo tanto, la respuesta a los enemigos viene caracterizada por su criminalización, por la utilización del *ius puniendi* de forma más agresiva y violenta contra él, y sien-

112. Citado por DONINI, Massimo, op. cit., pág. 604.

113. GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 27.

114. DONINI, Massimo, op. cit., pág. 615.

do que se le declara la guerra, incorpora consecuentemente la “militarización de la justicia”.¹¹⁵

Aquí ya ni siquiera se habla de un Estado de policía, sino de una reacción de mayor trascendencia y severidad contra el sujeto catalogado como peligroso por apartarse definitivamente de la norma, se incorpora como medio de respuesta la guerra misma contra el enemigo.

La esencia del concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que éste constituye 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.¹¹⁶ Esto se debe a que el autor no es peligroso por el hecho de que pueda ocasionar lesiones o peligros concretos al bien jurídico en particular, sino que el concepto de peligro se deriva de que el sujeto es peligroso para el Estado mismo, para la sociedad en general.

La calificación del contrario como enemigo sirve para justificar cualquier forma de medidas represivas, como afirma HOBBS: “un daño infligido a quien es enemigo declarado no puede calificarse de castigo” sino que habrá de ser considerado como “acto de hostilidad”.¹¹⁷

Siendo así, el enemigo afectaría más la seguridad cognitiva de la norma y por ello sería necesario imponer una pena mayor “por su mayor culpabilidad en este sentido”. Pero lo que no tiene en cuenta JAKOBS es que su culpabi-

115. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pág. 5.

116. CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 345.

117. Citado por FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pág. 6.

lidad no es mayor por ser más infiel a la norma, sino que genera inseguridad cognitiva porque se espera que en el futuro siga siendo culpable.¹¹⁸ Por tanto, la mayor pena no tiene que ver con la culpabilidad por el hecho que ha sucedido sino por lo que se espera de cara al futuro.

Desde esta perspectiva, el enemigo es un foco de peligro y como tal solo es posible aplicarle una medida de seguridad, por consiguiente sería apropiado pensar que el Derecho penal del enemigo en realidad es un derecho de las medidas de seguridad aplicables a los imputables peligrosos, aunque tales medidas se muestren en ocasiones bajo la apariencia formal de penas.¹¹⁹ El extraño no es persona porque no puede cometer un delito, sino sólo representar un peligro, como “un animal fugado del zoológico”,¹²⁰ por tanto a él no se le podría aplicar la pena sin más, así las medidas empleadas contra éste tendrán necesariamente la función del enjaulamiento del peligroso.

Como señala con razón el propio JAKOBS “en el ámbito del efecto preventivo – especial de aseguramiento de la pena privativa de libertad, el autor no es concebido como persona competente, sino como foco de peligro. En el plano material, se trata de una medida de seguridad que se denomina pena”.¹²¹ Es llamativo que JAKOBS acepte sin problemas que las medidas de seguridad son sanciones que forman parte del Derecho penal del enemigo, cuando con respecto a los ciudadanos sostiene que se trata de sanciones de tipo policial o cuasipolicial así como que acep-

118. Citando a JAKOBS, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, ob. cit., pág. 824.

119. DURÁN MIGLIARDI, Mario, ob. cit., pág. 748.

120. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La legitimación del control penal de los “extraños”, ob. cit., pág. 1127.

121. JAKOBS cit. por FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, ob. cit., pág. 823.

te que el autor que sufre una pena no se le conciba como una persona competente.¹²²

Por eso la reacción contra esa segunda clase de individuos –“no personas”, enemigos– se mediría por las necesidades de neutralización de su peligrosidad, conforme a criterios de eficacia para asegurar la estabilidad del orden jurídico, la seguridad cognitiva de que las fuentes de peligro (los sujetos fuente de peligros) están bajo control. Así las medidas contra el enemigo, de acuerdo a su peligrosidad, pueden tener un carácter multidireccional que va desde las finalidades de atemorización (recuérdese que el Estado no dialoga con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos), hasta la exclusión permanente o incluso la eliminación física, todo en dependencia de lo que se considere necesario para neutralizar el peligro. El sistema de garantías, que caracteriza al Derecho penal del Estado, retrocede para dar paso al nudo ejercicio del poder penal del Estado, a la exhibición de la fuerza como expresión de autoridad.¹²³ Por lo tanto, es al Estado al que le quedan las opciones de dar al enemigo el mero trato de delincuente y aplicarle simplemente el Derecho penal de ciudadanos, o añadirle el plus de otras formas de represión. Y el Derecho penal no debe ser, según se ve, cortapisa para esa libertad del Estado. El Estado tiene derecho a tratarlo como delincuente y aplicarle el Derecho penal de ciudadanos, si quiere y en la medida que quiera. Es el enemigo el que no tiene derecho a exigir el tratamiento y con ello, sus li-

122. *Ibídem.*

123. ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, pág. 241. En el mismo sentido expone GARCÍA AMADO “El Derecho penal del enemigo trata personalidades para someterlas o cuando esto no es posible, aislarlas de la sociedad”. Véase GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *op. cit.*, pág. 899.

mitaciones y garantías.¹²⁴ La idea de seguridad ha excluido toda posibilidad de reinserción social.¹²⁵

La idea de neutralización, recuerda mucho a las propuestas del insigne Franz von LISZT a finales del siglo XIX, cuya influencia es patente en el diseño de las legislaciones y las prácticas penales del siglo posterior. En su programa, construido sobre “la idea del fin en Derecho penal”, admite la inocuización, incluso a perpetuidad, frente a los incorregibles: “ese ejército de enemigos fundamentales del orden social” compuesto no sólo por los “delincuentes habituales”, sino también por “mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y demimondaines...”¹²⁶

Así, con respecto a la inocuización destacan dos cuestiones: a) La forma de ejecución de la pena de prisión para delincuentes peligrosos; b) Qué hacer con los sujetos culpables que mantienen su peligrosidad criminal después de cumplir la condena.¹²⁷

Se propugna entonces un decidido aprovechamiento de los efectos inocuizadores de la pena, a cuyo fin se ha de proceder a una generalización e incremento sustancial de las penas de prisión; su cumplimiento debe tener restringida al máximo la obtención de beneficios penitenciarios, para prevenir una reducción de su duración o un aligeramiento del régimen de cumplimiento.¹²⁸

124. *Ibídem*, pág. 912-913.

125. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *op. cit.*, pág. 832.

126. Citado por ASUA BATARRITA, Adela, *op. cit.*, pág. 241.

127. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *op. cit.*, pág. 824.

128. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, *op. cit.*, pág. 585.

Por tanto, repuesta válida contra el enemigo es la inocuización, que bien puede comprender una medida de seguridad indeterminada, el aislamiento permanente o incluso el exterminio *del peligroso*.

De esta manera, se han de potenciar medidas sancionadoras, específicamente destinadas a combatir la peligrosidad más allá de lo que pueda hacerlo la pena misma. Se propugna la revitalización de un Derecho de medidas, asegurativo para éste tipo de delincuentes, con la vuelta a la acumulación y cumplimiento sucesivo de pena y medida y la potenciación de los internamientos de seguridad antes y después del cumplimiento de la pena.¹²⁹

Tal sería el caso de ciertas medidas policiales y judiciales autoritarias, restrictivas, vulneradoras y degradantes de las personas y sus derechos, como la confesión bajo tortura, las incomunicaciones prolongadas, las detenciones sin motivos o sin control jurisdiccional, así como la realización de prácticas antes prohibidas, como las intervenciones telefónicas o de correo electrónico, que hoy aparecen legislativamente autorizadas –incluso por un Poder Ejecutivo

129. *Ibíd.* Tal es el caso de la estrategia extendida en Estados Unidos de las teorías de la inocuización selectiva o de la neutralización selectiva (*selective incapacitation*). SILVA SÁNCHEZ señala como “la premisa mayor de la teoría de inocuización selectiva es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes (*high risk offenders*), respecto a los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de hechos delictivos y predecir que lo seguirán siendo. De modo que la inocuización de los mismos –esto es, su retención en prisión el máximo tiempo posible– conseguiría una radical reducción del número de hechos delictivos y, con ello, importantes beneficios al menor coste”. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *op. cit.*, pág. 827.

tivo sin control jurisdiccional – en el contexto de la nueva peligrosidad.¹³⁰

Según JAKOBS, hasta diez años de pena privativa de libertad por la mera pertenencia a una organización terrorista, o las investigaciones encubiertas, o las escuchas indiscriminadas, o la prisión preventiva por riesgo de reiteración delictiva, y más cosas no son, per se, ataques al Estado de Derecho, sino que sólo lo serán si vienen disfrazadas de un Derecho penal del ciudadano y de la culpabilidad o de proceso penal ordinario.¹³¹

Ante este punto, comparto la postura de FEIJOO SÁNCHEZ que la peligrosidad criminal individual no se combate con sanciones estandarizadas, por lo que (...) deben tener en cuenta la peligrosidad individual y no una ficticia peligrosidad relacionada con el tipo de delincuente.¹³² Por lo que, la privación de libertad –o la deportación– de una persona en razón de un cuarto o quinto delito de gravedad leve o media contra la propiedad, cuando ha sido condenada y ha cumplido pena por los anteriores, es una reacción totalmente desproporcionada a la entidad de su injusto y de su culpabilidad y, por lo tanto, el sufrimiento que se le impone es una pena entendida como mera contención, un encerramiento que crea un puro impedimento físico.¹³³

Por otra parte, JAKOBS es de la idea que al enemigo se le debe dar la oportunidad de retornar al redil mientras no esté

130. DURÁN MIGLIARDI, Mario, op. cit., pág. 752.

131. JAKOBS, Günther, ¿Terroristas como personas en Derecho?, ob. cit., pág. 92.

132. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., pág. 829.

133. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El enemigo en Derecho penal, estudios de criminología y política criminal, ob. cit., pág. 19.

definitivamente perdido,¹³⁴ le preocupa la asimilación de todo delincuente a enemigo no porque sea fuente de injusticia o exceso, sino porque supone la posibilidad de negarle la posibilidad de retornar a la sumisión y porque dificulta la reparación del daño que causó.¹³⁵

Finalmente, GOMES y otros, destacan las premisas básica a tomar en cuenta para la imposición de la sanción “penal” a un enemigo, así señalan que (a) El enemigo no puede ser castigado con una pena, sí con una medida de seguridad (por ejemplo, no con la destinada a los inimputables, que tiene carácter curativo, sí con una medida de seguridad para detener a imputables); (b) no debe ser castigado de acuerdo con su culpabilidad, sino de acuerdo a su personalidad; (c) las medidas contra el enemigo no miran principalmente al pasado (lo que se ha hecho), sino al futuro (o que él representa un peligro futuro); (d) no es un Derecho penal retrospectivo, sino prospectivo; (e) el enemigo no es un sujeto de Derecho, pero sí objeto de coacción; (f) el ciudadano, incluso después de delinquir, continúa con su estatus de persona; y el enemigo pierde ese estatus (lo importante es sólo su peligrosidad); (g) el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma; el Derecho penal del enemigo combate preponderadamente peligros; (h) el Derecho penal de enemigo debe adelantar el ámbito de protección de la norma (anticipación de tutela penal) para alcanzar los actos preparatorios; (i) incluso cuando la pena sea intensa (y desproporcionada), incluso así, se justifica la anticipación de la protección penal; (j) en cuanto al ciudadano (autor de un homicidio ocasional) se espera que él exteriorice un hecho para

134. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit., pág. 919.

135. *Ibídem*, pág. 911.

que se produzca la reacción (que viene a confirmar la vigencia de la norma); en relación con el enemigo (el terrorista, por ejemplo), debe ser interceptado prontamente, en el estado previo, en razón de su peligrosidad.¹³⁶

Infortunadamente, muchos son los lamentables casos de gobiernos autoritarios que han aplicado cualquier tipo de medidas contra los catalogados “enemigos”, basados en la justificación del peligro que representan para la sociedad en su conjunto, téngase como ejemplo paradigmático la propuesta de ley sobre “los extraños a la comunidad” elaborada por Edmund MEZGER: “el exterminio de partes de la población que contienen pueblos y razas peligrosas” a demás de la conformación de dos Derecho penales; uno para la generalidad y otro para determinados grupos de personas: el delincuente por tendencia.¹³⁷

En realidad estamos ante un Derecho penal que sirve a una política criminal que busca la efectividad en el corto plazo, bien ejemplificada en la expresión “barrer la delincuencia de las calles”.¹³⁸

En la actualidad, el propio BUSH ha estilizado hábilmente el concepto de enemigo como concepto de lucha desde el 11 de septiembre de 2001: We are the target who boast they want to kill: Kill all Americans, Kill all Jews and kill all Christians.¹³⁹

136. GOMES, Luís Flávio y BIANCHINI, Alice, ob. cit., pág. 964.

137. MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, ob. cit., pág. 239 y ss.

138. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, ob. cit., pág. 594.

139. Wahlkamfrede, Atlanta/Georgia, 8-11-2001, así continua expresando: “la única respuesta posible es confrontarlo y vencerlo. Este

Téngase por ejemplo el caso de Colombia. En una de sus intervenciones en Bogotá, en octubre de 2004, JAKOBS concluyó: “[...] la democracia debe conservar sus fundamentos, ella vive de requisitos concretos”, el ajuste de los individuos a la normatividad, al Derecho, es uno de ellos. Pero éstos vienen desapareciendo, son “democracias amenazadas” por violencias múltiples.¹⁴⁰

Se entiende de esta manera que para vivir en una democracia el individuo como tal debe cumplir requisitos, cuando el ciudadano quebranta la norma pone en peligro la democracia misma, por lo que para garantizarla se puede responder contra él de la forma que se considere necesaria, incluso con la guerra.

FERRAJOLI es de la idea que el Derecho penal, o mejor, la represión salvaje y desregulada cubierta bajo el noble título de Derecho penal, pierde no sólo su legitimidad, sino también su eficacia. Porque pierde su asimetría con el crimen.¹⁴¹

Para repeler o neutralizar un acto de guerra, se responde con la guerra de defensa o con la movilización general contra el Estado agresor. A un crimen, aunque sea gravísimo, se responde con el Derecho penal, es decir, con la punición de los culpables, que puede ser muy severa; por tanto, no con ejércitos o bombardeos, sino con la policía y, por consiguiente, con el esfuerzo y la capacidad investigadora dirigidos a establecer las responsabilidades y a

nuevo enemigo busca destruir nuestra libertad e imponer sus visiones. Nosotros valoramos la vida; los terroristas la destruyen sin piedad”, CNN.com, 8-11-2001, www.archives.cnn.com/2001/US/11/08rec.bush.transcript. Citado por AMBOS, Kai, ob. cit., pág. 128.

140. Citado por APONTE, Alejandro, op. cit., pág. 189 – 190.

141. FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pág. 7-8.

neutralizar la compleja red de las complicidades que les diera y siga dándoles soporte.¹⁴² Los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y a gran escala.¹⁴³

Es, por lo tanto, el principio del diálogo el que convierte en verdaderamente compatible la democracia con la ciencia, y no, desde luego, la ley de la guerra.¹⁴⁴

SCHEERER señala que el Derecho penal del enemigo es un instrumento para la superación de crisis políticas (o como mínimo politizadas). Las correspondientes crisis pueden ser “verdaderas” o “escenificadas”. En cualquier caso, la población debe creer en la crisis o por lo menos evitar de manera efectiva que puedan articularse dudas. [...] En primer lugar, se hace al enemigo responsable de la crisis de la falta de seguridad y orden. Así el gobierno evita que se le recrimine su imposibilidad de cumplir con su cometido primordial de aseguramiento de la seguridad y el bienestar dentro del Estado. Cuanto más éxito tenga en atribuir la culpa de la crisis al enemigo, mejor será la legitimación del gobierno. En segundo lugar, la declaración como enemigo dentro del Estado proporciona al “grueso” de la población el sentimiento tranquilizador de ser inocentes en la crisis y que sólo tienen que luchar contra el enemigo para volver a recuperar el Estado deseado. En tercer lugar, la polarización y la presión para el aislamiento del enemigo ejerce incluso un poder sobre la población de someter el “consenso coercitivo” a favor del estatus quo y su análisis de la amenaza. El riesgo del disenso abierto es

142. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pág. 7.

143. SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 922.

144. DONINI, Massimo, op. cit., pág. 684.

demasiado alto, se corre peligro sin embargo de que, cuando se rechace la conformidad, se esté siendo justo con el enemigo.¹⁴⁵

Debe notarse que estas formas de intervención penal tienen una larguísima legitimación en la opinión pública, y por tanto las instituciones del Estado o las internacionales que valoran un tipo de intervención “de lucha” y “de guerra” contra estos fenómenos, y los respectivos autores, gozan de gran popularidad.¹⁴⁶

Por lo tanto, se constata la presión de la sociedad y de diversos subsistemas del sistema social, singularmente el económico y el político, para que el sistema penal resulte eficaz y efectivo, además de eficiente, en la lucha contra esa delincuencia, así como sus indisimuladas advertencias de que si la ciencia jurídico-penal no lo adapta a tales exigencias con la configuración de un Derecho penal de guerra, el Derecho penal que conocemos y las estructuras conceptuales que lo conforman están condenadas a la irrelevancia.¹⁴⁷

En este punto introduce HASSEMER un término que resulta muy clarificador: “el engaño”, el cual se dirige únicamente “a la producción de la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador decidido” como apunta SILVA SÁNCHEZ.¹⁴⁸

Y es que en el contexto actual, la interacción de los medios de comunicación y los discursos políticos intensifi-

145. SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 927.

146. DONINI, Massimo, op. cit., pág. 616.

147. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, op. cit., pág. 586.

148. Citados por SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 933.

can la seducción de imágenes de “combate” contra el delito y la difusión de los estereotipos sobre enemigos de la sociedad.¹⁴⁹

Si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclama “Derecho penal del enemigo” está en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial *debe estar en la manifestación de normalidad*, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal “normal”.¹⁵⁰ De lo contrario, la primacía del Estado por encima del Derecho o un Derecho de lucha en situaciones de necesidad, conformarían el Derecho penal del Estado de excepción.¹⁵¹

El problema, pues, ha de plantearse en términos de si en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho se puede legitimar la existencia de un “Derecho de lucha contra los enemigos” como “complemento” del Derecho penal y, por ello, como una excepción a éste que no tendrá el carácter de “Derecho” porque el contenido de sus regulaciones será únicamente el ejercicio de la coacción y de la fuerza.¹⁵²

149. ASUA BATARRITA, Adela, ob. cit., pág. 243.

150. CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 370.

151. SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 920.

152. GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 31.

Algunos autores comentan que partiendo que al enemigo, al extraño, se le combate con la guerra y que no se trata de una respuesta jurídica sino militar, ya no estamos hablando ni siquiera de Derecho, tal y como se conoce, pues el Derecho es precisamente lo opuesto a la guerra.¹⁵³ Por qué una cosa es la flexibilización de las garantías (constitucionales o fundamentales), y otra distinta es la flexibilización de los principios tradicionales del Derecho penal.¹⁵⁴ MODOLELL es partícipe de la idea de que se trate de un verdadero Derecho penal es cuestión de definición. Lo que es en la sustancia punitiva, pero no en las garantías y en la forma. Una pena sin derecho no es Derecho penal, sino violencia.¹⁵⁵

Para CALLEGARI las medidas excepcionales preconizadas por el Derecho penal del enemigo solamente pueden ser utilizadas en tiempos excepcionales, tales como el estado de sitio, de defensa.¹⁵⁶

Sin embargo discrepo ante esta postura, pues en los “tiempos excepcionales” se produce situaciones excepcionales que implican un cambio o flexibilización en algunos derechos y garantías que el Derecho penal ordinario aplica en el Estado del Derecho, pero esto se produce precisamente por encontrarse en una situación pasajera o carácter temporal, el Derecho penal del enemigo pretende establecer un trato con carácter excepcional a determinados sujetos de forma indefinida, se considera una emergencia

153. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, *ob. cit.*, pág. 7, en el mismo sentido, FERRAJOLI, Luigi, *ob. cit.*, pág. 3.

154. MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luís, *ob. cit.*, pág. 335.

155. DONINI, Massimo, *op. cit.*, pág. 647.

156. CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, *op. cit.*, pág. 331.

pero esta terminará en función de que se extinga el peligro que representa un individuo en concreto.

La posibilidad de aplicar un Derecho penal al margen del Estado de Derecho, a un individuo calificado como enemigo es prácticamente imposible sin infringir los derechos fundamentales del ser humano en la mayor parte de los Estado democráticos, derechos que indudablemente constituyen límites infranqueables al ius puniendi del Estado.¹⁵⁷

De esta manera se puede concluir que la posibilidad de que el Estado en relación con los enemigos pueda actuar al margen del Estado de Derecho, incluso en estado de emergencia, no es admisible. A partir del momento en que permitamos esta violación con justificación excepcional, estaremos abriendo un peligroso precedente para que otras restricciones vengan a ser hechas, siempre con la justificación de la protección de los ciudadanos. Soy de la postura de que cuanto más se respeten las garantías fundamentales, más democrático un Estado será. “El llamado discurso de las garantías no es una especie de lujo al que cabe renunciar en tiempos de crisis (...) Es un discurso claramente progresista y crítico porque pretende salvaguardar un modelo de Derecho penal estrictamente vinculado a las garantías del Estado de Derecho, que deben regir para todas las personas”.¹⁵⁸

En conclusión, como expresa SCHEERER, nunca mejor dicho, frente a la pregunta de a quiénes podrían ser perjudicados o beneficiados por este Derecho penal del enemigo debe decirse desde un punto de vista jurídico-penal,

157. MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luís, op. cit, pág. 333.

158. DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, op. cit., pág. 481.

que el Derecho penal del enemigo perjudica a corto plazo y en forma directa y perceptible a aquellos que son señalizados como enemigos. Y a mediano plazo y directa pero imperceptiblemente, a todos.¹⁵⁹

Principales características del Derecho penal del enemigo

De lo antes expuesto, se pueden ya extraer las características principales que se vislumbran en el Derecho penal del enemigo.

Las características esenciales se pueden resumir en tres: “En primer lugar, se constata un amplio adelanto de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es habitual– retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas (...). En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas”.¹⁶⁰

Sobre el amplio adelantamiento de la punibilidad, PRITTWITZ establece que esta criminalización del estadio previo se constituye, de cierta forma en el Derecho penal del riesgo, en el que describe un cambio en el modo de comprender el Derecho penal “y de actuar dentro de él”, que

159. SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 934.

160. CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, op. cit., pág. 330, del mismo modo, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 357.

lo justifica no por sus actos, sino, por sus efectos y consecuencias.¹⁶¹

Con eso, PRITTWITZ esclarece que el Derecho penal del riesgo no debe ser alejado, sino, dirigido a ciertos objetivos necesarios y justos. Sin embargo, advierte que no puede ser utilizado con el simple *intuito* de la criminalización, que lleva a una tendencia a la criminalización del estado previo a una lesión del bien jurídico, anticipándose la punibilidad hacia el momento anterior de la consumación,¹⁶² que se caracteriza por el hecho de que el delincuente es interceptado mucho antes de la lesión del bien jurídico y se lucha contra él por su peligrosidad. En este ámbito no se trata de la libertad del delincuente sino de la seguridad de los otros.¹⁶³

Una primera manifestación de éste está representada por aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros (...). Y así se criminalizan, por ejemplo, comportamientos de mera colaboración con bandas u organizaciones terroristas (art. 576 CP), incluso la apología indirectas de terrorismo o de sus autores (art. 578 CP),¹⁶⁴ o los preceptos relativos a la apología del genocidio (art. 607.2) entre otros.¹⁶⁵

Como ejemplo de penas desproporcionadas, MUÑOZ CONDE señala que junto a las que ya desde hace tiempo

161. *Ibidem*, pág. 327.

162. *Ibidem*, pág. 328.

163. SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 919.

164. GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 9-10.

165. MUÑOZ CONDE, Francisco, De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo, ob. cit., pág. 53.

pueden aplicarse en caso de tráfico de drogas y terrorismo (cfr. por ejemplo, respecto al tráfico de drogas, artos. 368, 369, 370; y respecto al terrorismo, artos. 571 y ss.), tenemos ahora la nueva regulación de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que en el art. 318 bis permite imponer penas que pueden llegar a los quince años de prisión, en caso de tráfico ilegal o inmigración clandestina, cuando el propósito fuera la explotación sexual de personas, se realice con ánimo de lucro, y el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades; o hasta diecisiete años y seis meses de prisión cuando se tratase de jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones.¹⁶⁶

Un régimen de dureza extrema, nunca habida antes, si prescindimos ahora de la pena de muerte, con la pena de prisión en España, representa el nuevo régimen de prolongación de dicha pena hasta cuarenta años, sin apenas posibilidades de reducción y concesión de la libertad condicional, tal y como lo establecen ahora los artos. 78 y 90, tras la reforma de 30 junio de 2003, que entró en vigor el mismo día de su publicación, para los delitos de terrorismo.¹⁶⁷

El caso de recortes de determinadas garantías se manifiesta como una extensión de los medios estatales de poder en el procedimiento penal. Naturalmente, la justicia penal debe ser colocada en condiciones de mantener la vigencia del Derecho y la protección de los bienes jurídicos también frente a la forma específica de amenaza del terrorismo moderno. En consecuencia, se trata de un proble-

166. *Ibíd.*, pág. 51-52.

167. *Ibíd.*

ma de modernización de la justicia penal como respuesta a una modernización del delito.¹⁶⁸

Como ejemplo de estas, señala MUÑOZ CONDE, el caso de preceptos como la Patriotic Act de los Estados Unidos de Norteamérica que permiten al FBI, sin control judicial, detener a ciudadanos, o recabar de las empresas datos sobre la intimidad de sus clientes y trabajadores, etc.¹⁶⁹

En un estudio general, GOMES Y OTROS, resumen las características del Derecho penal del enemigo, de la siguiente manera: (a) La flexibilización del principio de legalidad (descripción vaga de los delitos y las penas); (b) la inobservancia de principios básicos como el de ofensividad, de exteriorización del hecho, de la imputación objetiva, etc.; (c) aumento desproporcionado de las penas; (d) creación artificial de nuevos delitos (delitos sin bienes jurídicos definidos); (e) endurecimiento sin causa de la ejecución penal; (f) anticipación exagerada de la tutela penal; (g) limitación de los derechos y garantías procedimentales y fundamentales; (h) concesión de premios al enemigo que se muestra fiel al Derecho (se premia ser un delator, colaborador, etc.); (i) flexibilización de la prisión provisional (acción controlada); (j) infiltración descontrolada de agentes policiales; (k) uso y abuso de medidas preventivas y cautelares (escuchas telefónicas sin justa causa, quiebra de sellos no fundamentados en contra de la ley); (l) medidas penales dirigidas contra quien ejerce una actividad lícita (bancos, abogados, joyeros, etc.).¹⁷⁰

Para finalizar, a las características antes mencionadas, podemos añadirle las siguientes:

168. SCHÜNEMANN, Bernd, op. cit., pág. 971.

169. MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., pág. 53.

170. GOMES, Luís Flávio y BIANCHINI, Alice, op. cit., pág. 965-966.

- “El Derecho penal del enemigo sigue otras reglas que un Derecho penal propio del Estado de Derecho”.¹⁷¹
- Garantizar la seguridad de la sociedad y no la tutela de los bienes jurídicos,¹⁷² así se evidencia un uso de la violencia en nombre de la seguridad nacional.
- Resalta un normativismo extremo
- No importa tanto mantener la configuración normativa o la vigencia del ordenamiento jurídico sino más bien la prevención de delitos.
- Desconoce el status de persona a determinados individuos.
- Un no-persona que como tal no merece tratamiento jurídico alguno. Propone una sanción especial frente a determinados peligros.
- Se trata principalmente de una defensa frente a peligros, esto es de un Derecho preventivo tanto policial como del orden –no de un Derecho penal represivo-. La función del Derecho penal del enemigo es la eliminación del riesgo.
- Derecho penal dual
- Se establece la amenaza como criterio central de la intervención penal
- “Paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia”.
- Es selectivo, conduce a un cambio del Derecho penal de hecho a un Derecho penal de autor.
- No puede aspirar a ningún efecto general de estabilización de la norma en el sentido de una prevención general positiva.
- Establece una hiperinflación penal, tanto en la elaboración de tipos penales como en el aumento de las penas.

171. Citando a JAKOBS, APONTE, Alejandro, op. cit., pág. 174.

172. APONTE, Alejandro, op. cit., pág. 81

- Añade la idea de inocuización en su teoría de la pena para enemigos intentando justificar que el enemigo también presenta una mayor culpabilidad y por ello todavía cabe hablar de penas.¹⁷³

Todas estas características se encuentran presentes en el Derecho penal del enemigo, infortunadamente ninguna de ellas representa la aplicación de mayores limitaciones al *ius puniendi*, sino por el contrario, suponen una disminución, cuando no sustitución, de las garantías penales y por tanto del Estado de Derecho.

Los principios del Derecho penal y el Derecho penal del enemigo

En este punto podemos señalar que “los derechos fundamentales serán estudiados en cuanto derechos jurídico-positivamente vigentes en un orden constitucional. [...] El local exacto de esa positivación jurídica es la Constitución. La positivación de los derechos fundamentales significa la incorporación en el orden jurídico positivo de los derechos considerados naturales e inalienables del individuo. No basta cualquier positivación. Es necesario asignarles la dimensión de fundamental rights puestos en el lugar cimero de las fuentes de Derecho: las normas constitucionales. Sin esa positivación jurídica los “derechos del hombre son esperanzas, aspiraciones ideales, impulsos, o, aun, por veces, mera retórica política”, pero no derechos protegidos bajo la forma de normas (reglas y principios) de derecho constitucional. Por otras palabras, que pertenecen a CRUZ VILLALÓN: donde no exista constitución no habrá derechos fundamentales. (...). De ahí la conclusión del autor en referencia: los derechos fundamentales lo son

173. Citado a JAKOBS, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, ob. cit., pág. 823.

en cuanto tales, en la medida en que encuentran reconocimiento en las constituciones y de este reconocimiento se derivan consecuencias jurídicas.¹⁷⁴

Se ha empezado esta parte con una cita de GOMES CANOTILHO que referencia la importancia de suscribir los derechos a la Constitución para darles el carácter de derechos fundamentales, con el cometido de resaltar la importancia que de ellos deriva. Y es que, precisamente, los principios de los que hace uso el Derecho penal tal y como lo conocemos hoy, están basados en el respeto a los derechos fundamentales de todos los individuos, que sólo por el hecho de serlo, gozan de la categoría de personas. Por tanto, estos principios gozan de una base constitucional, como es propio de un Estado democrático de Derecho.

En este apartado se analizará la relación que existe entre los principios del Derecho penal y el Derecho penal del enemigo.

3.1 Principio de legalidad

El principio de legalidad evoca el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Como señalan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN “El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la im-

174. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria de Constitucao*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, pág. 377, cit. por CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, ob. cit., pág. 325.

posibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que permite la ley.¹⁷⁵

El principio de legalidad de los delitos y las penas con el que surge el Derecho penal, requiere de participación a través del proceso de formación de la ley, de taxatividad y determinación de los hechos como también de las penas en relación a ellos y necesariamente de futureidad de la ley, en cuanto respeto básico al principio de conocimiento, que es el fundamento del principio de legalidad. El Estado debe asegurar al ciudadano el conocimiento de lo punible.¹⁷⁶

En este punto se podría decir que, desde el análisis efectuado, al Derecho penal del enemigo se le puede reprochar que infringe el mandato de certeza o determinación del principio de legalidad, en la medida que recurre a formulaciones legales amplias e indeterminadas que no permiten precisar suficientemente la conducta prohibida.¹⁷⁷

Pues 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. De

175. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal parte general*, 6ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 99.

176. BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Inseguridad y lucha contra el terrorismo*, ob. cit., pág. 406

177. GARCÍA CAVERO, Percy, ob. cit., pág. 943. De la misma manera expone DURÁN MIGLIARDI El Derecho penal del enemigo se caracteriza por la informal, imprecisa y ambigua técnica de redacción utilizada por el legislador para tipificar las infracciones que conforman ese derecho, y con el que claramente se busca vulnerar, a través de una redacción oscura, el mandato de determinación y taxatividad del principio de legalidad de los delitos y las penas. Véase DURÁN MIGLIARDI, Mario, op. cit., pág. 738.

modo correspondiente, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus “complejidades” ya no son un punto de referencia esencial para la tipificación penal.¹⁷⁸

El mandato de certeza no rechaza el recurso a ciertas técnicas de tipificación que facilitan la adaptación de los tipos penales a la multiformidad y dinamismo de la realidad. Las leyes penales en blanco, la accesoriedad administrativa y las cláusulas generales o indeterminadas son precisamente instrumentos legales que contribuyen a esta labor de adaptación de los tipos penales. Afirma GARCIA CAVERO, que en consecuencia, la denunciada porosidad de los elementos típicos utilizados en la legislación penal del enemigo no permite considerar de plano ilegítimo este recurso típico. [...] En consecuencia, el Derecho penal del enemigo que recurre a cláusulas generales en los tipos penales no es necesariamente ilegítimo, pues podrá admitirse cuando sea la única forma de reprimir eficazmente dicha criminalidad y se recurra a conceptos generales con el núcleo de significación asegurado. Lo contrario sería dar origen a una legislación penal que no cubre el mínimo de aseguramiento cognitivo necesario para la credibilidad en el sistema penal.¹⁷⁹

Ahora bien, no es ilegítimo por este motivo, como tampoco lo es el Derecho penal tradicional que utilice cláusulas genéricas siempre que la regulación penal respete la seguridad cognitiva. O dicho de otro modo, lo que convierte en ilegítimo al Derecho penal del enemigo no es el hecho de emplear cláusulas genéricas que es cierto que en algunos casos pueden admitirse, sino las restantes caracterís-

178. CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 364.

179. GARCÍA CAVERO, Percy, op. cit., pág. 944-945.

ticas del mismo que implican una clara vulneración de los derechos y garantías reconocidas constitucionalmente.

3.2 Principio de proporcionalidad

Este principio presupone que la pena o medida de seguridad debe ser proporcional al hecho cometido, por tanto, no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.¹⁸⁰

JAKOBS señala que las penas en el Derecho penal de enemigos no tienen por qué ser proporcionadas, ya que, mientras en el Derecho penal de ciudadanos –en la terminología del *Leviathan*, de los *súbditos* – la equidad o justicia distributiva exige que no se castigue al inocente pues los excesos de penas son actos de hostilidad y de terror, en el Derecho penal del enemigo, el mal al inocente que no es súbdito no es contrario al derecho natural, siempre que conlleve un beneficio para el cuerpo político y no implique una violación de un pacto anterior. Por eso, se afirma, que es legítimo que la venganza frente a súbditos que deliberadamente han negado la autoridad de la Commonwealth se extienda a sus padres y hasta la tercera o cuarta generación.¹⁸¹

El Derecho penal del enemigo pregona la abolición del criterio de proporcionalidad de la pena con relación a los daños causados a favor de la peligrosidad del agente.¹⁸² Como se ha visto la respuesta penal no es necesariamente ajustada a la gravedad del delito, pues según el adelanta-

180. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., pág. 85.

181. Citando a JAKOBS, DURÁN MIGLIARDI, Mario, op. cit., pág. 736.

182. CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, op. cit., pág. 335.

miento de la barreras de protección, lo que se mide no es la gravedad del hecho, sino la peligrosidad del individuo, lo que conlleva a imponer una pena según se estime necesario para neutralizarlo y garantizar la seguridad de las personas y del Estado mismo.

3.3 Principio de intervención mínima

Este principio, también llamado de subsidiariedad o ultima ratio, establece que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataque muy graves a los bienes jurídicos más importantes.¹⁸³

Desde ya se encuentra una contradicción entre este principio y el Derecho penal del enemigo, pues en este último lo vital no es la protección de bienes jurídicos, sino la peligrosidad del delincuente. Siendo así, este principio aplicado al Derecho penal del enemigo se redactaría de la siguiente manera, “el Derecho penal del enemigo sólo debe intervenir cuando el sujeto presente gran nivel de peligrosidad social”.

GRACIA MARTÍN resalta otro aspecto, diciendo que aunque en virtud del principio de subsidiariedad y de ultima ratio haya que partir de la impunidad general de los actos preparatorios, esto no supone que el Derecho penal no pueda penar excepcionalmente algunos actos preparatorios diferenciados por su especial peligrosidad, como es el caso por ejemplo de la conspiración, de la proposición y de la provocación para delinquir en relación con ciertos delitos graves; en la medida en que los actos preparatorios punibles tengan señalada una pena inferior a la de la tentativa del delito correspondiente y, por supuesto, a

183. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., pág. 72.

la de la consumación, su punibilidad no será contraria al principio de proporcionalidad.¹⁸⁴

Sin embargo, según señala el propio JAKOBS, los actos preparatorios, de ejecución, la tentativa, etc., deberán ser punibles pues, es precisamente aquí donde se manifiesta el adelantamiento de las barreras de punibilidad, lo relevante este en la peligrosidad del sujeto, no en la puesta en peligro que represente el acto realizado para el bien jurídico.

3.4 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Expresan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, que bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social (así se catalogan la vida, la propiedad, la integridad física, etc).¹⁸⁵

Por tanto, el Derecho penal tiene una función protectora de bienes jurídicos, así sólo las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico pueden ser objeto de la intervención penal.

En el Derecho penal del enemigo quedó sentado que no es la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos lo que fundamenta su intervención, sino la peligrosidad del sujeto, la protección de bienes jurídicos es aplicable solamente en el caso del Derecho penal del ciudadano.

184. GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 21-22.

185. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., pág. 59.

3.5 Principio de culpabilidad

Parafraseando a MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, podemos decir que en Derecho penal se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación. Por un lado, la culpabilidad como fundamento de la pena, se refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico, es decir, prohibido por la ley penal con amenaza de pena; por otro lado está la culpabilidad como elemento de la determinación o medición de la pena, que implica determinar la magnitud exacta que, en el caso concreto, debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada; finalmente, el concepto de culpabilidad se emplea como proscripción de la responsabilidad por el resultado, en este sentido, impide la atribución al autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia.¹⁸⁶

En este caso nos interesa referiremos al segundo significado, la culpabilidad como elemento de la determinación o medición de la pena, que implica determinar la magnitud exacta que, en el caso concreto, debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada en la realización de un hecho. Sin embargo, desde el esquema del Derecho penal del enemigo, la pena no vendría determinada por la culpabilidad del sujeto (entendida, ahora si, como la atribución de responsabilidad por la realización de un hecho delictivo), sino por la peligrosidad general que este individuo (considerado “enemigo” por sus características personales como pudiera ser la pertenencia a una banda

186. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., pág. 93.

armada u organización criminal) *puede llegar a* representar para la convivencia social, es decir, incluso en aquellos casos en que la peligrosidad misma solo sea “presunta” y no esté demostrada.

De este modo, la severidad desproporcionada de la pena alegada por JAKOBS, no sólo no encontraría el fundamento legítimo que supone la constatación de la culpabilidad del sujeto, sino que en muchos casos ni siquiera en una potencial peligrosidad constatada.

Análisis de algunos aspectos del delito de apología indirecta del terrorismo en el Código penal Español

Regulación del delito en el Código penal español

Uno de los grandes miedos de la sociedad contemporánea es el terrorismo que busca desestabilizar a las sociedades, a los gobiernos, a las regiones, utilizando la violencia extrema como una suerte de metalenguaje a través del cual expresan su disconformidad. Como conducta, la intolerancia y la violencia extrema vienen a quebrar el orden jurídico poniendo en peligro la paz social.¹⁸⁷ La respuesta estatal ha sido la implementación de políticas de seguridad ciudadana que vendrían a calmar sentimientos de inseguridad generados, de forma directa o indirecta, por este tipo de actos.

Precisamente, la aparición de este tipo de políticas ya se nota en la inclusión dentro del cuerpo normativo, específicamente de la legislación penal, de una serie de ma-

187. CAPALDO, Griselda, *La eficacia del Derecho como instrumento facilitador de la paz frente a los desafíos del terrorismo y la globalización*, en LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, “Cedant arma togae”, Actas de coloquio internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 412.

nifestaciones de lo que hoy se denomina el Derecho penal del enemigo.¹⁸⁸

En la actualidad uno de los casos a destacar es el de la regulación del delito de enaltecimiento o justificación de actos terroristas o, como mejor se conoce, apología indirecta de terrorismo.

La previsión del castigo del delito de apología, en sentido amplio, ha sido desigual en la historia de los códigos penales españoles.¹⁸⁹ Hasta 1988, estuvo ligada a la legislación antiterrorista.¹⁹⁰ En concreto, en el Cp 1944 el art. 268 establecía “La apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de los delitos comprendidos en este título [delitos contra la seguridad interior del Estado], y la de sus culpables, será cas-

188. Téngase como ejemplo de las mismas la regulación especial de la violencia de género en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; la tipificación de la tenencia de pornografía infantil para uso personal regulada en el art. 189.2 Cp, la tipificación de la colaboración con banda armada (art. 576), el terrorismo individual (art. 577), entre otros.

189. El tratamiento en Derecho penal de la apología y de los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación ha estado sometido a los dictados de la ideología, liberal o autoritaria, del poder político presente en cada momento histórico. Véase MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, Apología del terrorismo, en Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón / coord. por Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli, Editorial Tirant lo Blanch, 2003, pág. 553.

190. De la misma manera expresa que la apología está vinculada al castigo de conductas de signo político, pues se asociaba a delitos de rebelión, contra la seguridad del Estado y sobre todo, terrorismo, cuando para éste se debatía su naturaleza de delito político. Véase SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, *La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, pág. 910-911.

tigada con la pena de prisión menor”.¹⁹¹ Precisamente en los últimos momentos del franquismo se aporta en el Decreto Ley 10/1975 una expresa definición de apología cuya amplitud lógicamente no podía sobrevivir en la restauración de la democracia. Diez años después la LO 9/1984 de 26 de diciembre, retoma una definición de la apología de amplio espectro, que vuelve a quedar derogada cuatro años después¹⁹² (por la LO 3/1988, de 22 de mayo, de reforma del Código penal). A las puertas del Cp 1995, en la misma línea la apología se previó en sede de delitos contra el derecho de gentes (art. 137 bis b)) y de discriminación (art. 165 ter).

A falta de una definición legal en estos últimos años, la doctrina y la jurisprudencia acogieron un entendimiento de la apología como manifestación pública de “alabanza”, “elogio” o “exaltación” de actos delictivos o de sus culpables, o como propuesta de que la acción delictiva se tome como “modelo de comportamiento aprobable”. Progresivamente la doctrina destaca que debe tratarse de conductas con potencialidad para “crear un clima favorable a una futura pero imprecisa ejecución de delitos”.¹⁹³

De esta manera, la permanente polémica sobre la compatibilidad del castigo de la apología con el ejercicio de la libertad de expresión y de la discrepancia ideológica, condujo al legislador en 1995 a reducir la apología no ya a la que pudiera “preconizar” la comisión difusa de algún

191. SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, , ob. cit., pág. 899.

192. ASÚA BATARRITA, Adela. Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 3, 1998, pág. 1640.

193. Ibídem, pág. 1639-1640.

delito, sino a recortarla sobre el patrón de la provocación directa.¹⁹⁴ Así, atendiendo al reconocimiento del Derecho constitucional a la libertad de expresión, la previsión genérica recogida hoy en el art. 18.1.II expresa: “Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas¹⁹⁵ o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”.

Se nota así que el Cp vigente responde a la fórmula más liberal de castigar los actos preparatorios sólo en relación a los bienes jurídicos más relevantes y siempre que la punición esté expresamente prevista en la Parte Especial (arts. 17.3 y 18.2). Pero además, hace desaparecer la apología como forma autónoma de imputación diluyéndola dentro de la provocación¹⁹⁶ al exigir, para castigarla, que consti-

194. *Ibidem*.

195. Sobre la tipificación de la apología cabe señalar que el término “concurrencia de personas” es impreciso y no resalta el carácter público del acto o del lugar donde debe realizarse la conducta. De la misma manera, el establecer cualquier medio de expresión pública o difusión, debe entenderse realizada por medios de difusión no de comunicación, radio y televisión, que no permiten establecer diálogo entre receptor y emisor, aquí se presenta el problema de la posible tipicidad de la apología a través del Internet, que dada los presupuestos de tipo vendría a ser una conducta atípica.

196. Para DEL ROSAL BLASCO, el art. 18.2 es “tanto como decir: la apología, que no es igual que la provocación porque no es una incitación directa, sino una incitación indirecta, sólo se castigará cuando, por su naturaleza y circunstancias, se convierta en incitación directa, es decir, cuando se convierta en una provocación”. Véase MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, *ob. cit.*, pág. 554. Para COBO DEL ROSAL, el art. 18 entiende que el legislador (...) formula un concepto general de apología para describir algo que, posterior-

tuya “una incitación directa¹⁹⁷ a cometer delito”, considerándola entonces “como forma de provocación”.¹⁹⁸

La apología como “estructura discursiva tendente a ganar adhesiones”, se caracteriza entonces por entrañar “una forma de incitación al delito más sutil” que la estricta provocación directa. La orientación hacia un concepto restringido de la apología, sobre la concurrencia de esa tendencia o ánimo a la “provocación” de algún delito, responde a la exigencia de conciliar la intervención penal con el prin-

mente, no es apología y que finalmente conduce por los derroteros de su práctica inaplicación. Véase COBO DEL ROSAL, Manuel. Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo. Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique BACIGALUPO / coord. por José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Vol. 1, 2004, pág. 107.

197. Véase STC 159/1986, de 12 de diciembre, caso del director del diario “Egin”; 199/1987, de 16 de diciembre, que resuelve acerca de la constitucionalidad de la LO 9/1984 contra la actuación de bandas armadas; 42/1995, entre otras.

198 MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, ob. cit., pág. 554. La apología ha quedado prevista en el art. 18 del Código penal, como una conducta genérica no vinculada a un tipo o grupo de tipos determinados. Véase SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, ob. cit., pág. 894. Entiende QUINTERO OLIVARES que si se examina la definición de la apología del art. 18.1, resulta difícil otorgarle la condición de acto preparatorio y, que tal condición sólo surge cuando “se aprecia que con esa definición de la apología, la Ley no persigue otra cosa que ampliar el concepto de provocación extendiéndolo a la provocación indirecta”. No comparto esta opinión. El art. 18 define la provocación como “incitación directa” (“cuando directamente se incita”); después define la apología como la acción de ensalzar el crimen o enaltecer a su autor; y, añade que esa acción de ensalzar o enaltecer “sólo será delictiva como forma de provocación y si... constituye una incitación directa a cometer delito”. Esto no supone ampliar el ámbito de la provocación, dando cobijo a la provocación indirecta, sino más bien restringir el ámbito de la apología punible a la que sea provocación directa. Citado por MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, ob. cit., pág. 578-579.

cipio de lesividad –al menos en su modalidad de peligro– de bienes jurídicos.¹⁹⁹

Sin embargo, a ésta regulación de la apología, le sigue una nueva previsión en virtud de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que dio la actual redacción al art. 578, para tipificar una peculiar forma de apología: el enaltecimiento o la justificación de delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución.

Conducta típica

Dispone el art. 578 del Cp: “El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

La razón de esta nueva tipificación, se debe a que hasta la reforma operada por la LO 7/2000, las posibilidades de castigar conductas de apología del terrorismo quedaban muy reducidas por el requisito de incitación directa a cometer un delito; sobre todo si se tiene en cuenta que este requisito debe entenderse como una doble exigencia: la incitación directa en si misma y la idoneidad de esa incitación para poner en peligro el bien jurídico del delito objeto de la apología. La existencia del requisito “incitación directa” produjo más de una situación de profunda insatisfacción, al no poderse castigar determinados com-

199. ASÚA BATARRITA, Adela. Ob. cit., pág. 1640.

portamientos dolorosos y difícilmente soportables, pero atípicos.²⁰⁰

MANZANARES SAMANIEGO, cuando glosa el proyecto de ley que desembocó en la LO 7/2000, señala que el Código de 1995 se ha mostrado inoperante en materia de terrorismo y que “...cuando vuelven los homenajes públicos a los asesinos y se adueñan de la calle los vociferantes partidarios de la banda, seguíamos preguntándonos si todo ese aquelarre había de quedar impune por la imprevisión del legislador. O admitimos llanamente que tales comportamientos son impunes...o se modifica el Código penal de acuerdo con la demanda de la ciudadanía”²⁰¹ (cabría entonces entender que la tipificación pretende dar respuesta a un sentimiento de indignación social).

Así en la Exposición de Motivos la LO 7/2000, al referirse al nuevo art. 578, dice que “las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un esfuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas”.

De la misma manera expone que “los poderes públicos tienen que afrontar que los comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas. Tanto más si se considera que, cuanto más avanza la sociedad ganando espacios de libertad

200. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, ob. Cit., pág. 555.

201. *Ibíd.*, pág. 575.

frente al terror, más numerosas y variadas son las actuaciones terroristas que tratan de evitar, atemorizando directamente a cada ciudadano o, en su conjunto, a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, que se desarrolle con normalidad la convivencia democrática y que la propia sociedad se fortalezca e imponga dicha convivencia, erradicando las graves e ilegítimas conductas que la perturban”.²⁰²

Por tanto, esta previsión marca un nuevo paso, respecto a la del art. 18.1.II. “La apología del terrorismo (...) no exige el requisito de la incitación directa del art. 18.1; entonces, tratándose de delitos de terrorismo, se pueden castigar conductas apologéticas no provocadoras”.²⁰³

Se puede decir entonces que la situación en la que conviven los arts. 18 (en relación al art. 579) y 578 es la siguiente: dos apologías, una que requiere incitación directa

202. Así, se lee en la prensa cómo se pretende “estrechar el cerco” sobre los “predicadores del odio”, instigadores del terrorismo. Cfr. SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, ob. cit., pág. 893.

203. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, ob. cit., pág. 554. No obstante la originaria intención del legislador, la existencia de una tipificación específica del delito de apología del terrorismo, al margen del delito de provocación, hizo que la jurisprudencia utilizara al delito de colaboración con banda armada de una manera un tanto forzada para incriminar el tipo de conductas propias de la apología. Así, el legislador da marcha atrás en sus decisiones, dio un primer paso para volver a incriminar esta conducta en 1998 con la LO 2/1998, que incorpora un tipo de amenazas con finalidad terrorista. La propia exposición de motivos de esta norma indicaba que el tipo venía a cubrir un vacío o escalón intermedio entre un delito de amenazas con sujeto pasivo plural concreto, y un acto preparatorio de apología. Véase CARUSO FONTÁN, María Viviana. Los límites a la libertad de expresión en la Constitución Política y en las normas penales (Especial referencia a la problemática del delito de la apología en el terrorismo). Revista penal, No 20, 2007, pág. 46.

y otra que no requiere ningún tipo de incitación y que se castigan, una con pena referencial y otra con pena fija.²⁰⁴

BERNAL DEL CASTILLO, partiendo de las diferencias entre los arts. 18 y 578, sostiene que, en principio, caben dos interpretaciones:

- 1) “Que aunque explícitamente no se exija el requisito de la incitación (directa) a cometer nuevos delitos, se entiende presente implícitamente, con lo cual el art. 578 debería cumplir con todas las condiciones expuestas en el art. 18”.
- 2) “Que el art. 578 no define una verdadera figura de apología, en el sentido de acto preparatorio del delito, con lo cual el legislador habría creado un concepto de apología distinto del ya existente”.²⁰⁵

204. Esta duplicidad de fórmulas punitivas, dificulta la determinación de la gravedad de cada comportamiento, pues no podemos decir, para todos los casos, que la apología/incitación directa se castigue más gravemente que la otra apología, la no provocadora. Véase MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, ob. cit., pág. 580. A esto añade que es una “operación ineludible a efectos de fijar la penalidad” que “se pueda determinar con suficiente precisión cuál es el delito cuya realización se incita”. *Ibidem*, pág. 562. Por otro lado, decir que la pena de 1 ó 2 años del artículo 578 puede ser acompañada de inhabilitación absoluta hasta por 20 años, conduce a una situación difícilmente explicable. No es que aquí se pretenda que las penas privativas de derechos tengan una finalidad resocializadora, pues ello sólo es predicable de las privativas de libertad, por lo que sí debe intentarse es que la privación de derechos no se convierta en un obstáculo para la reinserción. *Ibidem*, pág. 559.

205. *Ibidem*, pág. 577. Un sector de la doctrina plantea una tercera vía propugnando “una concepción de la apología del terrorismo que, manteniendo sus lazos con la figura de la provocación, introduzca una nueva concepción de la misma menos rigurosa” lo que consiste en que el art. 578, y por cierto también el 607.2 relativo al tipo de genocidio, “tipificarían el enaltecimiento o justi-

Esto lleva a plantearnos la cuestión de si el tipo previsto en el art. 578 debe considerarse como una figura autónoma²⁰⁶ o constituye también un acto preparatorio de provocación en el que se encuentra implícita la finalidad de incitación recogida por el art. 18.

El enaltecimiento es sinónimo, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, de ensalzamiento. A su vez, ensalzar significa engrandecer, exaltar, alabar o elogiar. En cuanto a la justificación, justificar significa probar una cosa con razones convincentes, testigos o documentos y, también, rectificar o hacer justa una cosa.²⁰⁷

De tales definiciones se puede inferir que el enaltecer o justificar determinado acto, independientemente que se trate de terrorismo, sólo supone la manifestación de ideas

ficación del terrorismo o genocidio cuando de dichas conductas se derive un riesgo genérico, indirecto o circunstancial, apto para la creación o el favorecimiento de un clima de aceptación social del terrorismo o genocidio, sin que sea necesario que constituya una provocación directa a delitos concretos y personas determinadas. (...) incluso se ha sostenido que la tipificación de la conducta de exaltación del terrorismo sólo resulta legítima si se entiende como una forma de “injurias colectivas”, aunque, eso sí, en este último caso se reconoce que entonces la pena prevista por el art. 578 es contraria al principio de proporcionalidad. Véase LAMARCA PÉREZ, Carmen, Apología: un residuo de incriminación de la disidencia, Estudios Monográficos, La Ley penal, No 28, Año III, junio 2006, pág. 4.

206. LAMARCA señala que la naturaleza de la apología como figura autónoma en España fue especialmente defendida por QUINTANO RIPOLLÉS quien la configuró como “una forma de cooperación ideal *ex post ipso*” con la importante consecuencia de requerir la previa ejecución de una conducta delictiva sobre la que proyectar el elogio o ensalzamiento. *Ibidem*, pág. 7 (nota al pie de página 29).
207. CAMPO MORENO, Juan Carlos. El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 1, 2001, pág. 1752.

que entrañan un juicio de valor determinado, pero que no constituyen de forma alguna una incitación a cometer un delito, ni directa ni indirecta, pues el mostrar conformidad o incluso aprobación de hechos delictivos o de sus autores por sí solo no es idóneo para incidir en otro sujeto la voluntad de ejecutar los mismos delitos. Se trata por tanto, de la emisión de una mera opinión.

Considera SÁNCHEZ-ORTIZ que se trata de una modalidad de provocación, que, junto con la conspiración y proposición, constituyen los llamados actos preparatorios punibles, los cuales serían preceptos que extienden la penalidad más allá de lo previsto en los respectivos tipos que vienen a preparar aquéllos.²⁰⁸ Sin embargo, de la redacción del propio artículo no se puede inferir que sea, o al menos que tenga el mismo estatus de la provocación, pues como se ha dicho, al contrario de ésta, el art. 578 no requiere una incitación directa. Esto es fundamental, porque la provocación, conspiración y proposición son llamados actos preparatorios punibles precisamente porque, si bien no llegan a lesionar un bien jurídico determinado, tienen la finalidad de hacerlo, para lo cual el sujeto realiza ya actos encaminados a tal efecto o procura incidir en otros para la realización del delito.

COBO DEL ROSAL es de la opinión que con la primera parte de la fórmula legislativa la cuestión hubiera quedado resuelta, esto es, la exposición ante una concurrencia de personas o difusión, por cualquier medio, de ideas o doctrina que enaltezcan al crimen o a su autor, y que únicamente pudiera ser punible si significa una incitación para cometer el delito, pero no necesariamente directa.²⁰⁹ Sobre

208. SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, ob. cit., pág. 896.

209. COBO DEL ROSAL, Manuel, ob. cit., pág. 106.

este punto me encuentro en desacuerdo, porque por una parte, la emisión de tales “ideas” no contiene ningún mensaje sugestivo que implique, instigar o inducir a algún sujeto a ser partícipe o autor de hechos similares. El requerir que el enaltecimiento sea público lo que, normalmente, supondrá su difusión a través de determinados medios como la televisión, prensa o radio, deja entrever que no resulta punible la opinión emitida en privado, ante un grupo de amigos, por teléfono, e incluso el medio de uso tan habitual hoy en día como es el correo electrónico,²¹⁰ por tanto, se determina que el enaltecer o justificar un delito en privado es la emisión de una opinión que no presenta, en ningún caso, una posible puesta en peligro a un bien jurídico, pues al tratarse de un juicio de valor sin un contenido de incitación, la conducta resulta atípica. Partiendo de esta consideración, cabe preguntarse cómo la misma conducta sólo por el hecho de ser realizada en público o por un medio de difusión, sin tener como destinatario a personas concretas, puede ser capaz poner en peligro un bien jurídico.

Es posible incluso que dentro de las personas que lleguen a tener conocimiento de la opinión emitida, se encuentre más de un sujeto que justifique y apruebe los delitos cometidos, pero eso no quiere decir que alguno de ellos quisiera llegar a ser autor o participar de alguna manera en su ejecución. Por otra parte, ya el mismo Tribunal Constitucional ha manifestado en diversas resoluciones que para que se penalice la apología, no como un mero

210. LAMARCA PÉREZ, Carmen, Apología: un residuo de incriminación de la disidencia, Estudios Monográficos, La Ley penal, No 28, Año III, junio 2006, pág. 4.

acto de emisión de ideas, ésta debe contener el elemento indispensable de incitación directa.²¹¹

Y es que considero que al tipificar esta conducta y conminarla con una pena propia, el legislador, más que el carácter de acto preparatorio punible, ha querido darle el trato de un delito autónomo, algo distinto de la apología en sentido amplio y de la provocación. Sin embargo, que una conducta se encuentre descrita en la parte especial o que tenga una pena propia y no de referencia, no es suficiente para catalogarla como un delito autónomo, sino que la misma debe, al menos, poner en peligro un bien jurídico específico. Ante ello, se debe determinar cuál es el bien jurídico que se pretende proteger por la apología del art. 578.

Es evidente que, no tratándose de un acto preparatorio de un delito de terrorismo, el bien jurídico no será de referencia, es decir, no será el propio del delito objeto de la apología. Por otro lado, la ubicación sistemática del art. 578, tampoco resuelve el problema, porque los llamados “Delitos de terrorismo” (encabezamiento de la Sección 2ª del Capítulo V del Título XII) no obedecen a un bien jurídico propio, específico y definido dentro del genérico de “orden público”. Luego, sólo nos caben dos posibilidades. O admitimos que el bien jurídico es el “orden público”, con lo que reiniciamos toda la polémica histórica sobre el castigo de la apología y su posible inconstitucionalidad, o admitimos los sentimientos de “perplejidad e indignación social”, de los que habla la Exposición de Mo-

211. Véase STC 159/1986, de 12 de diciembre, caso del director del diario “Egin”; LO 199/1987, de 16 de diciembre, que resuelve acerca de la constitucionalidad de la LO 9/1984 contra la actuación de bandas armadas; LO 42/1995, entre otras.

tivos, como bien jurídico.²¹² El análisis comparativo de las dos conductas del art. 578 es aquí útil.²¹³

Como se denota en la redacción del art. antes mencionado, el tipo contiene dos conductas delictivas, por un lado, el enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores, y por otro, el descrédito o humillación de las víctimas o sus familiares.

Analicemos por separado ambas conductas. Por lo que se refiere a la segunda de ellas, esto es, al descrédito o humillación de las víctimas o sus familiares, se pretende proteger a un grupo muy concreto de personas, las víctimas o sus familiares, que pudieran verse afectadas por determinadas manifestaciones que impliquen un ataque a su fama, crédito, dignidad o incluso, pudieran suponer algún tipo de vejación o humillación que atente contra su integridad moral. La importancia de los bienes que pudieran resultar lesionados y el hecho de que sean dignos de protección está fuera de toda duda: honor, dignidad y/o in-

212. Así la Exposición de Motivos de la citada ley dice que “No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por lo contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal”. Para MANJÓN-CABEZA OLMEDA por más que se pretenda, en esta justificación, los términos que se quieren contraponer, no son contrapuestos. Véase MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, ob. cit., pág. 574.

213. *Ibidem*, pág. 575-576.

tegridad moral; pero también resulta incuestionable que todos estos bienes jurídicos ya se encontraban protegidos por el Código penal como delitos contra el honor, delito contra la integridad moral, etc. Así, si las acciones o manifestaciones realizadas suponen un atentado que implique un descrédito, menosprecio o bien una humillación o vejación hacia las víctimas o sus familiares, el Código penal daba una adecuada respuesta a los mismos a través de los delitos mencionados sin que fuera necesaria la inclusión expresa de esta conducta en el art. 578. Y la posibilidad de la aplicación de los preceptos penales ya existentes se deriva de que la conducta que estamos analizando debe ir encaminada a afectar a personas concretas y perfectamente determinadas, esto es, las víctimas o sus familiares, a diferencia de la apología donde no hay víctimas concretas.

En relación con la primera de las conductas descritas en el art. 578, el enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores (conocida como “apología”), la problemática resulta diferente. En este tipo de comportamientos, tal como hemos señalado, no existen víctimas concretas y, todo lo más, podremos identificar como víctimas a una generalidad de personas de imposible determinación, que pudieran sentir perplejidad o indignación ante estas manifestaciones. Esta característica impide que, tal como hemos analizado en relación con la anterior conducta típica, podamos identificar claramente un bien jurídico a proteger en este precepto, incluso uno que ya se encontrara protegido en otro lugar.²¹⁴ Así, para justificar la intervención penal en un ámbito concreto se hace necesario constatar la presencia de un bien jurídico dig-

214. *Ibídem.*

no de protección, y, en este caso concreto, tal como señalábamos anteriormente, para sustentar la legitimidad del precepto analizado, las opciones son dos: o bien entendemos que el “sentimiento de perplejidad e indignación social” es un bien jurídico que debe protegerse por el ordenamiento jurídico penal, o bien admitimos que el bien jurídico que aquí se protege es el “orden público”.

Si se toma el sentimiento de indignación de las víctimas como bien jurídico a proteger se produciría una violación a los preceptos constitucionales, pues la intervención de *ius puniendi* debe estar dada por la valoración de acciones que comprendan una relevancia para el ordenamiento; por ello, bien jurídico se considera aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social,²¹⁵ el sentimiento de indignación es meramente subjetivo, puede variar de una persona otra y por tanto no puede ser considerado como bien jurídico; como señala PRATS CANUT, “ampliar la punición de comportamientos que evocan la apología y por tanto los problemas que ésta suscita se ven agravados en términos garantistas. Por qué no se desconoce que la existencia de estas conductas comportan un notable impacto social, pero lo que sí se pone en tela de juicio es que el instrumento penal sea el idóneo para encarar dichos problemas y, en definitiva, qué criterios de impacto social deben de constituirse en criterios de incriminación en contra de la lógica garantista que constituye el acervo más importante del Derecho penal moderno”.²¹⁶

215. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., pág. 59.

216. Citado por DÍAZ PITA, María del Mar y FARALDO CABANA, Patricia, La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas

Si por el contrario se tiene al orden público como referencia del bien jurídico protegido por este tipo penal, es válido el interrogante si efectivamente la apología del terrorismo lesiona o pone en peligro de manera significativa al orden público, y a todas luces la respuesta es que no. Sin entrar en la polémica doctrinal respecto al bien jurídico “orden público” y la dificultad de su precisión, se puede afirmar, como señala Núñez CASTAÑO, que con esta denominación el legislador se está refiriendo al “orden” de un sistema político concreto, y su configuración y delimitación viene condicionada por el mismo; de este modo, si el sistema político de España se configura como un Estado de Derecho constitucional, debemos entender que el bien jurídico al que nos referimos es el orden constitucional.²¹⁷ Entiendo que éste debe concebirse como el respeto por una parte, a los órganos e instituciones a través de las que se desarrolla la actividad pública en un Estado de derecho, así como el correcto funcionamiento de los mismos y, por otra parte, el respeto a los principios fundamentales que inspiran todo el ordenamiento jurídico.²¹⁸ De este modo, para afirmar que mediante la regulación contenido en el art. 578 se protege el orden público, entendido como orden constitucional, sería necesario constatar que las conductas descritas son idóneas para, al menos, ponerlo en peligro, es decir, para poner en peligro a los órganos e instituciones públicas y/o su correcto funcionamiento y/o los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

del Código penal de 1995, en *Revista de Derecho penal y proceso penal*, No. 7, 2002, pág. 128-129.

217. Núñez CASTAÑO, Elena, op. cit., págs. 16 y ss.

218. Núñez CASTAÑO, Elena, op. cit., pág. 18.

Resulta fácilmente constatable que la justificación o enaltecimiento de los actos terroristas o de sus autores no tienen capacidad alguna, no ya de lesionar, sino ni siquiera de poner en potencial peligro los órganos o instituciones de un Estado de Derecho ni sus principios fundamentales. Por consiguiente, de la descripción que se hace de la conducta, como se adelantaba, se desprende el hecho de que la justificación o aprobación de un delito, por sí misma no pone en peligro,²¹⁹ ni siquiera de manera abstracta, ningún bien jurídico, porque por un lado no implica incitación alguna a su comisión y por otro, no se da el inicio de ninguna fase de ejecución de un tipo en concreto. Por lo que, como señala LAMARCA PÉREZ, supondría sancionar por una mera alabanza o enaltecimiento de acciones delictivas o por la defensa de ideas o doctrinas, conductas que podrán ser o no moralmente discutibles pero tras las que no se vislumbra ninguna lesión o riesgo para bienes jurídicos relevantes por lo que, sin duda alguna, dicha sanción constituye una muestra inequívoca de autoritarismo que criminaliza la mera disidencia con el modelo político o social imperante.²²⁰

219. MANJÓN-CABEZA expresa que si se acepta que el castigo de los actos preparatorios no puede tener una fundamentación exclusivamente subjetiva, sino que, en palabras de RUÍZ ANTÓN, “el injusto deriva del ataque directo al bien jurídico protegido en el precepto de la parte especial afectado mediante la creación de un peligro objetivo para el mismo”, entonces, tratándose de la apología no provocadora del art. 578, nos falla tal fundamento, pues no hay ataque directo a un bien jurídico de referencia de la parte especial (vida, integridad, libertad...). Habrá que buscar un bien jurídico distinto, propio y no de referencia. *Ibídem*, pág. 555.

220. LAMARCA PÉREZ, Carmen, *ob. cit.*, pág. 4. Por lo tanto, se exige la creación de un peligro para los bienes jurídicos, que alejaría la apología de las propuestas que la conciben como un delito. SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, *ob. cit.*, pág. 900-901. (Véase cita número 21).

Ahora, el bien jurídico orden público, supone comparar el criterio de tipificación la conducta con los delitos de terrorismo y de acuerdo a la ubicación sistemática dentro del Cp, podría inferirse que la apología del terrorismo se trata de un delito de terrorismo (como los señalados de art. 571 al 577).

Considera COBO DEL ROSAL, que particular importancia reviste en tal sentido el recurso a la llamada *ratio legis*, esto es, la finalidad objetiva de la norma. *Ratio legis* y bien jurídico no son, pese a lo que a veces se afirma, criterios idénticos ni absolutamente coincidentes, pues no siempre la protección penal otorgada a un determinado bien jurídico constituye la finalidad última perseguida por el ordenamiento al otorgarla.²²¹

En ocasiones se protege un determinado bien jurídico en aras de la obtención de ciertos resultados, más o menos remotamente conectados con él. Las razones motivadoras de la incriminación de una conducta como delito no son, necesariamente, coincidentes con el bien jurídico, ni tampoco lo son las variadas causas político-criminales tenidas en cuenta por el legislador.²²²

En consecuencia, el hecho es que un tipo de injusto se incluya dentro de la rúbrica de los “delitos de terrorismo”, como sucede con el vigente art. 578 del Código penal no significa, por sí mismo, que el delito sea necesariamente “terrorismo”, pues esto último debiera derivarse de la interpretación de la materia penalmente prohibida recogida del tipo de injusto y no de la simple semántica utilizada

221. COBO DEL ROSAL, Manuel, ob. cit., pág. 108-109.

222. *Ibídem*, pág. 109.

por el legislador para ordenar, a veces de forma sólo estética, los Capítulos y Títulos del Código penal.²²³

Los antecedentes expuestos dejan claro que, la exaltación, o si se quiere, el enaltecimiento, de las conductas terroristas, con independencia de la ubicación que decida darles el legislador cuando opte por su incriminación, y pese a ser sin duda muy grave, es, sin más, un delito de apología del terrorismo, pero no terrorismo,²²⁴ por lo que tampoco podrán aplicarse en estos casos las medidas excepcionales sobre suspensión de derechos u otras consecuencias propias de este tipo de normativa.²²⁵

Así planteadas las cosas, se hace necesario entonces llegar a la conclusión de que la conducta descrita en el art. 578, tal y como está redactada tipifica un comportamiento apologético, que no es acto preparatorio, que no es provocación, que no requiere incitación directa, ni indirecta y que no se castiga por el peligro, ni siquiera abstracto, para

223. Así señala que la apología del terrorismo está dentro de los delitos de terrorismo pero dicha ubicación sistemática no es todo, ni puede serlo. *Ibidem*.

224. Basta pensar que, si así fuese, que por ejemplo la pena de uno a dos años con la que el Código penal amenaza este delito, sería realmente muy escasa. *Ibidem*, pág. 110. En el mismo sentido LAMARCA PÉREZ expresa que la apología del terrorismo no constituye un delito de terrorismo pues el elogio de estas conductas o incluso la identificación ideológica no puede llevar a suponer una vinculación real con las organizaciones o elementos terroristas a cuyos presuntos integrantes o colaboradores cabe únicamente calificar como terroristas y, entre otras consecuencias, restringir sus derechos constitucionales. Véase LAMARCA PÉREZ, Carmen, *ob. cit.*, pág. 2. SÁNCHEZ-ORTIZ es de la postura que estas conductas podrían calificarse, no como terrorismo basado en actos previos (según el modelo clásico de la causación de efectos dañosos), sino como terrorismo de “contexto” o “situación”. Sánchez-Ortiz, Pablo, *ob. cit.*, pág. 900-901.

225. LAMARCA PÉREZ, Carmen, *ob. cit.*, pág. 3.

un bien jurídico de referencia de los delitos de terrorismo, por lo que se “sitúa el marco de la punición penal peligrosamente cerca del ámbito perteneciente al ejercicio del derecho a la libertad de expresión”,²²⁶ porque ciertamente, un tipo delictivo no puede encontrar su fundamento simplemente en que la conducta consista en una “manifestación de ideas”, por muy lejanas que las mismas puedan resultar a nuestra forma de pensar y de sentir.²²⁷

Por lo tanto, la LO 7/2000, al prescindir para el art. 578 del elemento de incitación directa a la comisión de delitos, ya requerido expresamente por múltiples resoluciones del Tribunal Constitucional en situaciones anteriores,²²⁸ lo que sanciona es la manifestación de una idea, un juicio de valor, de una opinión.

La importancia del requisito de incitación y asunción de los hechos delictivos como algo positivo y encomiable, había sido destacada por el Tribunal Constitucional en su célebre sentencia de 26 de diciembre 1986 (STC 159/86) en la que absolvió al director del diario Egin por la inserción de comunicados de ETA. Avanzando en la fundamentación, la sentencia reconoce que a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se requiere la presencia de un ulterior elemento: que la difusión del mensaje cuyo contenido se asume “constituya incitación directa a cometer un delito”, según la definición del art. 18: “Por ello es exigible que la concreta manifestación apologética no

226. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, ob. cit., pág. 578.

227. CARUSO FONTÁN, María Viviana, ob. cit., pág. 47.

228. Véase STC 159/1986, de 12 de diciembre, caso del director del diario “Egin”; 199/1987, de 16 de diciembre, que resuelve acerca de la constitucionalidad de la LO 9/1984 contra la actuación de bandas armadas; 42/1995, entre otras.

sólo se dirija a defender la actividad delictiva ya realizada y a sus autores, sino que además, ha de ser apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos en la medida en que pueda determinar a otros a la comisión de un delito”.²²⁹

Sobre este punto el Tribunal Constitucional (Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LO 9/1984, de 26 de diciembre) se expresó de forma inequívoca al respecto: “La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos”.

“Resulta, pues, que la apología, cuando se persigue penalmente, es un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratada de igual modo como delito la apología de la apología, lo que conduciría directamente al absurdo”.²³⁰

229. ASÚA BATARRITA, Adela, ob. cit., pág. 1640.

230. Sin embargo, la ley modifica el art. 579, que incluye en su apartado primero el contenido del art. 578 en su anterior redacción. El peculiar resultado de esta reforma es que se puede sancionar la provocación para cometer el delito de enaltecimiento o justificación de delitos terroristas, “o sea, la incitación directa de una incitación indirecta”. Véase CAMPO MORENO, Juan Carlos, ob. cit., pág. 1752. Como dirían DÍAZ PITA y FARALDO CABANA, “El absurdo elevado a la enésima potencia”. Cfr. DÍAZ PITA, María del Mar y FARALDO CABANA, ob. cit., pág. 144. Sobre los comentarios a la naturaleza del delito de apología, véase MUÑOZ CUESTA, Javier,

Aludiendo a esta sentencia, en el auto del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002, el Tribunal se pronuncia acerca de la naturaleza del delito de apología del terrorismo (caso Arnaldo Otegui). En esta oportunidad confirmó a la apología indirecta como un delito autónomo sosteniendo que la misma tiene naturaleza de un “delito de opinión”.²³¹

En el Preámbulo de la LO 7/2000 el legislador señala expresamente que “al sancionar la apología no se trata de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad.”²³²

Sin embargo, como destaca DEL ROSAL BLASCO “la exigencia del ánimo incitador marca el límite entre lo que podría ser un comportamiento fundamentador de un injusto penal y lo que, en cualquier caso, es una mera expresión de pensamientos. Así debe ser, si no se quiere, por la vía

Acto público de enaltecimiento y justificación de quien ha participado en la ejecución de delitos de terrorismo, comentario STS, sala 2ª, de 20 de junio de 2007, en Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, No. 14, 2007.

231. Arnaldo Otegi Mondragón es miembro del Parlamento Vasco. El día 30 de marzo último, la organización Batasuna celebró un mitin en el frontón Jai Alai, de la ciudad francesa de San Juan de Luz, con ocasión del Aberri Eguna (Día de la Patria). En ese acto, según las agencias de prensa, Arnaldo Otegi Mondragón tomó la palabra y, al fin, cerró su intervención gritando: Gora Euskadi ta Askatasuna (Viva ETA). Véase COBO DEL ROSAL, Manuel, ob. cit., pág. 107.

232. LAMARCA PÉREZ, Carmen, ob. cit., pág. 3.

del castigo a meras adhesiones ideológicas, limitar el ámbito de la libertad de expresión”.²³³

En realidad, en un Estado de Derecho los llamados delitos de opinión, esto es, la difusión o el elogio de ideas o doctrinas, debiera ser penalmente irrelevante por muy radical o heterodoxo que pueda ser su contenido pues junto al derecho antes mencionado el principio de pluralismo supone no sólo que han de tolerarse las distintas opiniones y tendencias ideológicas sino también que la discrepancia debe ser considerada como un valor.²³⁴

Conductas como reproducir un comunicado o manifestar una común ideología no son actos que constituyan o deban constituir un delito de apología aunque, en realidad, el problema reside en aclarar qué tipo de manifestaciones son demostrativas de que sólo existe una coincidencia política. Asimismo, tampoco debe considerarse punible realizar una alabanza genérica de la actividad armada como forma política de lucha, ni de dar el nombre de una calle o realizar un homenaje a una persona imputada o condenada por terrorismo ni, por supuesto, puede constituir delito de apología la conducta consistente en negarse a reprobar o condenar los atentados terroristas.²³⁵

Ya lo señalaba la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, en la causa especial seguida contra los 23 miembros integrantes de la Mesa Nacional de la Coalición Política Herri Batasuna, procesados por el delito de pertenencia a banda armada y por delito de apología, dictó sentencia, el 29 de noviembre de 1997, que resolvía sobre dos hechos distintos: por un lado, la publicación de dos comunicados

233. CARUSO FONTÁN, María Viviana, ob. cit., pág. 47.

234. LAMARCA PÉREZ, Carmen, ob. cit., pág. 1.

235. *Ibídem*, pág. 3.

emitidos por la Coalición inmediatamente después de los asesinatos de Fernando Múgica Herzog y de Francisco Tomás y Valiente, ambos en el mes de febrero de 1996, en los que se justificaban los asesinatos y, por otro, la decisión de emitir, en los espacios electorales gratuitos de la coalición, un video remitido por ETA en el que se presentaba la “Alternativa Democrática” y una cuña radiofónica con similar mensaje.²³⁶

En el primer comunicado se manifestaba que el asesinato “se situaría como una respuesta más a la implicación y responsabilidad de determinadas personas en la trama negra del Estado español en Euskal Herria”; y se advertía que si el gobierno de Madrid “opta por endurecer la represión no va a lograr sino una mayor contundencia en la respuesta de la sociedad vasca”. En el segundo comunicado aludido, después del asesinato de Tomás y Valiente, se reitera el argumento de la “respuesta” a la acción represiva del Gobierno y de las fuerzas políticas comprometidas “en la estrategia de liquidación de Euskal Herria como nación”, y a la vez expresamente se dice que “reafirmamos nuestro compromiso de seguir defendiendo la Alternativa Democrática que es, insistimos, la única propuesta de paz que hay sobre la mesa”.²³⁷

En esta sentencia el Tribunal Supremo absuelve del delito de apología del terrorismo haciendo una doble argumentación, diciendo que deben concurrir para apreciar la presencia de una apología: ensalzamiento o justificación de los actos desviados (delictivos) y no meramente de los fines últimos o reivindicaciones políticas; y “asunción” solidaria de dichos medios delictivos.

236. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, ob. cit., pág. 562.

237. ASÚA BATARRITA, Adela, ob. cit., pág. 1639.

Así, en el Fundamento jurídico 30 se dice textualmente: “(...) este delito no se comete cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, anti-jurídicas y amenazadas con penas concretamente ejecutadas, sino a la ideología general de personas que en los fines últimos puedan coincidir con la finalidad perseguida por ciertos delincuentes (...). La apología de la ideología, por lo tanto, no debe ser entendida necesariamente como una apología de la realización desviada de los fines postulados por la ideología. El delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al art. 20 de la Constitución, sino la aprobación de comportamientos delictivos (...) Es decir se requiere que el comportamiento delictivo sea propuesto como modelo de comportamiento aprobable”.²³⁸

Bajo este supuesto, es interesante mencionar el caso de Ignacio de Juana Chaos, condenado por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 60/2006, por la publicación de dos artículos (El escudo y Gallizo)

238. Continúa expresando que aun cuando se manifieste la coincidencia con la “Alternativa Democrática” y se asuma la “contestación” violenta a lo que califican de acción represiva del Estado, no encontramos en la expresión legítima de una opinión. La solidaridad con la actuación violenta no es delictiva si la forma de manifestarse no es portadora de una “aptitud” o idoneidad incitadora de nuevos delitos. Se dice así que “es exigible que la concreta manifestación apologética no sólo se dirija a defender la actividad delictiva ya realizada y a sus autores, sino que además, ha de ser apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos, en la medida en que pueda determinar a otros a la comisión del delito”. Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, ob. cit., pág. 562. En el mismo sentido véase ASÚA BATARRITA, Adela, ob. cit., pág. 1640.

en el Diario Gara el 1 y 30 de diciembre de 2004, constitutivas de un delito de amenazas terroristas.²³⁹

Aprécia que las amenazas tipificadas en el art. 170.1 CP se encuentran en el párrafo final del escrito titulado “El Escudo”: “Hace años le escuché a un muy apreciado compañero chillar con fuerza `Sacad vuestras manos sucias de Euskal Herria´. ¡Sí, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimiento! O el futuro terminará demostrando, sin duda que os quedasteis sin ellas”. Entiende que las palabras transcritas contienen “unas amenazas de males graves constitutivos de delito expresados con la metáfora de quedarse sin manos”, dirigidas a los “colectivos expresados párrafos antes... cuando dice: `jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura, carceleros sin escrúpulos´”. Se trata, “por su propio contenido y contundencia, realmente estremecedora,” de “unos términos que hay que calificar de amenaza grave e idónea para atemorizar a esos colectivos, en la parte que tienen relación con el País Vasco o con los órganos penales de la Audiencia Nacional o con las prisiones donde se hallan o se han hallado reclusos los presos por su participación o colaboración con ETA” (FD 4).

El contenido del escrito “habla repetidamente en tono de alabanza de los de más (sic) de 700 presos compañeros y compañeras con miles de años de cárcel cumplidos y por cumplir, de quienes se pone de manifiesto su buen comportamiento por resistirse a la resocialización que con ellos se pretende en el interior de las prisiones. Se pregun-

239. La condena fue de doce años y siete meses de prisión y de veinte años de inhabilitación absoluta por la autoría de un delito de amenazas terroristas. La condena incluía una indemnización de un total de 72.000 euros a las personas amenazadas.

ta el autor del primero de los dos escritos por qué el éxito de tal actitud de resistencia. Y se contesta diciendo que es porque tienen el escudo de la razón. Es decir, se está expresando que tienen razón estos presos al haber cometido sus crímenes, lo que constituye una justificación respecto de aquellas conductas por las que fueron condenados quienes han estado o están en prisión por los delitos de ETA. Se habla de que estos presos se hallan secuestrados por un sistema autoritario. Se está en definitiva diciendo que por esos hechos se encuentran injustamente privados de libertad. Entendemos que esto constituye, por un lado, un ensalzar a los presos etarras y, por otro, una justificación de los crímenes por los cuales estos presos han sido condenados: precisamente las dos conductas que constituyen, una u otra, el núcleo de esta clase de delito del artículo 578” (FD 5).

El condenado recurrió ante el Tribunal Supremo que en su sentencia 149/2007, de 26 de febrero,²⁴⁰ consideró que la conducta era constitutiva de un delito de amenazas no condicionales en concurso ideal con un delito de enaltecimiento del terrorismo. Por lo que se refiere a la existencia de palabras de “enaltecimiento” o “justificación”, la sentencia considera que en el artículo El Escudo pueden encontrarse expresiones en las que por un lado “se habla en tono de alabanza de los más de 700 presos” (enaltecimiento), y por otro “se está expresando que tienen razón estos presos al haber cometido sus crímenes” (justificación):

“...en su contenido hay un tono apologético respecto de lo que ellos denominan colectivo de los pre-

240. Sobre los comentarios a la sentencia véase MUÑOZ CUESTA, Javier, Amenazas no condicionales a grupos de personas y enaltecimiento del terrorismo, en Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, No. 4, 2007.

sos vascos y de las razones por las cuales estos ingresaron en prisión. Se trata, nos dice el Ministerio Fiscal y compartimos nosotros, de modificar los roles, considerando a jueces, políticos o funcionarios de prisiones como agresores y torturadores frente a los encarcelados por hechos terroristas que serían sus inocentes víctimas. Más en concreto, se habla repetidamente en tono de alabanza de los de más de 700 presos compañeros y compañeras con miles de años de cárcel cumplidos y por cumplir, de quienes se pone de manifiesto su buen comportamiento por resistirse a la resocialización que con ellos se pretende en el interior de las prisiones. Se pregunta el autor del primero de los dos escritos por qué el éxito de tal actitud de resistencia. Y se contesta diciendo que es porque tienen el escudo de la razón. Es decir, se está expresando que tienen razón estos presos al haber cometido sus crímenes, lo que constituye una justificación respecto de aquellas conductas por las que fueron condenados quienes han estado o están en prisión por los delitos de ETA. Se habla de que estos presos se hallan secuestrados por un sistema autoritario. Se está en definitiva diciendo que por esos hechos se encuentran injustamente privados de libertad”²⁴¹

Finalmente, día 2 de abril de 2007, se interpone recurso de amparo contra la mencionada sentencia. En esta instancia, el Tribunal Constitucional considera que “la condena por el delito de enaltecimiento o justificación de delitos de terrorismo o de sus autores (art. 578 CP) no supone una vulneración del derecho a la libertad de expresión, pues, como se afirma en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en relación con los delitos de genocidio, “la especial

241. ARIAS CASTAÑO, Abel. Amenazas, Enaltecimiento del Terrorismo y Libertad de Expresión: El caso De Juana Chaos. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, N.º. 4, 2007, pág. 22.

peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad” –cosa que debe afirmarse ahora también de los delitos de terrorismo– “permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión”” (FJ 9).

Y es que el legislador ha continuado con esta política, así, a la tipificación de la apología del terrorismo, se le sumó también la decisión del legislador español de sancionar penalmente la conducta de quien niegue o justifique la existencia de la comisión de delitos de genocidio (art. 607.2, primera modalidad). Sin embargo, el Tribunal constitucional eliminó la palabra nieguen de la redacción del art. al declararla inconstitucional²⁴² pues lo que daba

242. Con fecha de 16 de noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal núm.3 de Barcelona dictó una Sentencia en la que condenaba a don Pedro Varela Geis. La Sentencia contiene, entre otros, los siguientes hechos probados: “el acusado Pedro Varela Geiss, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en su condición de titular y director de la librería Europa... ha venido procediendo de forma habitual y continuada, con posterioridad al mes de junio de 1996, y a sabiendas de la entrada en vigor en España de la actual legislación penal en esta materia, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc..., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época del III Reich. Producto de ello, se elevó al Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad del art. 607. 2, ante lo cual el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia de 16 noviembre 2007, resolvió estimar parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia declara inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en

sentido a la conducta así sancionada no era el resultado de las afirmaciones emitidas, ni tampoco el posible efecto provocador del odio, ni la protección de las generaciones sucesoras de las entonces afectadas (que pueden ser tuteladas por otras vías), sino los mismos delitos objeto de negación, por lo que se estructurarían como conductas de expresión de ideas.²⁴³ Por lo tanto, queda aún tipificada como delito la conducta de quien justifique la existencia de la comisión de delitos de genocidio.

el primer inciso art. 607.2 del Código Penal; aludiendo que, como han concluido en ocasiones anteriores, “las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia- quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos” (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8). Esta misma perspectiva ha llevado al TEDH, en diversas ocasiones en las que se ponía en duda la colaboración con las atrocidades nazis durante la Segunda Guerra Mundial, a señalar que “la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión” y estimar que no le corresponde arbitrar la cuestión histórica de fondo (Sentencias Chauvy y otros c. Francia, de 23 de junio de 2004, § 69; Monnat c. Suiza, de 21 de septiembre de 2006, § 57).

243. SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, ob. cit., pág. 905-906. De igual manera sucede con la apología la discriminación (art. 510.1), que supone “Los que provoquen a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias (...), serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses” [...] “Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundan informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias (...)”.

Estas figuras delictivas ponen de manifiesto cómo la intervención penal se amplía más allá de lo que era defendido desde una óptica liberal para incluir, como típicas, conductas que son meras expresiones de ideas.

Por otra parte, es preciso apuntar, que si se hace un análisis de los tipos aquí relacionados, se cae en la cuenta, de que la regulación de estas conductas es innecesaria, la ley viene a tipificar como novedad algo que ya lo estaba porque ya habían sido incluidas por el legislador dentro del ordenamiento jurídico.

En este sentido, si la apología del terrorismo del 578 se tipifica por considerarse una incitación directa a la comisión de un delito, se podía resolver desde la misma regulación de la apología del art. 18; incluso la tipificación de la apología del art. 18 tampoco resulta necesaria porque está comprendida y absorbida por la provocación misma, porque el legislador crea la apología para luego decir que la apología no existe sin incitación directa, es decir, la apología en sí no es nada, sino una forma de provocación. Ello determina que su aparición en el Cp responde a razones ajenas a una técnica penal plausible. La aplicación de los preceptos que la contienen será, pues, técnicamente imposible.²⁴⁴

Ahora, lo mismo sucede si la tipificación de la conducta del 578 responde a su posible contenido ofensivo o injurioso o de atentado contra la integridad moral, también en este caso existen suficientes instrumentos en el orde-

244. DÍAZ PITA, María del Mar y FARALDO CABANA, Patricia, ob. cit., pág. 146. BARQUÍN SANZ y OLMEDO CARDENETE subrayan: se “aparenta conminar con pena la apología para contentar a unos, pero de concede a los críticos de la figura su material impunidad”. Citados por COBO DEL ROSAL, Manuel, ob. cit., pág. 106.

namiento punitivo,²⁴⁵ como es el caso los reiterados delitos contra el honor o la integridad moral, por lo que cabe concluir que falta la necesidad de una prevención específica.

Por lo que se refiere a la segunda parte del precepto, que castiga “la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”, MUÑOZ CONDE expresa que la regulación de la conducta no presenta los mismos problemas de constitucionalidad que el enaltecimiento, “porque ello incide en un bien jurídico autónomo, como es el dolor y afecto de los familiares de las víctimas y la dignidad de la propia víctima, cuando se deteriora su imagen para justificar los atentados contra ella”,²⁴⁶ ante lo cual me manifiesto en completo acuerdo, sin embargo, como señalan DÍAZ PITA y FARALDO CABANA,²⁴⁷ la regulación tampoco ha atendido a las necesidades reales de criminalización sino a la presión ejercida desde ciertos medios de comunicación por la Asociación de Víctimas del Terrorismo, sin tener en cuenta que, como manifestamos anteriormente, si se quería castigar esa conducta podía hacerse desde los delitos contra la integridad moral, de los delitos de amenazas o de las injurias. Por otra parte cabe preguntarse por qué las víctimas de los delitos terroristas y sus familiares merecen una protección superior a las de cualquier otro delito violento, con lo cual se vulnera el principio de igualdad pues todas las víctimas y sus familiares, y no sólo las

245. LAMARCA PÉREZ, Carmen, ob. cit., pág. 4-5.

246. MUÑOZ CONDE, francisco, Derecho penal, parte especial, ob. cit., pág. 897.

247. DÍAZ PITA, María del Mar y FARALDO CABANA, Patricia, ob. cit., pág. 144.

de los delitos terroristas, tienen derecho a que no se lleven a cabo contra ellas este tipo de actos.

En efecto, la política criminal de expansión e intensificación actual da lugar a los delitos antes descritos de redacción excesivamente amplia, modalidades de autoría cercanas a un concepto unitario de autor, o el empleo de cláusulas generales que evitan dejar resquicios a la punición.²⁴⁸

De esta manera, la apología queda como una conducta tipificada no para ser aplicada, sino para adelantar las barreras de la punición por medio de una criminalización informal o comunicativa, que se da al emplearse como instrumento para una amenaza constante de punición. La apología sería entonces una forma de negación o de puesta en duda de la vigencia de la norma de manera meramente simbólico-comunicativa y no causal, su sanción por lo tanto, se puede presentar como instrumento contrafáctico de reafirmación de normas.²⁴⁹

Queda claro entonces que la regulación del art. 578 tipifica una conducta de mera expresión. Esto viene a renovar la polémica sobre la colisión que existe entre la sanción de la apología y la libertad de expresión que consagra la Constitución española, porque no es lógico que por un lado se proclame la libertad de expresión como derecho fundamental y por otro se sancionen manifestaciones de ideas o doctrinas, por muy reprochables o rechazables que pudieran resultar; y todavía resulta menos lógico y mucho más preocupante que la sanción de esos comportamientos se catalogue abiertamente como delito de opinión.

248. SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, ob. cit., pág. 904-905.

249. *Ibidem*, pág. 913.

Ahora, si la punición de la apología nunca ha tenido reconocimiento como límite legítimo a la libertad de expresión precisamente por no cumplir con el requisito primario de proteger un bien jurídico ya que la conducta del apologeta no es capaz de poner en peligro ningún bien reconocido por el ordenamiento, es necesario cuestionar el por qué el legislador retoma la tipificación de la conducta.

Se dijo en un principio que la regulación de la apología ha sido desigual en la historia de los códigos penales españoles, pero que siempre ha estado vinculada a los delitos considerados especialmente graves. En el Cp de 1995 la apología aparece como una forma de provocación que sólo será delictiva si constituye una incitación directa a cometer un delito, esto demuestra, de una forma u otra, la voluntad del legislador de no sancionar la apología en un sentido amplio, sin embargo, con las reformas de la LO 7/2000 surge la apología indirecta del terrorismo, que no requiere incitación y que, como se ha dicho, la conducta no es capaz de poner en peligro ningún bien jurídico.

Desde mi punto de vista, esto viene referido a las nuevas políticas de seguridad y en concreto a la aplicación del Derecho penal del enemigo. Los delitos graves con los que la apología se ha relacionado a lo largo de la historia han pasado a un segundo plano para quedar vigente únicamente la apología relacionada con el terrorismo, que es el principal actor y destinatario de las normas penales de los últimos años.

El terrorista es el actual enemigo del ordenamiento y por tanto contra él son válidas cualquier tipo de medidas que se consideren necesarias para garantizar la paz pública. De ello se desprende el que se sancione al sujeto que enaltece o justifica los actos terroristas o sus autores, no por la capacidad lesiva de su conducta, sino porque el mensaje

que trasmite pone en duda la vigencia de la norma. Pues precisamente, el Estado ha emprendido una lucha contra el terrorismo sosteniendo que los actos que de él se derivan, al querer deslegitimar la función estatal, no contemplan ninguna justificación y que el terrorista o todo aquel que presente algún tipo relación o compatibilidad (aunque sea ideológica) con él, al pretender subvertir el orden constitucional, será considerado como un enemigo.

El tipificar una apología aplicable a todos los delitos en general que para ser considerada delictiva requiera incitación directa a cometer un delito y otra que sea directamente referida a justificar o enaltecer conductas terroristas que no requiera ningún tipo de incitación y que a todas luces tampoco produce lesión de ningún bien jurídico, es una vulneración de los principios reconocidos por el Estado liberal que responde a la aplicación de políticas securitarias que carecen de total legitimación, pero la lucha contra el terrorismo parece justificarlo todo, incluso aunque, y no sólo, se haga a costa de aplastar hasta extremos intolerables el derecho fundamental a la libertad de expresión.²⁵⁰

Tipo subjetivo

El tipo de injusto está compuesto por una vertiente objetiva y una subjetiva. En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan objetivamente el supuesto de hecho de la norma penal, o tipo penal. En la segunda, el contenido de la voluntad que rige

250. GONZÁLEZ CUSSAC, José L., El Derecho penal frente al terrorismo cuestiones y perspectivas, Lección inaugural del curso 2005/2006, Universitat Jaume I, pág. 32-33.

la acción.²⁵¹ El tipo subjetivo por lo tanto, está compuesto por el dolo, la imprudencia y otros elementos subjetivos que requieran determinados tipos en particular.

Atendiendo al principio de culpabilidad, las conductas delictivas reguladas en la legislación penal sólo pueden serlo si se cometen con dolo o imprudencia. Así lo dispone el Cp español en su art. 10 al señalar que “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”, de la misma manera expresa en su art. 5 que “no hay pena sin dolo o imprudencia”.

Del análisis de la redacción del art. 578, se puede inferir que la conducta descrita, solo admite ejecución dolosa pues el enaltecimiento o la justificación de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 (terrorismo) o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas, demuestra conciencia y voluntad (como presupuestos del dolo) de producir tales actos. Sin embargo, al implicar el dolo el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de realizarlos, consecuentemente también conlleva el conocimiento y voluntad de vulnerar el bien jurídico que se protege, por lo que se presenta aquí nuevamente el problema de determinar el bien jurídico protegido por el art. 578, que como ya se ha dicho, el legislador, al referirse al sentimiento de indignación de las víctimas por un lado y ubicarlo dentro de los delitos que atentan contra el orden público por otro, no ha dejado claro cuál es la postura al respecto.

251. Véase MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho penal, parte general, ob. cit., pág. 265.

Ya se dijo que el sentimiento de indignación de las víctimas no es un bien jurídico a proteger y de ser el orden público la conducta carece de capacidad para ponerlo en peligro. Pero, además, caso de admitir este último como bien jurídico protegido, sería necesario analizar si la conducta contiene el especial elemento subjetivo que es requerido para los delitos referidos al terrorismo: subvertir el orden constitucional.

Ciertamente, para los delitos de terrorismo se muestra consenso al estimar que en ellos se exige un elemento teleológico o finalidad política, consistente en un afán por desestabilizar el sistema democrático y las bases sobre el que este se asienta. Por lo tanto, la realización de hechos que entrañen una conducta terrorista, debe perseguir la finalidad de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”,²⁵² así es requerido expresamente por los artículos referidos a tales delitos.

De esta manera se debe reiterar que la justificación, el enaltecimiento o la aprobación de los delitos terroristas, es una manifestación de ideas o doctrinas, por lo tanto la finalidad de la misma bien puede consistir en emitir una opinión o declararse a favor de determinados hechos, o bien puede existir la finalidad mostrar un apoyo ideológico a los autores de tales delitos, pero bajo ningún supuesto se pretende “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”, no sólo que no se pretenda, sino que la conducta misma no es idónea para hacerlo.

Queda expuesto nuevamente que la conducta sancionada en el art. 578 no contiene ni siquiera la finalidad esencial requerida por los delitos de terrorismo. De ello cabe

252. MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal parte especial, ob. cit., pág. 890.

concluir que por más que el legislador diga que “al sancionar la apología no se trata de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad”, estamos ante la penalización de una opinión por considerarse no adecuada.

Entonces, es el legislador quien decidiría qué se puede y qué no se puede decir. Por tanto, el mensaje que se debe interpretar es que el Estado reconoce a la libertad de expresión el carácter de derecho fundamental siempre y cuando lo que se exprese este acorde con la política estatal que impere.

Adecuación de las características del Derecho penal del enemigo al delito de apología indirecta del terrorismo

Una vez analizado el delito de apología indirecta del terrorismo se debe determinar si de acuerdo con la tipificación de esta conducta, efectivamente nos encontramos frente a una manifestación de lo que hoy se considera como Derecho penal del enemigo.

Desde su inclusión en la legislación penal, como se ha manifestado, la principal polémica que suscita la regulación de esta conducta es su notable contradicción con el derecho a la libertad de expresión, pues el art. 20 CE consagra el derecho de los ciudadanos a la libertad de expresión, es decir, a expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de reproducción, siendo su objeto los pensamientos, ideas y opiniones, concepto

dentro del cual deberán incluirse además la creencias y los juicios de valor.²⁵³

Ahora, es importante resaltar que el derecho a la libre expresión no es absoluto, sino que se encuentra limitado por el ejercicio de otros derechos con los que estas libertades podrían entrar en colisión, por lo general estos derechos están referidos al honor. Así, en lo que respecta al Código penal, encontramos numerosos delitos que impliquen un necesario recorte de las libertades de expresión e información, no solamente en cuanto a los delitos relativos al honor (...) sino también los delitos contra la intimidad y contra el derecho a la propia imagen.²⁵⁴

En el mismo supuesto se ubicarían los delitos de apología en sentido amplio y la apología del terrorismo, sin embargo, la capacidad limitativa de ambos está muy discutida, pues la posible justificación de su existencia podría encontrarse en un concepto tan abstracto como el de “orden público” o “paz pública”, y cabe analizar si la protección a esa clase de bienes jurídicos justifica la limitación de la libertad de expresión²⁵⁵, de no ser suficiente, la regulación del delito entraría en choque con este derecho constitucional, pues se entiende que la libertad de expresión no constituye sólo un derecho fundamental, sino que, además, se manifiesta como garantía de una institución democrática fundamental, ello en virtud de que implica el reconocimiento de garantía de la opinión pública libre.²⁵⁶

253. CARUSO FONTÁN, María Viviana, ob. cit., pág. 41.

254. *Ibidem*, pág. 45.

255. *Ibidem*.

256. CARUSO FONTÁN, María Viviana, ob. cit., pág. 41. Señala FERRAJOLI que “dotar de relevancia penal a las opiniones políticas del acusado y...exigir un diagnóstico sobre su conciencia, contradice

No obstante, se ha señalado, que el castigo de la apología (en sentido amplio) obtuvo mayor legitimación cuando se le incorporó como requisito de penalización la incitación directa a cometer un delito pues más allá de la posible pérdida de identidad de delito de apología, al pasar a ser una subespecie de la provocación, la decisión legislativa fue celebrada por la doctrina en cuanto parecía dejar zanjada la vieja polémica acerca de la constitucionalidad de este delito.²⁵⁷ Pero, como se ha visto, este no es el caso de la apología del terrorismo, que no requiere ningún tipo de incitación, por lo que sufriría de las mismas críticas que se le han hecho a la apología como forma delictiva.

El legislador trata de responder en la exposición de motivos de la LO 7/2000 diciendo que: “No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, (...) se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos (...) Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal”.

Es evidente entonces, que la tipificación de la conducta apologética en relación con el terrorismo como un delito de opinión, sin entrar nuevamente a la polémica del bien jurí-

el primer postulado del liberalismo moderno: la libertad interior de la persona, garantizada por el carácter externo y material de los hechos juzgables y por la prohibición del castigo de los actos internos”. Cit. por FARALDO CABANA, Patricia, *Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, en Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 327.

257. CARUSO FONTÁN, María Viviana, ob. cit., pág. 45-46.

dico, es una manifestación de la declarada “guerra contra el terrorismo”, independientemente de las razones que la hayan originado. Este tipo de políticas, como ya ha quedado claro, responden solamente a los sentimientos de inseguridad social que han llevado a la implementación de un Derecho penal expansionista, intensificado y en definitiva creador del peligroso Derecho penal del enemigo.

Por lo tanto, resulta pertinente analizar las características del Derecho penal del enemigo desde la perspectiva del delito de apología del terrorismo para determinar su implementación en la regulación del tipo.

a.- En la criminalización de la apología del terrorismo como acto que sólo tiene el carácter de “*preparatorio*”, de hechos futuros, se constata un amplio adelanto de la punibilidad, es decir, se sanciona el hecho futuro, en lugar del hecho cometido.

Más aún, como se ha visto, la apología del art. 578 tal y como está concebida no es siquiera acto preparatorio es la manifestación de ideas, que el legislador considera, no que pueden dar lugar a la comisión de un delito, sino que producen indignación en las víctimas, por lo tanto, hay una anticipación exagerada de la tutela penal.

Se da la inobservancia de principios básicos como el de ofensividad, de exteriorización del hecho, de la imputación objetiva, etc.; derivados concretamente del adelantamiento de la intervención penal.

b.- Se plantea que las penas previstas son desproporcionadamente altas (...). En la apología del terrorismo, las penas no sólo son desproporcionadas, dada la gravedad del hecho cometido, sino que son completamente innecesarias, porque para brindar protección a los bienes jurídicos que podrían llegar a ser lesionados, ya existen en el ordenamiento otros tipos que los regulan, tal es el caso

de la apología misma del art. 18 o los delitos de injurias, los que por cierto, a pesar de exigir la gravedad de los hechos profesados y el temerario desprecio a la verdad, son sancionados con una pena menor²⁵⁸ a la establecida para el delito de apología del terrorismo. Se establece así una hiperinflación penal, tanto en la elaboración de tipos penales como en el aumento de las penas.

Por otro lado, queda evidenciado el carácter simbólico del tipo. Desde un inicio la apología está condenada a no ser aplicada, pues como se expuso, el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones ha dicho que para sancionar la apología se debe requerir la incitación directa a cometer un delito, y a pesar de la redacción del art. 578 muy pocas son las resoluciones que no van en este sentido, por consiguiente, sólo genera una amenaza constante de punición. Mientras exista en el Código penal una conducta conminada con pena, siempre será posible recurrir a la amenaza de aplicarla.²⁵⁹

c.- No importa tanto mantener la configuración normativa o la vigencia del ordenamiento jurídico sino más bien la prevención de delitos frente a determinados sujetos, se pasa de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia.

La tipificación de la apología tiene fines de prevención general y para cumplir esos fines, el recurso a la amenaza de pena de la apología participa de la lógica de la “exclusión del otro”,²⁶⁰ en la medida en que permite “identificar

258. Establece el art. 209: “Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses”.

259. SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, ob. cit, pág. 913.

260. SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, ob. cit, pág. 915.

al enemigo” mediante su criminalización: transmite el significado de que el apologeta “no es uno de los nuestros”, está fuera del sistema, pues previamente se le criminaliza su opinión, aunque después no llegue la reacción real de la pena efectiva.²⁶¹

Por otro lado, que obtenga efectos de prevención general es algo que queda por probar: lo que sí parece seguro es que al recurrir a ella se consigue cierta estigmatización de determinadas personas, pero que ello dé lugar a evitar nuevos delitos dista de ser claro.²⁶²

d.- Por tanto, parte de la aplicación del Derecho penal de autor por cuanto determinados sujetos se ven etiquetados como criminales cuando lo que han hecho es ejercer el derecho a la libertad de expresión, sin lesionar a nadie directamente, ni hacer surgir la voluntad de cometer un delito.

En un Derecho penal del hecho, que rechaza la incriminación de pensamientos o de actitudes internas, el plano psicológico de las intenciones sólo adquiere relevancia en cuanto conectado a una base empírica, real, a través de la que se exterioriza.²⁶³

Precisamente, desde un Derecho penal del “hecho”, que enjuicia la peligrosidad objetiva de actos y de planes exteriorizados de agresión a bienes jurídicos, y no la potencial peligrosidad de las ideologías, puede superarse la confusión entre la “delincuencia política” –construcción que re-

261. *Ibidem*.

262. *Ibidem*, pág. 916.

263. ASUA BATARRITA, Adela, *ob. cit.*, pág. 271-272.

mite a la resistencia o el levantamiento contra un sistema autoritario negador de libertades- y el terrorismo.²⁶⁴

e.- Se produce una flexibilización del principio de legalidad en cuanto a la certeza y claridad de la descripción del tipo (descripción vaga de los delitos y las penas), en el caso de la apología del terrorismo se parte del requisito de la utilización de un medio de difusión, pero no se exige la concurrencia de personas como es el caso de la apología descrita en el art. 18, señala el descrédito contra las víctimas, pero tampoco exige la gravedad de lo profesado como lo requiere el delito de injurias del art. 209, ni permite la exención de responsabilidad cuando se pruebe la verdad de las imputaciones cuando sean dirigidas contra funcionarios públicos como destaca el art. 210 (en los casos donde la conducta se refiera al descrédito o menosprecio contra las víctimas de terrorismo).

Todas estas circunstancias a pesar de ser beneficiosas para el sujeto, no se encuentran descritas en la apología del terrorismo.

f.- Si se partiera de la ubicación sistemática del tipo, la apología podría considerarse como un delito de terrorismo que versaría sobre la protección del bien jurídico “orden constitucional”, sin embargo, como se ha señalado, por un lado, el Tribunal Supremo ha dicho que no se trata de un delito de terrorismo, y por otro, la ley que incluye a la apología del terrorismo en el Cp, expresa que trata de responder a la indignación social, lo que también podría interpretarse como bien jurídico a proteger, por lo que se produce así la creación artificial de nuevos delitos (delitos sin bienes jurídicos definidos), para garantizar la

264. *Ibíd*em, pág. 247.

seguridad de la sociedad antes que la tutela de los bienes jurídicos, lo que evidencia un uso de la violencia estatal en nombre de la seguridad nacional.

Por tanto, se vulnera especialmente el principio de lesividad, pues la conducta descrita en el art. 578 no es idónea para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos. Como se adelantaba, se puede inferir que el bien jurídico a proteger por el tipo es el orden público, sin embargo, el enaltecer o justificar los delitos de terrorismo o sus autores, por más que se considere una conducta reprochable, no es capaz de poner en peligro al orden público, sí de producir un sentimiento de indignación en las víctimas, pero esto no es un bien digno de protección.

Por tanto, se rompe aquí el pilar fundamental de la intervención penal, la protección de bienes jurídicos.

g.- Hay una concesión de premios al enemigo que se muestra fiel al Derecho (se premia ser un delator, colaborador, etc.). Así señala el art. 579. 3: “En los delitos previstos en esta sección, los Jueces y Tribunales (...) podrán imponer una pena inferior en uno o dos grados señalada por la ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción de delito o coadyuve en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”.

h.- Al calificar a la apología del terrorismo como un delito de opinión, se limita la libertad de expresión y por con-

siguiente, se siguen otras reglas que no son las propias de un Derecho penal propio del Estado de Derecho.

Se crea un Derecho de excepción, para unos la libertad de expresión tiene más limitaciones que para otros. Cabe interpretar que aquellos que emitan opiniones que no causen indignación social o que no sean consideradas como idóneas para subvertir el orden constitucional podrán ejercitar su derecho a expresarse libremente, si por el contrario las opiniones emitidas son consideradas como inadecuadas o portadoras de una carga moral demasiado reprochable, o simplemente van en contra de la política estatal, estas deberán verse limitadas.

i.- Propone una sanción especial frente a determinados peligros. Por considerar al terrorismo como un delito grave, la apología del mismo se configura de una manera especial, alejada de la que se emplea para la realizada en favorecimiento de cualquier otro tipo de delito.

j.- Se establece aquí un Derecho penal dual. La apología sobre cualquier delito, independientemente de la gravedad que el mismo represente, requiere que se produzca una incitación directa, sin embargo, cuando la apología vaya referida a los delitos de terrorismo, la incitación directa o indirecta deja de requerirse para la penalización del tipo. Lo mismo sucede con la segunda parte de la conducta referida al descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de terrorismo o sus familiares, mientras que éstas poseen una tipificación especial como delito autónomo y conllevan una pena de prisión, la misma conducta manifestada contra las víctimas de cualquier otro delito podrían caer en el tipo de injurias conminado con una pena de multa.

Todos los presupuestos relacionados con anterioridad demuestran que la apología del terrorismo es una clara

manifestación de las características del Derecho penal de enemigo y esto se deriva del hecho de que el fenómeno del terrorismo constituye el campo característico de proyección del “Derecho penal del enemigo”.²⁶⁵ En los crímenes terroristas, y en la propia consistencia del “grupo terrorista”, concurren los rasgos definitorios de quien amenaza de forma persistente a la “seguridad cognitiva”. El terrorismo es fundamentalmente una estrategia de comunicación simbólica, en la que los crímenes y la destrucción constituyen el mensaje de su presencia como pretendido “poder fáctico”; la intimidación es su finalidad directa detrás de cada atentado.²⁶⁶

Sin embargo, me adhiero a la postura de BETTIOL cuando señala que es cierto que vivimos en un momento de tremenda tensión, en virtud del desencadenamiento de pasiones y tendencias que llevan las nuevas formas terribles de delincuencia: “el terrorismo”. Pero ello no quiere decir que el Derecho penal pueda dar saltos cualitativos y olvidar lo que esencialmente es y los límites dentro de los cuales puede y debe obrar. No se puede crear tipos delictivos centrados en la sospecha, no se puede, en nombre de presunciones, predisponer medidas ante delictum, no se puede trabajar con el criterio del tipo preventivo de autor, subvirtiendo un siglo de pacíficos trabajos y mellando los principios de un Estado de Derecho.²⁶⁷

265. Citando a JAKOBS, ASUA BATARRITA, Adela, ob. cit., pág. 248.

266. *Ibidem*, pág. 249.

267. Citando a BETTIOL, Giuseppe, ALLER, Germán, ob. cit., pág. 98-99

Capítulo IV

Conclusiones

I

En la presente década, los medios de comunicación han dirigido su atención a fenómenos como el terrorismo y otras conductas violentas de similar naturaleza que han alcanzado gran relevancia social.

Estos peligros actuales (reales o presuntos) han generado sentimientos de inseguridad, ante lo que el Estado ha respondido con la implementación de políticas de seguridad que cada vez limitan más las libertades individuales y las garantías de los ciudadanos. La seguridad ocupa un lugar cada vez más importante dentro de las prioridades nacionales, ahora necesitamos movernos con mayor cuidado y precisión, porque el Estado nos hace cada día *más garantes de lo que nunca nos imaginamos ni se nos ocurría garantizar*.

Y es que la dirección se ha centrado, casi de manera exclusiva, en la utilización del Derecho penal como forma más eficaz de reacción. A raíz de ello se ha producido lo que hoy se conoce como expansión e intensificación del Derecho penal. Por un lado, se crean cada vez más tipos penales con nuevos sectores de regulación, y por otro, se endurece la respuesta penal de conductas previamente reguladas por el ordenamiento jurídico.

Se ha caído en un campo muy peligroso porque el que una sociedad aspire a la seguridad como valor primordial y que para garantizarlo esté dispuesta a ceder cada vez más espacios de libertad, aspira a convertirse en una sociedad *robotizada* y, por ende, *despersonalizada*. Por otra parte,

la seguridad respecto de una conducta futura –como se sabe– no es otra cosa que un pretexto más para legitimar el control social punitivo, que ha sido ocupado en ocasiones anteriores por regímenes de corte autoritario para legitimar, primero, una intervención excesiva del Estado en la esfera privada y segundo, la exclusión de sujetos indeseados políticamente.

No es raro entonces que se presenten propuestas como el Derecho penal del enemigo, basadas en la exclusión del otro, llegando a consideraciones tan insostenibles como la de despojar a los ciudadanos de su calidad de persona porque infringen la norma de manera continuada y no prestan seguridad cognitiva alguna de comportarse dentro de los márgenes del ordenamiento, y la admitir contra ellos cualquier tipo de reacción penal, generando la errónea idea de que los derechos fundamentales y las garantías son sólo para el que se los gana.

II

Pese a tratarse de una cuestión con fundamentos antiguos, el carácter programático de la tesis de JAKOBS sobre el Derecho penal del enemigo contiene un potencial político-criminal que puede resultar en consecuencias de gran calado, tanto en el plano judicial como en el legislativo.

Porque con la justificación de mantener la vigencia de la norma a toda costa y la lucha contra la criminalidad, y por ende contra los sujetos peligrosos que la ejecutan, se crea un clima favorable para la represión estatal y la limitación de las garantías constitucionales otorgadas a los ciudadanos, lo que a su vez supone la creación de estados autoritarios y a todas luces el Estado de Derecho y el Estado totalitario o dictatorial, o policial, son irrecon-

ciliables. Por eso, el Derecho penal del enemigo tal y como lo ha formulado JAKOBS es incompatible con nuestro vigente Estado democrático de Derecho.

La vía para solucionar los conflictos sociales no es desmantelar el Derecho, sino por el contrario, fortalecer la razón jurídica del Estado de Derecho, donde no hay conoce amigos o enemigos, sino sólo culpables o inocentes.

Por todo lo expuesto, en definitiva, se debe rechazar la legitimidad del Derecho penal del enemigo y su posible implementación dentro de las legislaciones.

III

Por lo que se refiere a la regulación del delito de apología indirecta del terrorismo se debe decir que tal y como está tipificado es una limitación a la libertad de expresión que adolece de toda legitimación.

Del análisis de la conducta se desprende que ésta carece de todo tipo de justificación para la intervención penal por varias razones. Primero, a diferencia de la apología del art. 18 CP, no requiere ningún tipo de incitación, ni directa ni indirecta, a cometer un delito; segundo, no queda claro cuál es el bien jurídico que se pretende proteger, por un lado está el sentimiento de indignación de las víctimas, que a su vez no es un bien digno de protección, y por otro, el orden público, que no podría ser puesto en peligro porque la conducta en sí no es idónea para ello; tercero, de considerarse el orden público como bien jurídico, el delito carece de la finalidad que se requiere para los delitos de terrorismo, subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública.

IV

La tipificación de la apología del terrorismo del art. 578 es innecesaria pues en el ordenamiento jurídico ya existen tipos penales en este sentido. Si se tipifica por considerarse una incitación directa a la comisión de un delito, se podía resolver desde la misma regulación de la apología del art. 18; incluso la tipificación de la apología del art. 18 tampoco resulta necesaria porque está comprendida y absorbida por la provocación misma, porque el legislador crea la apología para luego decir que la apología no existe sin incitación directa, es decir, la apología en sí no es nada, sino una forma de provocación.

Ahora, lo mismo sucede si la tipificación de la conducta del 578 responde a su posible contenido ofensivo o injurioso o de atentado contra la integridad moral, también en este caso existen suficientes instrumentos en el ordenamiento punitivo, como es el caso los reiterados delitos contra el honor o la integridad moral, por lo que cabe concluir que falta la necesidad de una prevención específica.

Por lo tanto, la apología del art. 578 se constituye solamente como una amenaza de aplicación de pena, porque en realidad sólo cumple un efecto simbólico con el que el legislador pretende enviar el mensaje a la sociedad de que es atento, que no tolera ni al delito ni a delincuente y que cumple una función eficiente satisfaciendo la demanda de mayor punibilidad que le es requerida.

V

El que el expresar acuerdo, conformidad o aprobación con determinado hecho o con sus autores constituya un delito de opinión, sea cual sea su contenido moral o de reproche

social, es manifestación de un exceso en la respuesta penal y violación de las garantías y derechos del individuo.

El que se adelante la barrera de la punibilidad sin que exista lesión o puesta en peligro a un bien jurídico que amerite la intervención penal, la falta de necesidad de su regulación, la severidad de la pena con que se sanciona, el no sea delictiva la apología sino como forma de provocación y con incitación directa para el resto de los delitos graves y que cuando se trate de terrorismo no necesite ninguno de los preceptos anteriores creando la criminalización de unos y no de otros, tal y como lo hace el Derecho penal de autor, vulnerando los principios del Estado democrático de Derecho, presenta a la regulación de la apología indirecta del terrorismo como una manifestación del Derecho penal del enemigo que justifica su tipificación bajo la consigna de la lucha contra el terrorismo.

Bibliografía

- ALCÓCER POVIS, Eduardo, El Derecho penal del enemigo, ¿realización de una opción político criminal o de una criminal política de estado?, en Revista de Derecho penal, 2006, págs. 1-25.
- ALLER, Germán, El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 79-118.
- AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 119-162.
- APONTE, Alejandro, Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 163-204.
- ARIAS CASTAÑO, Abel. Amenazas, Enaltecimiento del Terrorismo y Libertad de Expresión: El caso De Juana Chaos. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Nº. 4, 2007, págs. 1-28.
- ASÚA BATARRITA, Adela. Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 3, 1998, págs. 1638-1646.
- El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA

- DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 239-276.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, In – seguridad y lucha contra el terrorismo en LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco, El Derecho ante la globalización y el terrorismo, “Cedant arma togae”, Actas de coloquio internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 403-410.
- CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, Derecho penal del enemigo y Derecho fundamentales, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 325-340.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos. El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 1, 2001, pags. 1751-1755.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, De nuevo: ¿”Derecho penal” del enemigo?, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 341-382.
- CAPALDO, Griselda, La eficacia del Derecho como instrumento facilitador de la paz frente a los desafíos del terrorismo y la globalización, en LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco, El Derecho ante la globalización y el terrorismo, “Cedant arma togae”, Actas de coloquio internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 411-430.
- CARUSO FONTÁN, María Viviana. Los límites a la libertad de expresión en la Constitución Política y en las normas penales (Especial referencia a la problemática del delito

de la apología en el terrorismo). Revista penal, No 20, 2007, págs. 32-49

COBO DEL ROSAL, Manuel. Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo. Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo / coord. por José Miguel Zugaldía Espinar, Jacobo López Barja de Quiroga, Vol. 1, 2004, págs. 103-114.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, El Derecho penal del enemigo *Darf nicht Sein!*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 473-510.

DÍAZ PITA, María del Mar y FARALDO CABANA, Patricia, La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995, en Revista de Derecho penal y proceso penal, No. 7, 2002, págs. 119-149.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 07-01, 2005, págs. 1-37.

DONINI, Massimo, el Derecho penal frente al “enemigo”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, pág. 603-684.

DURÁN MIGLIARDI, Mario, El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, pág. 725-756.

FARALDO CABANA, Patricia, Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales, La Ley

Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, en Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 299-340.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, El Derecho penal del Enemigo y el Estado democrático de Derecho, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 799-844.

FERRAJOLI, Luigi, El Derecho penal del enemigo, en Jueces para la democracia, No 57, Noviembre, 2006, págs. 3-10.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 887-924.

GARCÍA CAVERO, Percy, ¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 925-948.

GOMES, Luís Flávio y BIANCHINI, Alice, “Derecho penal” del enemigo y los enemigos del Derecho penal, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 949-978.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L., El Derecho penal frente al terrorismo cuestiones y perspectivas, Lección inaugural del curso 2005/2006, Universitat Jaume I.

GRACIA MARTÍN, Luís, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”

- en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, págs. 1-43.
- GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, ¿Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo”? Una aproximación crítica al concepto, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 1-50.
- JAKOBS, Günther, ¿Terroristas como personas en Derecho?, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 77-92.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho penal del enemigo, Civitas, Madrid, 2003.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, Apología: un residuo de incriminación de la disidencia, Estudios Monográficos, La Ley penal, No 28, Año III, junio 2006, págs. 1-8.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. Apología del terrorismo. Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón / coord. por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdiel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli, 2003, págs. 553-582.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, Políticas de seguridad y Estado de Derecho, en *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Fernando Pérez Álvarez, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, págs. 1287-1298.
- MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luís, El Derecho penal del enemigo: evolución (o ambigüedades) del concepto y su justificación, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, El discurso de la exclusión, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 321-338.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho penal parte general, 6ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo, 2da Ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- Derecho penal, parte especial, decimosexta edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 2005.
- MUÑOZ CUESTA, Javier, Amenazas no condicionales a grupos de personas y enaltecimiento del terrorismo, en Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, No. 4, 2007.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, Problemas de delimitación de la conducta típica del art. 576 del Código penal: colaboración con banda armada y conductas afines, trabajo de investigación inédito, Sevilla 2002.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, Sobre los orígenes del “Derecho penal de enemigo”. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau, en Cuadernos de Política Criminal, No. 75, 2001.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Adonde va el Derecho penal, Madrid, Civitas, 2004.
- RIQUERT, Fabián y PALACIOS, Leonardo, El Derecho penal del Enemigo o las excepciones permanentes, en La Ley, Revista Universitaria, Año V, No 3, junio de 2003, págs. 1 - 8.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá - Gómez-Jara (coord.), Derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 893-916.

SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 917-938.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 985-1010.

TERRADILLOS BASOCO, J. Ma., Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 1011-1130.

Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal, en Pena y Estado, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El enemigo en Derecho penal, estudios de criminología y política criminal, Dykinson, 2006.

La legitimación del control penal de los “extraños”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, págs. 1117-1148.



EL INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA (INEJ), Fundado en 1995 es una institución académica, autónoma y sin fines de lucro, que tiene por finalidad contribuir al desarrollo humano y económico de la nación y la región produciendo e innovando conocimientos a través de la investigación científica y los estudios de postgrado en los niveles de especialización, maestrías y doctorados, reconocidos a nivel nacional e internacional, en las diferentes áreas de las Ciencias Jurídicas y disciplinas afines.

Esta investigación se enmarca en un contexto sensible para el mundo global y, en particular, para la región centroamericana de creciente necesidad de seguridad frente a peligros (reales o presuntos), en el cual se ha atribuido al Derecho penal, sin duda, un papel central, dejando al margen cualquier otro tipo de política criminal o social (de control social) de diferente carácter; y atenuando los estándares de garantías y libertades individuales frente a injerencias indebidas de los poderes públicos en la esfera privada, en nombre de la exigencia de hipereficiencia de la lucha contra la criminalidad.

Dailys Uriarte Quesada, realizó sus estudios de doctorado en Derecho penal en la Universidad Pablo de Olavide, España. Actualmente prepara su tesis doctoral bajo la dirección científica del Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde y además, es profesora e investigadora del Programa de Maestría de Derecho penal y Derecho procesal penal del INEJ.

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica

De la Rotonda Bello Horizonte, 3c al norte, 2c al este, K-I-2. Managua, Nicaragua

Teléfonos (505) 2251 52 48 al 49

Telefax: (505) 22-44-44-77

www.inej.edu.ni

ISBN: 978-99924-21-12-3



978-99924-21-12-3