

# ¿UN DERECHO PROCESAL DE ENEMIGOS?

JUAN DAMIÁN MORENO (\*)

---

(\*) Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Autónoma de Madrid

## I. LA PREVENCIÓN COMO OBJETIVO ESTRATÉGICO DEL DERECHO PENAL DE ENEMIGOS

El cúmulo de circunstancias que en su momento dieron lugar a la frustrada excarcelación de uno de los integrantes del *comando Madrid*, abortada de forma inmediata por la Audiencia Nacional acordando la prisión preventiva del mismo al imputársele casi simultáneamente un delito de pertenencia a banda armada y otro de amenazas a raíz de unos artículos publicados en el diario «Gara», podría perfectamente servir para situar el debate en torno a la conveniencia de defender o no la existencia de un *derecho penal de enemigos*.

Hay que tener en cuenta que la resolución judicial adoptada no sólo fue aplaudida fervorosamente por la mayoría de los medios de comunicación, que no entendían cómo era posible que un terrorista hubiera podido obtener una reducción tan escandalosa de la pena impuesta, sino por el propio gobierno, que inmediatamente anunció la puesta en marcha de una serie de medidas para evitar que en el futuro pudieran producirse situaciones parecidas. Entre todas ellas, la más llamativa fue la de acometer una revisión en profundidad de los expedientes de los reclusos que habían disfrutado de este tipo de beneficios, medida que, con ser efectiva, podría no obstante haber generado cierta inquietud entre la población reclusa al dar la sensación de que las expectativas de su licenciamiento definitivo en todo caso siempre estarían sometidas a un permanente estado de provisionalidad.

Sorprende que algunos analistas políticos se apresuraran a hacer responsable de este lamentable episodio al Código Penal entonces

vigente, ensalzando «a toro pasado» las virtudes que se le negaron a las reformas que trataron de implantar un régimen mucho más riguroso para obtener este tipo de beneficios penitenciarios. Como se recordará, con ocasión de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley sobre el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se reavivó el debate acerca de la compatibilidad entre las medidas dirigidas a la ampliación del tiempo de permanencia en prisión en los delitos de terrorismo y las legítimas y no siempre posibles aspiraciones de reinserción social; es más, algunos autores consideraron que estas políticas de endurecimiento podrían constituir en un futuro inmediato un obstáculo añadido en el supuesto de que la banda terrorista decidiera dejar de matar y renunciar a la lucha armada (1).

Ya sabemos que el denominado *derecho penal de enemigos* forma parte de las sugerentes aportaciones elaboradas por el penalista alemán Günther JAKOBS y que poco a poco están empezando a hacer fortuna en un importante sector de la ciencia del derecho penal de nuestro país. Estrechamente ligado a los movimientos expansionistas o punitivistas de esta rama jurídica (2), el «derecho penal del enemigo» constituye una noción relacionada con este tipo de actitudes y que se caracteriza por considerar que existen ciertos individuos a quienes, por su persistente peligrosidad, hay que aplicarles un régimen jurídico de carácter excepcional.

Este régimen, que entre otras cosas supone poner en entredicho los clásicos principios sobre los que se ha asentado tradicionalmente el derecho penal, consiste básicamente en impulsar reformas tendentes a un endurecimiento de la legislación penal y, en el ámbito procesal, por una restricción mucho más intensa de sus garantías constitucionales (3). Por ese motivo, es sustancialmente en el ámbito de los delitos de terrorismo donde esta construcción ha encontrado un terreno bastante abonado, aunque sin duda también podría tener cabida en ella otro tipo

---

(1) *El País*, 30 de diciembre de 2002.

(2) JAKOBS/CANCIO, «Derecho penal del enemigo», Madrid, 2003, p. 62.

(3) Sobre este aspecto son muy interesantes las reflexiones de la profesora BARONA VILAR, en su excelente trabajo sobre «Seguridad, celeridad y justicia penal», Valencia, 2004, p. 23.

de delitos, como los perpetrados por narcotraficantes o, en general, los cometidos por cualquier tipo de delincuencia organizada. Esta concepción viene además respaldada por un significativo cambio en la política criminal de ciertos gobiernos en donde la prevención general se está convirtiendo en el centro de gravedad de la estrategia de sus responsables políticos. En este sentido, la actitud de los EEUU, adoptada en respuesta a los atentados del 11 de septiembre de 2001, no ha hecho sino contribuir a que muchos países se animaran a seguir el ejemplo norteamericano (4).

Entre las leyes aprobadas con esta finalidad quizás la más emblemática haya sido la *Patriot Act*, promulgada con el fin de reforzar la seguridad nacional aun en detrimento de los derechos individuales. Algunos destacados dirigentes, como Alberto GONZALES, promovido al cargo de nuevo Fiscal General del Estado por George W. BUSH, ha tenido incluso que aclarar el sentido de sus controvertidas manifestaciones relativas a la justificación de la tortura como medio para obtener información en casos de extrema y urgente necesidad. En este aspecto, llama la atención como partidos políticos tradicionalmente defensores de las libertades cívicas hayan empezado, también en nuestro país, a darse cuenta de lo rentable que resulta políticamente la firmeza frente a los delitos que generan mayor irritación en la opinión pública (5).

El recurso a las soluciones penales de carácter excepcional no es un instrumento exclusivo de las sociedades totalitarias sino que forma parte de la estrategia adoptada por algunos gobiernos democráticos para hacer frente a las agresiones que en su opinión ponen en riesgo los principios básicos de una determinada colectividad, reacción que suele venir justificada apelando a un cualificado y persistente estado de nece-

---

(4) Al respecto, véase REQUEJO RODRIGUEZ, «La suspensión individual de derechos fundamentales», en *La defensa del Estado*, Valencia, 2004, p. 275.

(5) Así, por ejemplo, *Lionel Jospin*, primer ministro del partido socialista francés, tras los sucesos del 11-S aprobó todo un conjunto de medidas dirigidas a conceder a la policía unos poderes excepcionales lo que provocó la protesta, entre otras organizaciones, de los responsables de la Liga de los Derechos del Hombre. Y, como veremos, el gobierno de *Tony Blair*, después de la aprobación de la *Antiterrorism, Crime and Security Act* de 2001, presentó a finales del año 2004 un proyecto de ley que permitía la detención indefinida de los sospechosos de pertenecer a organizaciones terroristas, la cual ha sido también muy contestada por amplios sectores de la sociedad inglesa.

sidad (6). Lo único que sucede es que, a veces, esta actitud parece más censurable cuando la adoptan unos partidos que cuando las proponen otros; todo depende de los compromisos que en cada momento uno esté dispuesto a asumir. Hay que tener en cuenta que el coyunturalismo legislativo es esencial en el derecho penal hasta el punto de que el mantenimiento de un programa político-criminal invariable constituye una aspiración difícil de conseguir.

En una sociedad democrática el interés del Estado lo marcan los ciudadanos a través de la ley que es, por obra del juego parlamentario, cambiante en función de las circunstancias. Nada obliga a que las prioridades permanezcan eternamente en el tiempo. Aun así, la voluntad de la ley no es suficiente para albergar los lógicos y comprensibles deseos de venganza de la ciudadanía, pues lo que caracteriza a los Estados democráticos es precisamente que sus leyes satisfagan ciertos estándares de racionalidad (7).

Así, pues, la existencia de un *derecho penal de enemigos* se enmarcaría en esa dirección, en la medida en que se constata que el derecho penal convencional no es capaz de asegurar el normal ejercicio de las libertades cívicas o no sirve para evitar los actos que amenazan bienes jurídicos de gran trascendencia social. En este sentido, contraponer la existencia de un derecho penal aplicable a la generalidad de los ciudadanos y un derecho que tiene por finalidad exclusiva la protección de la sociedad frente a agresiones de quienes deliberadamente han declarado la guerra a sus semejantes y ponen en peligro el sistema de convivencia, es bastante razonable, aunque concebible únicamente como una respuesta excepcional frente a tales ataques.

Por consiguiente, no es extraño que a la hora de asignar una denominación a ese conjunto de normas se apele a una terminología que resulta un fiel reflejo del mensaje que se pretende transmitir y que esencialmente consiste en concebir a este tipo de delincuentes como individuos a quienes sólo se les puede combatir contrarrestando esa amenaza

---

(6) AGAMBEN, «Estado de excepción» (*Homo sacer* II, 1), Valencia, 2004, p. 40, donde estudia los precedentes romanos en relación con la institución del *iustitium* (p. 63).

(7) KAHN, «El análisis cultural del derecho», Barcelona, 2001, p. 17.

con otra de la misma intensidad, esto es, a través de la aplicación de medidas excepcionales o de emergencia intentando, al menos, provocar en ellos un cierto efecto disuasorio no siempre eficaz.

Tal como ha sido concebido, la existencia de un derecho penal de estas características lo que persigue en definitiva es tratar de legitimar el derecho de la sociedad a reaccionar ante determinados fenómenos delictivos cuando se constata que la respuesta penal convencional existente respecto a ciertos delitos resulta manifiestamente insuficiente. La sociedad, según argumenta JAKOBS en otro de sus escritos, no está compuesta única y exclusivamente por superhombres sino por sujetos para quienes la supervivencia individual está por encima del respeto a la legalidad, de modo que quien pretenda ser tratado como los demás debe ofrecer a cambio garantías de que va a comportarse como una persona como los demás (8). En caso contrario, el derecho penal pasaría a ser una reacción contra un *enemigo*, lo cual no significa, según explica este penalista alemán, que todo esté permitido, ya que si bien la sociedad no puede permanecer impasible ante este problema, tampoco puede solucionarlo exclusivamente a través de medidas policiales. Lo importante, concluye, es saber identificar las reglas del derecho penal de enemigos y separarlas de las que rigen el derecho penal de los ciudadanos (9).

Coincidiendo en el diagnóstico, cosa en la que parece no haber dudas, no sucede lo mismo a la hora de buscar las fórmulas adecuadas para poner remedio a esta situación. El problema estriba no sólo en saber quien debe ser considerado enemigo y quien no, cuestión que es particularmente importante visto el desarrollo tan espectacular que está adquiriendo en los últimos tiempos el recurso a las soluciones penales excepcionales (violencia contra las mujeres, delincuencia juvenil, seguridad vial, etc.), sino hasta dónde se puede llegar y si el efecto disuasorio que se pretende imponer es útil en todos los casos (10). Como vere-

---

(8) JAKOBS, «Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad» (recopilación de escritos a cargo de *Jacobo López Barja de Quiroga*), Madrid, 2004, p. 42.

(9) JAKOBS, «Dogmática de derecho penal...», cit., p. 46.

(10) MUNOZ CONDE, «¿Hacia un derecho penal del enemigo», *El País*, 15 de enero de 2003.

mos más adelante, esta situación puede llegar a contaminar la legislación ordinaria y acabar afectando a situaciones distintas para las que inicialmente fueron concebidas, poniendo así en peligro las garantías básicas del Estado de Derecho.

Partiendo de la base de que ningún país es absolutamente inmune ante una degradación colectiva de sus principios morales, es preciso que los ordenamientos jurídicos democráticos dispongan de mecanismos de alerta que corrijan las desviaciones que se produzcan en este sentido. Se cuestiona incluso si, en general, las soluciones de emergencia pueden ser concebidas como actuaciones jurídicas o, por el contrario constituyen un fenómeno esencialmente político y, por lo tanto, extrajurídico, hasta el punto de conformar, tal como señala Giorgio AGAMBEN un «espacio vacío de derecho», esto es, una zona en la que todas las determinaciones jurídicas estarían desactivadas (11).

Conviene aclarar no obstante que desde la perspectiva del derecho penal material, la simple decisión de agravar o acentuar los niveles de severidad de las penas previstas para un determinado tipo de delitos no es condición suficiente para calificar al conjunto de normas bajo aquella categoría pues, evidentemente, al Estado hay que reconocerle siempre un margen de actuación para aplicar políticas criminales de carácter sectorial con el fin de atajar ciertos fenómenos (racismo, violencia contra la mujer, etc.).

Aun así, hay quien sigue considerando que las medidas como las que informan el *derecho penal de enemigos* son, en el fondo, innecesarias; a fin de cuentas muchos insisten en que el propósito que se pretende alcanzar con ellas podría perfectamente lograrse sin recurrir a normas de carácter excepcional; es más, se dice que si este derecho penal de enemigos tiene por objeto fundamental evitar que los compor-

---

(11) AGAMBEN, «Estado de excepción», cit., p. 38. Este planteamiento está presente también en la tesis defendida por Manuel CANCIO, al considerar que el *derecho penal de enemigos* encierra en definitiva una tremenda contradicción, fundamentalmente porque no «estabiliza» normas sino que «demoniza» a un determinado grupo de infractores y como consecuencia de ello no es un derecho penal del hecho sino de autor (JAKOBS/CANCIO, «Derecho penal del enemigo», cit., p. 93).

tamientos de ciertos sujetos puedan poner en peligro la convivencia colectiva, la reacción respecto de las consecuencias reales que esta amenaza pueda hipotéticamente causar sería, en consecuencia, desproporcionadas (12).

## II. LIBERTAD, SEGURIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

### LA LEGISLACIÓN PROCESAL DE EXCEPCIÓN

Quizás la manifestación más típica del *derecho penal de enemigos* lo constituya sin duda alguna la legislación en materia antiterrorista. Como hemos dicho, la situación descrita anteriormente ha dado lugar a que las sociedades occidentales reaccionen ante este tipo de fenómenos con un arsenal de medidas cuya característica principal es que todas ellas pasan por un endurecimiento de las penas y una restricción o anulación de determinados libertades individuales.

La seguridad de los ciudadanos se ha convertido en un objetivo que está presente en la mente de cualquier responsable político de hoy en día. En este aspecto, no es casualidad que por mucho que se pretenda ocultar, el Tratado por el que se establece la *Constitución Europea* haya mostrado una clara tendencia en favor de la seguridad, decantándose claramente, más allá del retórico y obligado reconocimiento de ciertos derechos fundamentales, por la posibilidad de aplicar un número considerable de medidas dirigidas a la prevención y lucha contra quienes amenacen los valores e intereses que esta unión de naciones esta dispuesta a defender.

Una solución intermedia ha sido defendida últimamente por Michael IGNATIEFF quien considera que el recurso a medidas de emergencia para combatir el terrorismo constituyen un «mal menor», aceptable siempre se respete la dignidad de las personas que tengan el deber de soportarlas. La polémica conclusión a la que llega este autor es que la democracia, estando comprometida tanto con la seguridad de la mayoría como con los derechos del individuo y aun asumiendo que ese

---

(12) CANCIO, en JAKOBS/CANCIO, «Derecho penal del enemigo», cit. p. 94.

*mal menor* pudiera convertirse en un mal mayor y poner en peligro el régimen de libertades, sin embargo admite que ese riesgo se puede neutralizar. Para ello es preciso que los países dispongan de controles verdaderamente democráticos como sería, por ejemplo, el *test de la revisión contradictoria abierta* que permitiría que los parlamentos o, en su caso, los tribunales pudiesen efectuar un control sobre la legislación que da cobertura a tales actividades (13).

No obstante, pese al entusiasmo con que esta solución ha sido acogida en algunos lugares, algunos analistas no ha dejado de criticar severamente la tesis defendida por este autor al considerarla excesivamente peligrosa, sobre todo porque, llevada a sus últimas consecuencias supondría admitir la legitimidad constitucional de cualquier acto realizado dentro de los límites que la legislación de emergencia pudiera establecer (14).

En nuestro país, Edurne URIARTE, tras analizar las consecuencias que el 11-M ha tenido en este sentido, ha salido al paso de quienes teniendo como referencia el ejemplo estadounidense tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, aseguran que esta estrategia puede terminar finalmente por aniquilar el Estado de Derecho (15); es más, lejos de compartir esta opinión, piensa por el contrario que en España tal problemática resultaría impensable, singularmente por el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico la lucha contra el terrorismo ha representado una evolución hacia un control cada vez más creciente sobre las acciones de Estado y por un estricto respeto a las libertades y los derechos humanos (16).

En el ámbito del constitucionalismo moderno es verdad que nuestro país ha sido precisamente uno de los pioneros en establecer ese tipo de mecanismos que, a la postre, sirven para verificar el buen uso que las autoridades gubernativas hacen de los poderes de excepción. El art. 55.2 de la Constitución de 1978 vino a establecer las bases para posibilitar que mediante una ley orgánica pudieran ser suspendidos de

---

(13) IGNATIEFF, en «Democracia y terrorismo», en *Claves*, nº 150, p. 7. Más ampliamente en «El mal menor», Madrid, 2005, p. 14 y ss.

(14) AGUIRRE, «¿Hay dudas sobre la tortura?», en *La Vanguardia*, 22 de abril de 2005.

(15) RORTY, «Fundamentalismo: enemigo a la vista», *El País*, 29 de marzo de 2004.

(16) URIARTE, «Terrorismo y democracia tras el 11-M», Madrid, 2004, p. 212.

forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario algunos derechos fundamentales cuando estos afecten a investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, añadiendo a renglón seguido que la utilización injustificada o abusiva de dichas facultades determinará la correspondiente responsabilidad penal de los culpables.

Por supuesto no vamos a analizar el conjunto de disposiciones que desde la transición democrática se han ido dictando en relación con esta materia, pero sí resulta conveniente subrayar al menos el proceso de progresiva relajación que ha sufrido la normativa antiterrorista en este particular aspecto, hasta el extremo de que hoy en día bien pudiera decirse que queda muy poco de aquel espíritu que animó el establecimiento de tal mandato constitucional. Con el tiempo, el contenido de las normas dictadas en desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, especialmente a través de las leyes promulgadas durante 1988, acabó incorporándose al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, circunstancia que ha dificultado enormemente que el parlamento pudiese efectuar los controles periódicos establecidos constitucionalmente.

En este aspecto, no está de más recordar que en el ámbito procesal, que es donde mayor incidencia tienen estas medidas, y dado el amplio margen de maniobra que la Constitución reconoce en esta materia al legislador, no siempre es fácil determinar su adecuación a nuestra norma fundamental (17). Como ha destacado la doctrina, afortunadamente en la redacción de estas últimas reformas influyó decisivamente la sentencia del Tribunal Constitucional 199/87, de 16 de diciembre, al resolver los recursos interpuestos frente a la Ley Orgánica 9/1987, de 26 de diciembre, por los Parlamentos de Cataluña y del País Vasco (18), lo que sirvió para que el legislador suavizase el alcance de las medidas previstas en la normativa hasta entonces vigente.

---

(17) REQUEJO RODRIGUEZ utiliza la expresión *desfundamentalizar* cuando describe el fenómeno al que nos estamos refiriendo, en «La suspensión individual de derechos fundamentales», cit., p. 277.

(18) HINOJOSA SEGOVIA (CON DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTINEZ, MUERZA ESPARZA y TOMÉ GARCIA), «Derecho procesal penal», Madrid, 2004, p. 774.

Este hecho desde luego no ha pasado desapercibido a un importante sector doctrinal, que ha puesto de relieve los inconvenientes que ocasiona este modo de proceder. Así, Pedro CRUZ VILLALÓN considera que todo ello ha podido obedecer a cierto cansancio del legislador a prorrogar periódicamente, como era su obligación, la vigencia de la legislación antiterrorista y luego al fastidio de tener que hacer el seguimiento exigido por la Constitución, por lo que no es de extrañar que en 1994 la fórmula elegida por el legislador «pasase por los pelos» el test de constitucionalidad, precisamente por la ausencia del preceptivo control parlamentario que aquella norma impone (STC 71/1994) (19). Esta circunstancia ha provocado a su juicio una gradual normalización del instituto del art. 55.2 de la Constitución, cuya más próxima oportunidad de reconsiderar se situaría en el marco de la elaboración de una nueva ley de Enjuiciamiento Criminal (20). En cualquier caso, todo parece indicar que esas objeciones no le parecieron suficientes al Tribunal Constitucional como para anular la legislación antiterrorista, pero desde luego era la segunda advertencia que recibía el legislador de estar bordeando los límites de la inconstitucionalidad.

Eso no quiere decir otra cosa que tan importante es afrontar con decisión los fenómenos excepcionales como no olvidar que lo que se concibió como excepcional siga siendo considerado de esta misma manera; debe tenerse en cuenta que un desmedido afán en el favorecimiento de medidas para hacer frente a situaciones de emergencia, podría poner en peligro la integridad de todo el sistema de garantías. Los debates que se han sucedido en Inglaterra a propósito de la discusión de la Ley de Prevención del Terrorismo de 2005 (*Prevention of Terrorism Act*) y que tenía por objeto permitir que la policía pudiera arrestar domiciliariamente y por tiempo indefinido a los sospechosos de terrorismo que no pueden ser enjuiciados por falta de pruebas, constituye una muestra de los recelos que la sociedad civil plantea ante este tipo de normas.

---

(19) CRUZ VILLALÓN, «Normalidad y excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, nº 71, 2004, p. 195.

(20) CRUZ VILLALÓN, «Normalidad y excepción», cit., p. 196.

En nuestro país, los sospechosos de pertenecer a bandas terroristas están también sometidos a una legislación especial. Sin embargo, como acabamos de decir, estas disposiciones forman parte ya de la normativa procesal común. Así, el art. 520 *bis* de la LECRIM contempla la posibilidad de que la policía pueda prolongar unos días más la detención de un sospechoso, siempre que tal prórroga sea autorizada por la autoridad judicial (21). En segundo lugar, a fin de garantizar el éxito de la investigación, puede solicitar también del juez instructor que el detenido sea incomunicado, con lo que en ningún caso podrá designar un abogado de confianza. Así mismo, el art. 509 de la LECRIM, modificado por la Ley Orgánica 13/2003, permite a su vez decretar la prisión incomunicada por un plazo de hasta diez días en los casos en que esta medida haya sido ordenada como consecuencia de la comisión de delitos de terrorismo o cuando se trate de investigaciones propias de la delincuencia organizada.

El art. 533 de la misma ley permite igualmente a la policía, en casos de excepcional o urgente necesidad, entrar y registrar un domicilio dando cuenta al juez competente. Así mismo atribuye al Ministro del Interior o, en su caso, al Secretario de Estado para la Seguridad, la posibilidad de ordenar la intervención de las comunicaciones de aquellos sospechosos de pertenecer a bandas armadas o elementos terroristas, también con idéntica obligación de comunicar esta circunstancia a la autoridad judicial.

Por último, al objeto de impedir que los terroristas traten de ampararse en la inmunidad que le proporciona el ejercicio determinadas funciones de carácter representativo, el art. 384 *bis* de la LECRIM dispone que el auto de procesamiento en este tipo de delitos lleva aparejada la suspensión automática de los cargos públicos que en su caso estuviera ostentando el encausado.

---

(21) Con anterioridad, bajo la vigencia de la Ley Orgánica 9/1984, la detención se podía prolongar hasta un máximo de siete días y sin ningún tipo de control judicial previo, razón por la cual el art. 13 de dicha ley fue declarado inconstitucional por contravenir lo dispuesto en el art. 55.2 de la Constitución y por considerar excesivo dicho periodo en función de las previsiones contenidas en el art. 17.2 de la CE.

En otro orden de consideraciones, mucho más llamativas son las previsiones que la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, han introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal dictadas para el «perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades graves». Estas medidas van desde la posibilidad de recurrir a la circulación y entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 263 *bis* LECRIM) como la legalización del llamado *agente encubierto* a quien, por cierto, la propia ley exonera de responsabilidad criminal por las actuaciones que sean consecuencia necesaria para el desarrollo de sus funciones(282 *bis* LECRIM) (22).

Por todo ello, lo verdaderamente relevante en la construcción elaborada por JAKOBS es la crítica que, a nuestro entender, este autor lleva a cabo como consecuencia del proceso de normalización al que nos acabamos de referir, alertando de los efectos perversos que esta situación puede provocar en el futuro, algo que, como hemos visto, tampoco es totalmente nuevo. Se trata como se ve de un fenómeno que alienta cierta «permeabilidad» entre la legislación de emergencia y la ordinaria en virtud de la cual las normas dispuestas para el delincuente-enemigo han acabado formando parte del derecho concebido para el resto de los delincuentes, motivo por el cual advierte que «un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el derecho penal con *fragmentos* de regulaciones del derecho penal del enemigo» (23).

En este sentido, hay que tener en cuenta que el enemigo, en la terminología jakobsiana, rechaza la rehabilitación, hasta el punto de que

---

(22) En esta materia es sin embargo significativo el esfuerzo realizado en los últimos años por adecuar la actuación de los servicios del Centro Nacional de Inteligencia a los requerimientos constitucionales (Ley 11/2002, de 6 de mayo), introduciendo a este respecto una serie de controles específicos de la actividad inspectora como es, además del control parlamentario, el control judicial previo, obligatorio cuando se trate de adoptar medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones(Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo).

(23) JAKOBS/CANCIO, «Derecho penal del enemigo», cit., p. 56.

la elevación de las penas puede no servir para garantizar la eficacia del sistema. Por eso, teniendo en cuenta los riesgos que una mala utilización de los poderes de emergencia puede ocasionar, es preciso que la respuesta penal sea absolutamente necesaria desde el plano de la política criminal que se pretenda llevar a cabo y siempre bajo la consideración de que se trata de medidas de carácter excepcional.

### III. LA RAZÓN DE LA SINRAZÓN PARA UN DERECHO PROCESAL DE ENEMIGOS

Como nos ha recordado Enrique BACIGALUPO, el *derecho penal del enemigo* se caracteriza no sólo por una creciente ampliación de derecho penal material sino también por una disminución de las garantías procesales (24), algo que el propio defensor de esta teoría ha resaltado de forma absolutamente inequívoca. A nuestro modo de ver, esta forma de proceder se debe a criterios de pura eficacia (25); por lo tanto, para consolidar el éxito de una determinada política criminal es preciso disponer de medios adecuados para que la finalidad pretendida quede perfectamente asegurada.

Así concebido el *derecho penal del enemigo*, era lógico que la suspensión de garantías procesales viniera a formar parte esencial de esta misma estrategia, en la creencia de que con el catálogo de derechos que la legislación atribuye a todo ciudadano posiblemente no fuera tan fácil alcanzar el objetivo propuesto, lo que supondría, por consiguiente, el fracaso del sistema. No debe olvidarse que nuestro actual sistema de garantías procesales no es más que el resultado de la perseverante batalla librada para evitar la arbitrariedad en el ámbito de la justicia penal frente a la tendencia del poder a lograr una condena sin proceso o contentándose con la simple apariencia de su existencia.

---

(24) BACIGALUPO, «Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero», en *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002, cit., p. 67.

(25) JAKOBS/CANCIO, «Derecho penal del enemigo», cit., p. 43.

Con razón los procesalistas hemos venido defendiendo que, asentado nuestro proceso penal continental sobre el principio de la verdad real, cualquier sistema que no asegure el derecho de defensa, no es técnicamente un proceso (26). Este es el motivo por el cual en ocasiones cuesta tanto convencer a la opinión pública de que el proceso penal no tiene sólo una finalidad de protección social sino que al propio tiempo persigue una finalidad aparentemente opuesta, como es la de defender al acusado del peligro de una condena injusta, siendo así que la búsqueda del necesario equilibrio entre ambas finalidades constituye uno de los desafíos más complejos del legislador, sobre todo en esta materia.

Así, Emilio GÓMEZ ORBANEJA ya señaló en su día que constituiría un craso error suponer que cuando la sociedad exige una mayor severidad en la sanción de las conductas, deba por ello disminuir el interés del Estado en la cuidadosa comprobación de las conductas. «Una acentuación del interés social –escribe– en el derecho penal no presupone en modo alguno el abandono de las garantías individuales del proceso [...], incluso puede sostenerse que cuanto mayor sea la severidad y amplitud de la injerencia de la colectividad a través del derecho penal en la esfera de los derechos de los individuos, mayor ha de ser el interés estatal en la escrupulosa comprobación de la necesidad concreta de tal injerencia» (27).

Hay que tener presente que los perjuicios que causan al Estado de Derecho las actuaciones injustas amparadas en una legislación de emergencia basada en la animosidad colectiva que algunos delitos provocan entre los ciudadanos puede ser incomparablemente mayor que los beneficios que se pretenden obtener en casos aislados. Con eso queremos indicar que, salvo que su restricción sea relevante al propósito de la persecución penal, la lucha contra el terrorismo y, por extensión, cualquier política basada en la aplicación del principio de *tolerancia cero* respecto de ciertas conductas de amplio reproche social, no tiene porqué pasar

---

(26) Gráficamente GÓMEZ ORBANEJA escribió en este sentido que «el sistema inquisitivo ha significado en rigor una pura persecución penal disfrazada bajo la vestidura del proceso», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo II, Barcelona, 1951, p. 165.

(27) GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo I, Barcelona, 1947, p. 29.

necesariamente por la negación de las garantías procesales de los sospechosos, por muy grave que haya sido la lesión que el delito haya ocasionado.

El problema reside en que la presencia de sujetos a quienes se les atribuye inicialmente la condición de enemigos en el sentido apuntado por JAKOBS, ha impulsado al legislador al establecimiento de un modelo diferenciado de enjuiciamiento para este tipo de delincuentes, basado fundamentalmente en establecimiento de limitaciones en cuanto al ejercicio de sus derechos, pensando que de lo contrario, los procesados podrían llegar a obstaculizar el curso de las investigaciones al beneficiarse de las ventajas que el ordenamiento jurídico concede al resto de los ciudadanos. Por eso, es sumamente acertada la afirmación de este penalista alemán cuando advierte que quien incluya al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si al final acaban mezclándose los conceptos de «guerra» y «proceso penal», siendo así que, por ese motivo, los que no quieran privar al derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas al Estado de Derecho, deberían llamar de otro modo a aquello que hay que hacer contra los terroristas: es decir, lo deberían llamar *derecho penal de enemigos* (28).

En nuestro país, el modelo procesal de emergencia es muy parecido al que ya existe en otros ordenamientos. En general, se caracterizaría por las siguientes notas distintivas (29): a) en primer lugar, por la existencia de una fase preliminar presidida por la intervención de órganos investigadores y decisores especiales; b) tal como hemos tenido ocasión de exponer, por la posibilidad de recurrir a medios de investigación mucho más incisivos (agentes encubiertos, etc.) y por el especial *status* que la ley confiere a los imputados que colaboran con la policía; c) por la existencia de un régimen menos riguroso para acordar la prisión preventiva del inculcado y para resolver sobre su posible incomunicación.

A ello hay que añadir también la existencia de una tendencia excesivamente expansiva por la preconstitución de los distintos medios de

---

(28) JAKOBS/CANCIO, «Derecho penal del enemigo», cit., p. 42.

(29) DALIA, «Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata», en *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milán, 2003, p. 109.

prueba y por una propensión algo acusada a no valorar adecuadamente la racionalidad de la denominada «inferencia probatoria», la cual como se sabe, permite fundar las resoluciones de condena en base a deducciones de carácter indiciario, con lo que el derecho a la presunción de inocencia podría verse afectado debido a la relajación que en el cumplimiento del deber de motivar las sentencias esta situación ocasiona (30).

A la vista de ello se advierte que estas reglas especiales en realidad cumplen una doble función, pues junto a la utilidad que está normativa puede realmente proporcionar en cuanto la eficacia en la persecución de ciertos delitos, se oculta tras ellas un componente represivo que trasciende a su finalidad esencial. Muchas de ellas están impregnadas de un contenido altamente punitivista e, incluso, algunas conservan un marcado carácter retributivo, tal como sucede por ejemplo con determinadas medidas limitativas de derechos fundamentales.

El derecho procesal no es más que un instrumento que tiene por objeto la aplicación imparcial de la ley y, por lo tanto, los jueces en un Estado de Derecho no deben aparecer como el último eslabón de la maquinaria represiva de los gobiernos y aunque forman parte del entramado administrativo del Estado han de estar sin embargo al servicio de los ciudadanos y de sus derechos fundamentales. En el ejercicio de sus funciones se deben a unos principios que han respetar por encima de todo. Entre ellos se encuentra el más importante de todos: el que impone a todos los miembros del poder judicial el deber de hacer valer el derecho a un proceso justo (*due process of law*), lo que implica, a su vez, la obligación de velar por las garantías procesales de los acusados.

Nada se debe oponer a que el legislador adopte una determinada política ante determinados delitos, pero teniendo en cuenta, como expuso GOLDSCHMIDT, que los principios de la política criminal de un país

---

(30) Sobre el abandono en este tipo de delitos de la concepción naturalista de delito, puede consultarse el interesante trabajo de ORLANDI, «Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'*inquisitio generalis*», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996, p. 568.

constituyen precisamente el termómetro por el que se mide el carácter autoritario o no de su ordenamiento jurídico (31).

Así pues, dando por supuesta la posibilidad de que hubiera de existir algo similar a un *derecho penal de enemigos*, éste habría de estar integrado por medidas que superasen un cierto test de razonabilidad desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales, porque lo que en cualquier caso no cabe admitir es que el deseo de venganza se erija el principal inspirador de la legislación penal de un país. Hay que tener en cuenta, además, que incrementando el control de los ciudadanos mediante la restricción de sus derechos individuales se corre el riesgo de que el sistema pueda evolucionar vertiginosamente hacia una legislación procesal de excepción construida a base de demasiadas categorías «emergencistas».

En modo alguno la protección de determinados bienes jurídicos tendría que afectar al instrumento que las sociedades bien ordenadas disponen para el enjuiciamiento de las conductas individuales, el cual tiene que mantenerse ajeno al conflicto que origina la violación de la ley. La normalidad procesal y su compromiso con la defensa de las libertades es lo que en el fondo caracteriza al Estado de Derecho. No en vano, la lealtad institucional exige que sean los poderes públicos los primeros en respetar los principios y valores que inspiraron los movimientos surgidos en defensa de las garantías constitucionales.

---

(31) GOLDSCHMIDT, «Problemas jurídicos y políticos del proceso penal», Buenos Aires, 1961, p. 109.