

El nuevo Derecho penal autoritario*

Francisco Muñoz Conde**

I. A modo de introducción y resumen

Hablar de “Derecho penal autoritario” es de algún modo hablar de lo obvio, pues no hay un Derecho penal que no sea “autoritario”; es más, el Derecho penal es el más autoritario de todas las ramas del Ordenamiento jurídico y probablemente de todos los sistemas formalizados de control social. El Derecho penal tiene además otra característica que lo diferencia de otros sistemas de control más sutiles: es un sistema represivo, en el que la violencia ocupa un lugar destacado tanto en los casos de los que se ocupa (homicidio, robo, violaciones, desapariciones), como en la forma en que se ocupa o pretende

Texto de la ponencia presentada por su autor en el Coloquio Internacional Humboldt, “La función mediadora del derecho como ciencia universal en una época de globalización y de lucha contra el terrorismo”, que, auspiciado por la Fundación Alexander von Humboldt de la República Federal de Alemania, reunió en Montevideo entre el 6 y el 8 de abril del año 2003, a un grupo de juristas ex becarios de la citada Fundación, procedentes de diversos países latinoamericanos, de España, Alemania e Italia. El autor agradece a la citada Fundación su generosidad en la financiación del Coloquio, y a su vicesecretaria general, Dra. Gisela Janetzke, la magnífica organización del mismo. La dirección científica del Coloquio corrió a cargo del autor de este texto y del Prof. Mario Losano, de la Universidad de Milán.

El texto se mantiene en su versión original, redactado para su exposición oral, aunque posteriormente se han añadido algunos párrafos y se han actualizado algunos datos y referencias hasta mediados de mayo de 2003.

** Catedrático de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España).

solucionar estos casos (cárcel, inhabilitaciones, pena de muerte todavía en muchos países).

Pero cuando hablamos del “nuevo Derecho penal autoritario” nos estamos refiriendo a un Derecho penal más autoritario de lo normal; de un Derecho penal que se ha colado de rondón, “por la puerta falsa” de un Ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado. Denunciar este Derecho penal, que algunos han llamado, y parece que asumido como inevitable, “Derecho penal de enemigos”, es hoy en día una tarea urgente y necesaria, por varias razones:

1ª) Porque desde el famoso atentado del 11 de septiembre de 2001 a las Torres Gemelas de Nueva York, el poder hegemónico del país más poderoso militarmente del mundo y directamente afectado por ese atentado, ha desencadenado un guerra abierta contra todos los que, a su juicio, pongan en peligro su seguridad y su hegemonía (así lo ha declarado expresamente el Presidente Bush en su mensaje a la Nación tras la victoria en Irak). En esta guerra ya no se respetan ni siquiera las garantías mínimas de la Convención de Ginebra en el traslado y custodia de los prisioneros de guerra, como tampoco se ha respetado la necesidad de autorización previa de la ONU para declararla; no se renuncia a utilizar armas prohibidas o no, pero en todo caso de gran efecto destructivo tanto en personal civil, como en bienes culturales, asumiéndose su destrucción como “daños colaterales”, o la eliminación selectiva de determinados dirigentes del bando enemigo con los llamados “asesinatos selectivos”.

2ª) Porque se boicotea la competencia de la recién creada Corte Penal Internacional para juzgar los crímenes contra la humanidad, por parte de los países más expuestos a ser juzgados por este Tribunal en la medida en que en sus actuaciones bélicas, sus ejércitos pueden cometer tales crímenes y violaciones de los derechos humanos.

3ª) Porque al amparo de esta situación internacional, se está legitimando la creación a nivel nacional de una legislación excepcional

en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc., que no respeta las garantías y derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de Derecho.

4ª) Porque esta tendencia constatable tanto nacional como internacionalmente, surgida al amparo de una situación excepcional, corre el peligro de generalizarse y de convertirse en la regla que inspire la actuación de los órganos encargados de la aplicación del Derecho penal (Policías y Jueces), provocando también un proceso de “fascistización” social de las masas, más propio de dictaduras que de democracias participativas y respetuosa con las minorías, con la discrepancia pacífica y el legítimo pluralismo de todas las culturas e ideologías que respeten el marco básico de los derechos fundamentales.

5ª) Porque se antepone el valor “seguridad” a cualquier otro valor, utilizándolo como pretexto para no hacer los cambios económicos y sociales necesarios para reducir los niveles de pobreza y hacer valer una mayor justicia social en el mundo.

II. El Derecho penal en la lucha contra el terrorismo: ¿Hacia un Derecho penal del enemigo?

1. Derecho penal y violencia

Si hay algo que pueda caracterizar al Derecho penal a nivel mundial, en todo tiempo y lugar, es su referencia y estrecha vinculación con la *violencia*. Ya hace casi veinte años en el inicio de mi “*Derecho penal y control social*” (1ª ed., Jerez de la Frontera 1985; 2ª ed. Bogotá, 2001) decía al respecto lo siguiente:

“Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, siempre de la violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el derecho penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, manicomio, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)”.

Pero junto a esta característica común al Derecho penal, diacrónica y sincrónicamente considerado, existe también otra que en las

sociedades modernas lo califica como un sistema de control social y dentro de él como un sistema de *control social formalizado*. En el moderno Estado de Derecho, la formalización del control social de los comportamientos que más gravemente afectan a los valores fundamentales de una sociedad es la cualidad que permite separar la violencia “buena” de la “mala”, el trigo de la cizaña. Esta formalización se lleva a cabo a través de normas, de leyes, inspiradas en principios y valores que constituyen el conjunto de los derechos humanos que se caracterizan como derechos fundamentales.

Este modelo de formalización, aunque universalizado a través de su acogida en las Declaraciones Internacionales de Derecho de la ONU, Pacto de los Derechos civiles, etc., no es más que un vago marco de referencia que evidentemente no ha alcanzado todavía la vigencia general que teóricamente se le asigna. Pero de eso vamos a hablar después. Ahora vamos a hablar de si, por lo menos, en el ámbito de las sociedades encuadrables en la cultura jurídica hegemónica es también válido y se respeta tanto en la práctica, como se dice en la teoría.

2. Libertad vs. Seguridad

Cuando la Constitución española dice en su art.17, 1 que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”, está planteando uno de los dilemas más contradictorios que tiene que resolver el ser humano en la convivencia social. “Libertad y seguridad” son ciertamente dos bienes jurídicos muy importantes y tan necesarios como difícilmente conciliables. Ello no es más que una consecuencia de la propia condición humana. El ser humano, por sus propias limitaciones, está obligado, para la supervivencia y la reproducción de la especie, a la convivencia. El vivir es un convivir. La existencia una coexistencia.

Sólo que esa coexistencia no es idílica, sino conflictiva. La convivencia es el resultado de un proceso de interacción, en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con otros individuos le posibilite un mejor desarrollo de la

personalidad y los medios necesarios para su supervivencia. Esto ha sido expresado de diversas formas por diferentes autores, pero todos coinciden en la misma idea. Para Sigmund FREUD, el malestar en la cultura se debe a que frente al principio del placer, que impulsa a las personas a satisfacer por encima de todo sus instintos, está el principio de la realidad, representado por las normas sociales que obligan al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás. O, como decía KANT, la libertad individual termina allí donde comienza la libertad individual.

No hay, pues, una libertad absoluta, porque ésta sería incompatible con la libertad de los demás, con la necesidad de convivencia; pero tampoco podemos restringirla hasta el punto de que convirtamos al ser humano en un animal siempre controlado, al que hay que vigilar hasta en sus menores movimientos. Si algo caracteriza al ser humano frente a los demás seres vivos, es la posibilidad que tiene, dentro de ciertos límites, de configurar y desarrollar libremente su personalidad. Y éste es también un derecho fundamental, que por cierto reconoce expresamente el art.10,1 de la Constitución española.

El problema no consiste, pues, en reconocer el derecho a la libertad; el problema que toda cultura, sociedad o Estado debe resolver es trazar los límites, dentro de los cuales el ser humano puede ejercer esa libertad. Y a esta delimitación de los márgenes, dentro de los cuales se permite el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad por parte de los individuos, se le llama “seguridad”. Esta no es más que la expectativa que podemos razonablemente tener de que no vamos a ser expuestos a peligros o ataques en nuestros bienes jurídicos más preciados por otras personas.

Pero tampoco la seguridad es un valor absoluto; ni el Derecho, ni nadie puede garantizar una seguridad absoluta, una ausencia total de peligro. La actual sociedad es también, a pesar, y quizás también a causa de los avances habidos en los últimos años en la ciencia y en la tecnología, una sociedad, que el filósofo alemán BECK califica como una “sociedad de riesgo”, como una “*Risikogesellschaft*”. Y no sólo frente a la criminalidad y a los ataques y puestas en peligros

provenientes directamente de seres humanos, sino también y sobre todo frente a los accidentes nucleares, los grandes desastres medioambientales y alimentarios que generalmente suelen ser consecuencia de comportamientos humanos imprudentes o técnicamente deficientes.

Pero en los momentos actuales tenemos ante nosotros el peligro inminente de quizás el más grande mal que puede azotar e incluso destruir a la misma Humanidad: la guerra; la guerra con armas de destrucción masiva, la guerra de agresión, la guerra de exterminio de unos seres contra otros. La guerra, en cualquiera de sus manifestaciones y dimensiones, es sin duda la amenaza más grave a la seguridad de cuantas pueda imaginar la mente humana.

Por eso, la tarea fundamental del Estado de Derecho ha sido, y es, navegar entre ambos polos, delimitándolos lo mejor posible y procurando que estén en equilibrio y armonía, creando para ello unas normas y principios que se han convertido en los derechos fundamentales de cualquier Charta Magna o Constitución de un Estado social y democrático de Derecho, como se define el Estado español en el art.1 de la Constitución española.

Para ello se establece un catálogo de libertades fundamentales que sólo pueden ser limitadas en casos excepcionales, expresamente marcados por la Ley, como son la igualdad de todos ante la Ley, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, la libertad ideológica y de religión, el derecho a la libertad de movimientos, de residencia, a la inviolabilidad de domicilio, a la intimidad, al honor, a la libertad de expresión, los derechos de reunión y asociación, la presunción de inocencia, el principio de legalidad penal, etc.

A partir de ahí, los Estados democráticos modernos en Europa occidental, sobre todo después de la desaparición de los sistemas autoritarios, pero también en las etapas más liberales de la historia de los Estados Unidos de América, habían conseguido un sistema de difícil equilibrio, que si bien no era ideal, sí por lo menos procuraba unas cotas de libertad bastante altas, sin mermas graves de un nivel de seguridad ciudadana, jurídica y económica, bastante satisfactorio. También en España, tras la dictadura franquista se ha ido consiguiendo en los

últimos 25 años en este ámbito, un nivel similar al del resto de los países de la Comunidad Europea.

Sin embargo, en muchos de estos países también ha habido excepciones y graves violaciones de derechos fundamentales. En Francia, la represión del movimiento independentista argelino en los años 50 se hizo de forma ilegal, con torturas y graves violaciones de derechos fundamentales. Excesos similares se cometieron por los ingleses en los años 70 y 80 para reprimir el terrorismo independentista del IRA irlandés. Tampoco Alemania quedó exenta de sospecha cuando en los años 70 se "suicidaron" en la cárcel de máxima seguridad algunos dirigentes del Ejército Rojo de Liberación, como Andreas Baader y Ulrike Meinhoff. En Italia la lucha contra el grupo terrorista de extrema izquierda Brigadas Rojas en los años 70 motivó una legislación excepcional de emergencia, que no evitó, paradójicamente, ni los atentados de la extrema derecha (como el de la Estación de Bolonia), ni el todavía confuso secuestro y posterior asesinato del dirigente democristiano Aldo Moro en 1978.

Un caso evidente de "terrorismo de Estado" o "parapolicial" fue la "guerra sucia" llevada a cabo en España, en plena etapa democrática en los años 80, contra el grupo terrorista independentista ETA, que, sin embargo, a diferencia de lo que sucedió en otros países, condujo al procesamiento, enjuiciamiento y condena a largas penas de prisión de algunos responsables de la lucha antiterrorista.

Estos sucesos no cabe duda que generaron grietas en el edificio jurídico constitucional, pero afortunadamente no consiguieron romperlo definitivamente, y han sido incluso los mecanismos del Estado de Derecho, sus instituciones, los Tribunales de Justicia, la libertad de expresión, etc., las que han afirmado contrafacticamente las garantías y derechos fundamentales que se habían conculcado desde el propio Estado o por instituciones paraestatales.

Por lo que se refiere al Derecho penal, éste de continuo vive en una contradicción íntima, que es inmanente a su propia naturaleza. Por un lado, buscar la máxima eficacia en la prevención y castigo de los delitos; por otro, llevar a cabo dicha tarea respetando, al mismo tiempo, los

derechos fundamentales y las garantías del imputado. Está claro que esta doble función produce una tensión que amenaza con romperse en cualquier momento, casi siempre en beneficio de criterios de eficacia y seguridad. Pero corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia, sobre todo al más alto nivel, es decir, a la jurisprudencia constitucional, marcar una línea firme que permita seguir confiando en la vigencia de las garantías y derechos fundamentales, a pesar de retrocesos puntuales que deben ser inmediatamente corregidos.

3. Los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y sus consecuencias para el Estado de Derecho

No es esto, sin embargo, lo que ha pasado con la reacción habida en los Estados Unidos a raíz de los sucesos ocurridos el día 11 de septiembre de 2001 en las ciudades norteamericanas de Nueva York y Washington. Ese día, como de todos es sabido, unos aviones de línea regular, que poco antes habían sido secuestrados por grupos extremistas islámicos, se estrellaron contra las Torres Gemelas de Nueva York y el edificio del Pentágono en Washington, provocando, además de la destrucción y derrumbamiento completos de los famosos rascacielos neoyorkinos y graves daños en el edificio donde se ubica el Estado mayor norteamericano, varios miles de víctimas entre las personas que se encontraban en esos momentos trabajando allí.

Es verdad que en todos estos años ha habido muchos casos (algunos ya aludidos) en los que se ha conmovido también la seguridad del Estado y de sus instituciones. Pero ninguno de ellos ha sido tan espectacular e impactante para la opinión pública mundial como el ocurrido el 11 de septiembre de 2001.

En primer lugar, por su espectacularidad. El suceso fue transmitido en directo a todo el mundo en el momento en que se estaba produciendo, en horarios de máxima audiencia en todos los hemisferios: 8-10 de la mañana, en los dos continentes americanos; 14-16 horas, horario europeo, africano y medio oriente; 20-22 horas, horario lejano oriente. Y ha sido repetido hasta la saciedad en todos

los noticiarios y programas de recapitulación de los sucesos del 2001 de las cadenas de televisión y demás medios de comunicación.

En segundo lugar, por su capacidad destructiva y por haber afectado al país más poderoso del mundo y a sus edificios más emblemáticos.

En tercer lugar, porque sus autores directos, secuestradores y personas que pilotaron los aviones, eran un puñado de jóvenes extremistas islámicos, procedentes de países atrasados, que, sin embargo, mostraron una gran habilidad y pericia técnica, como el más avezado comando super especializado del ejército más cualificado del mundo.

Por una vez, la imagen bíblica de David venciendo a Goliat nos vino a todos a la mente. El descubrimiento de que algo así era posible, desbordaba la más febril imaginación de un guionista de Hollywood.

Pero un hecho así, tan sin precedentes, con tan brutales consecuencias, que dejaban al descubierto la vulnerabilidad del poderoso, no podía quedar sin consecuencias y sin la reacción airada del gigante herido en lo más profundo de su amor propio y de su orgullo. Y no me refiero sólo a las bélicas que inmediatamente después de este atentado vimos con el ataque a Afganistán y que desde marzo y abril de 2003 hemos estado viendo diariamente en nuestras pantallas de TV con motivo de la guerra contra Irak; sino, en este momento, a las que inciden de forma directa y clara en el difícil equilibrio entre libertad y seguridad, en la violación de derechos humanos y en la propia vigencia del Derecho como única vía para resolver los conflictos tanto nacionales, como internacionales.

El miedo generalizado a atentados similares en América o en otras partes del mundo, la sed de venganza, el afán punitivo, han hecho mella inmediatamente en los derechos y libertades fundamentales, a los que antes aludíamos, y que tan penosamente ha sido posible conseguir. Pronto en los mismos Estados Unidos, cuna de muchos de estos derechos, se derogaron garantías; se empezó a controlar la información y a limitar la libertad de expresión en los medios de comunicación, la libertad de circulación y de residencia. Empezó a hablarse de Tribunales Militares excepcionales, de detención policial sin intervención judicial.

Con los prisioneros capturados en la Guerra contra Afganistán, los Estados Unidos han procedido como en los tiempos de las Cruzadas, se les ha recluso en la Base de Guantánamo, tratándolos como animales, en terrible situación de privación sensorial, sin siquiera respetar los derechos mínimos de los reclusos reconocidos internacionalmente, ni el Estatuto de los Prisioneros de Guerra de la Convención de Ginebra. Quejas similares se están dando actualmente respecto a malos tratos y torturas que han recibido soldados del ejército de Irak detenidos por las tropas americanas (véase Informe Amnistía Internacional, mayo 2003).

Pero este afán punitivo y vindicativo, al mismo tiempo, por los atentados del 11 de septiembre, fue aún más lejos, y tras un largo período de presiones a la comunidad internacional, que en su mayoría se oponía rotundamente a ello se desencadenó en marzo de 2003 una cruel guerra contra Irak, para la que ni siquiera se contó con la autorización del Consejo de Seguridad de la ONU, incurriendo así en una grave ilegalidad internacional, que desgraciadamente sólo puede ser objeto de sanción en el plano moral, ya que ni el Estatuto de Roma ha definido todavía la "guerra de agresión" (cfr. Art. 5,1), ni Estados Unidos, principal responsable de dicha guerra, ha ratificado dicho Estatuto. Tampoco la razón material que se utilizaba para justificar la invasión: que Irak poseía "armas de destrucción masiva", ha sido probada. Tras veinte días escasos de actividad bélica, la guerra terminó, como era previsible dada la evidente superioridad de las tropas invasoras, con el triunfo de la coalición angloamericana; pero las consecuencias que la misma ha tenido y está teniendo son verdaderamente terribles. Ciudades, museos y excavaciones arqueológicas fundamentales para conocer los orígenes de nuestra civilización (escritura cuneiforme, Código de Hammurabi), han sido destruidos; la población civil, a la que oficialmente se quería salvar de las garras del dictador Sadam Hussein, vive en una situación terrible, mucho peor que la que vivía en los tiempos de la dictadura. Primero fue directamente afectada en vidas y hacienda por los bombardeos y los llamados "daños colaterales", y actualmente vive en deficientes condiciones materiales,

al borde del hambre y sin asistencia sanitaria, de lo que son principales víctimas los niños; en las grandes ciudades, principalmente en Bagdad, reinan el caos e impresionantes niveles de inseguridad ciudadana, con continuos robos y saqueos. Hasta la fecha las tropas angloamericanas y sus aliados tras más de un mes de ocupación no han conseguido restablecer el orden, disparan contra la multitud indefensa que se manifiesta en protesta contra este estado de cosas; y aún no se sabe cómo restablecer con las etnias nacionales, ahora más divididas que nunca, un Gobierno de concentración nacional o por lo menos una Administración autóctona que consiga restablecer unas bases mínimas de convivencia pacífica. Los actos terroristas de grupos islámicos radicales, uno de los problemas con los que se prometía acabar con esta guerra, se suceden con más frecuencia que antes, con atentados suicidas, que ya no se limitan al conflicto palestino-israelí, sino que se han extendido a otros territorios, como los que han costado la vida en mayo de 2003 a 39 personas en Riad (Arabia Saudí) y a más de 40 en Casablanca (Marruecos), y, aunque con motivaciones políticas diferentes, a otras tantas en Chechenia.

Pero con ser ello tan terrible, quizás la peor consecuencia de estas guerras y de los anteriores y subsiguientes actos de terrorismo es el impacto negativo que han tenido y que van a tener más aún en el respeto al Derecho internacional, los derechos humanos y las reglas básicas que regulan la convivencia humana pacífica en una democracia. Y no sólo en Irak, donde ya los efectos devastadores de la guerra han destruido cualquier posibilidad que no sea la de restablecer niveles mínimos de supervivencia; sino en el resto del mundo. Los países miembros de la coalición invasora han demostrado que al final lo que importa es tener la fuerza para imponer los propios intereses, al margen de cualquier formalidad o razón jurídica. Y los países de nivel cultural, jurídico y económico inferior, empezando por el propio Irak, verán que, al fin y al cabo, los derechos humanos no son más que una hermosa expresión, sin ningún contenido, que en cualquier momento puede ser pisoteada y menospreciada, sin ninguna consecuencia negativa, si se tienen las armas y el poder suficiente para hacer prevalecer la ley del

más fuerte. Y si no se tienen, entonces se recurre a tácticas terroristas para minar la moral del adversario, de hecho más fuerte, pero más sensible también a este tipo de acciones.

Pero también Estados más avanzados en lo económico y en lo cultural y jurídico aprovecharán para reforzar los sistemas de control policial, reducir o recortar con el pretexto de la seguridad y de la lucha contra el terrorismo muchas de las libertades y derechos fundamentales esenciales en una democracia. No es una casualidad que los Estados que directamente han apoyado a Estados Unidos en su guerra contra Irak, Inglaterra y España, sean los que en el mundo occidental europeo en los últimos años, más problemas han tenido con el terrorismo (IRA, ETA) y con su represión paralegal, y que también en ellos se estén aprobando las leyes de extranjería más duras y reformas penales que tienden a reforzar las sanciones buscando a toda costa que el instrumento punitivo que en 1995 se llamó “Código penal de la democracia” se le llame ahora expresivamente “Código penal de la seguridad” (cfr. infra III).

En definitiva, el miedo a la libertad, pero también a la crisis y a la desestabilización económica que puede generar, que está generándose después del 11 de septiembre de 2001 y de las guerras subsiguientes, ha provocado una reducción sensible de los espacios de libertad y del respeto a los derechos humanos, que ha desequilibrado claramente el binomio libertad-seguridad, a favor de esta última.

4. El “Derecho penal del enemigo”

Parece, pues, que nos acercamos cada vez más a lo que el penalista alemán, Günther JAKOBS, denomina como un “Derecho penal del enemigo” (Cfr. “La ciencia penal ante los retos del futuro”, traducción de Teresa Manso en ESER/HASSEMER/ BURKHARDT, *La ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio*, Valencia, 2003). Con él, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales, y ampliando las

posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico.

¿Es también la “guerra sucia” contra el terrorismo un “Derecho penal del enemigo”? ¿Lo es el llamado “asesinato selectivo”? ¿Lo son los llamados “daños colaterales” de los bombardeos, cuando estos alcanzan a civiles, a población no combatiente, a mujeres y niños? ¿Lo son la tortura como medio de averiguación de la verdad, la prisión sin los derechos mínimos reconocidos internacionalmente a los presos, la privación de libertad meramente gubernativa, sin control judicial?

Alguien dirá: Si se trata de una guerra, en la guerra cabe todo, con tal de ganarla. Al enemigo no se le reconocen derechos, se le combate sin más; se le caza “vivo o muerto”. “No hay mejor terrorista, que el terrorista muerto”, decía un viejo Ministro de la Gobernación que también había sido Ministro en la dictadura franquista.

A este respecto JAKOBS dice:

“Los enemigos no son efectivamente personas” (“*Feinde sind aktuell Unpersonen*”, en el original alemán).

Por tanto, no pueden ser tratados como tales. Pero ¿qué se quiere decir con eso? ¿Cómo valorar esta afirmación? Si es una mera descripción de una realidad (que existe y de la que ya hemos dado algunos ejemplos), habrá que decir algo respecto a la misma, habrá que valorarla y habrá que sacar de ello unas consecuencias.

También el famoso penalista alemán Edmund MEZGER decía en 1943 en los informes que redactó para un Proyecto de Ley sobre el tratamiento “Extraños a la Comunidad” del Gobierno Nacional socialista 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 debe 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....Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un "nuevo comienzo") (Véase texto completo de este informe, en MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 3ª ed., Valencia 2003, pp. 242 ss.. Entrecorridos y subrayados en el texto original).

No parece que a Edmund MEZGER le pareciera mal esta separación entre dos clases de Derecho penal. Ni por el contenido de este texto (el Proyecto de Ley sobre Extraños a la Comunidad incluía, entre otras graves medidas, la entrega a la policía de los asociales y su reclusión por tiempo indefinido en campos de concentración, la esterilización de los asociales "cuando pueda esperarse de ellos una herencia indeseable para la comunidad del pueblo", o la castración de homosexuales, "si la seguridad pública así lo exige"), ni por las ideas vertidas en sus publicaciones y otras actuaciones de colaboración que llevó a cabo el famoso penalista con el régimen nazi entre 1933 y 1945, parece que le repugnara mucho la idea de que hubiese un Derecho penal especial para "enemigos de la comunidad", con los que estaban de sobra todas las garantías y diferenciaciones jurídicas propias del Derecho penal aplicable a la generalidad de los ciudadanos normales.

Entonces se trataba de un régimen totalitario, en el que se daba por sentado que existiera un Derecho penal de este tipo para los "enemigos" o "extraños a la comunidad".

Pero una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de Derecho, que, por definición, no admite que se pueda distinguir entre "ciudadanos" y "enemigos", como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicas. 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 presunción de inocencia, a la tutela 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 dismantelamiento del Estado de Derecho, cuyo Ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, cuyos valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. En definitiva, 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. El Derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos. Los más importantes juristas del régimen nacionalsocialista, como Roland Freisler o Hans Franck, afirmaban y formulaban esta idea con toda claridad: "Recht ist was dem Volk nuzt" ("Derecho es lo que es útil al pueblo"). Sustitúyase el término "pueblo" por el de "Estado" o por el de "sistema", y el término "útil" por el de "funcional" y tendremos una fundamentación del Derecho penal del enemigo perfectamente funcionalista. La única diferencia entre la fundamentación funcionalista actual del Derecho penal y la que ofrecía el nacionalsocialismo es que el funcionalismo está dispuesto a asumir también que Derecho es lo que es funcional (útil) al sistema democrático, aunque muchos de sus preceptos no tengan nada de democrático. En definitiva, la "razón de Estado", que es lo que monopoliza el poder punitivo, o la funcionalidad de su sistema, independientemente de que sea democrático o autoritario, se convierte en el único fundamento del Derecho (penal).

No sé si JAKOBS llegaría a admitir, siquiera como hipótesis, un planteamiento tan extremo como éste, pero no cabe duda (y ahí está el caso de Mezger para demostrarlo) que es posible llegar a esta conclusión, cuando se admite la existencia de dos Derechos penales distintos, inspirados en principios diferentes y con distintas finalidades o funciones. En todo caso, corresponde a los que asumen esta distinción como inevitable aclarar lo que se quiere decir con la, por lo demás bastante ambigua expresión, "Derecho penal del enemigo" y cuáles serían los límites que el mismo debería tener, si es que tiene alguno.

Considero que, en los momentos actuales, no basta con identificar y describir en los Ordenamientos jurídicos penales actuales brotes o ejemplos evidentes de un “Derecho penal del enemigo”, sino que es preciso manifestar también si son compatibles con el marco constitucional de un Estado de Derecho y con los Pactos internacionales de Derechos civiles reconocidos y acogidos en los Ordenamientos jurídicos de los Estados civilizados. Una visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de un sistema jurídico, convierte al jurista en simple notario que constata una realidad, pero que ni la aprueba, ni la desaprueba. Es como describir cómo funciona una silla eléctrica, pero sin pronunciarse a favor ni en contra de la pena de muerte. Se constata su existencia, se determina, según la ley vigente, qué personas deben sentarse en ella, después de haberseles imputado el delito que fundamenta su aplicación, cómo y quién debe pronunciarla y luego quién debe aplicarla. Pero la pena de muerte como tal sigue ahí inmutable, inmodificable, sustraída a cualquier tipo de valoración por parte del jurista, cuyo papel termina en el momento que ha constatado que la pena prevista en la ley para el delito se ha aplicado “contráfácticamente” para restablecer la vigencia de la norma infringida por el condenado.

Se trata, como se ve, de una construcción valorativamente ambigua, o polivalente, que lo mismo vale para un roto que para un descosido, para un sistema democrático, que para uno totalitario. El sistema, el que sea, y su mantenimiento, a toda costa, eso es lo único que importa.

Pero incluso si se admite como inevitable esta distinción y como una tendencia imparabla, en la medida en que efectivamente son ya muchos los Ordenamientos jurídicos en los que se pueden encontrar ejemplos normativos inspirados en esta concepción belicista del Derecho penal, como medio de lucha contra el “enemigo”, inmediatamente surge una pregunta, que ya formuló Albin ESER en la clausura del coloquio celebrado en Berlín en octubre de 1999, en el que JABOKS presentó su antes citada ponencia (cfr. ESER/HASSEMER/BURKHARDT, ob.cit., *Consideración final*, traducción de Carmen Gómez Rivero):

“Esta “frialdad” que se deduce de la concepción (del delito, FMC) reducida a la lesión normativa asusta aún más, cuando se

contraponen el frente construido por Jakobs entre un “Derecho penal del ciudadano” respetuoso con el Estado de Derecho y un “Derecho penal del enemigo” emanado del poder estatal. Enemigos como “no personas” –tales ideas ya condujeron una vez al Estado de Injusticia-, cualesquiera que sean los criterios que se utilicen para determinar quién es “ciudadano” y quién “enemigo”. ¿Quién puede decir realmente quién es el buen ciudadano o el mayor enemigo?; ¿el que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se puedan derivar –y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica”.

El “Derecho penal del enemigo” tiene, por tanto, dos cuestiones básicas que responder, si es que quiere pasar el umbral de una expresión brillante y más o menos provocadora, pero vacía o tautológica. Una es de tipo conceptual y afecta a su propio contenido: ¿Quién define al enemigo y cómo se le define?, ¿a qué tipo de sujetos autores de delitos se incluye en el grupo de los ciudadanos o en el de los enemigos?. La otra está relacionada con el marco de referencia: ¿es compatible con el Estado de Derecho y con el reconocimiento sin excepciones a todos de los derechos humanos fundamentales?, ¿es compatible con el principio de que todos somos iguales ante la ley?

A mi juicio, JAKOBS no contesta satisfactoriamente a ninguna de las dos cuestiones. Se limita a constatar una realidad y alude a la necesidad de una “seguridad cognitiva” como fundamento de su existencia. Esta “seguridad cognitiva” que JAKOBS describe como aspiración fundamental del Derecho penal del enemigo es, por supuesto, también una aspiración de cualquier sistema jurídico, pero una seguridad cognitiva total nunca puede ser garantizada por ningún sistema sea del tipo que sea. Podrá haber unos niveles mayores o menores de seguridad, y de lo que se trata es de determinar cuando

esos niveles son compatibles con el ejercicio de los derechos fundamentales. El equilibrio entre los dos polos es difícil y, como ya hemos dicho anteriormente, siempre se encuentran en tensión. Pero si, como sucede en momentos de crisis, la balanza se inclina descaradamente y sin ningún tipo de límites a favor de la seguridad (cognitiva), la consecuencia inmediata será la paz, pero la paz de los cementerios. Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo.

Pero también está el problema, nada desdeñable en una sociedad orientada hacia las consecuencias, del efecto preventivo del Derecho penal del enemigo en la contención o reducción de los niveles de criminalidad a los que sería aplicable. No parece que los terroristas, narcotraficantes, o miembros de asociaciones mafiosas, a los que principalmente se dirige, se sientan especialmente amenazados por este Derecho penal especial, sin garantías. Puede ser que incluso les legitime en sus ataques al Estado que ya de antemano los excluye y los califica como "no personas". Lo que sí es evidente, en todo caso, es que el mismo representa o puede representar una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho. Unos principios que hace ya más de treinta años algunos penalistas defendíamos en España frente a la legislación excepcional antiterrorista del régimen franquista, que calificaba como "enemigos" a todos los que discreparan públicamente del régimen dictatorial o pretendieran ejercer derechos fundamentales en una democracia como los de la libertad de expresión, asociación o manifestación; los mismos que algunos profesores de Derecho penal intentamos enseñar todavía en las aulas universitarias a los jóvenes y futuros juristas; los mismos que pueden verse hoy conculcados para defender paradójicamente el Estado de Derecho. ¿Se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con sus principios fundamentales?; ¿Puede utilizar el Estado de Derecho, sin perder su nombre, los medios de represión punitiva que caracterizan a un Estado dictatorial, o autoritario?; ¿Es posible dentro del Estado de Derecho la coexistencia de dos modelos

diferentes de Derecho penal, uno respetuoso con las garantías y los derechos fundamentales, y otro puramente policial, para "enemigos", que haga tabla rasa de los principios y garantías características del Estado de Derecho?.

Con reformas y recortes de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, con la violación de las garantías básicas del Estado de Derecho, quizás se pueda luchar más o menos eficazmente contra el "enemigo", pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que puede colarse, sin darnos cuenta, un Derecho penal de cuño autoritario, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras. Lo único que falta ya para parecerse a ellas son la pena de muerte, que en Estados Unidos se aplica y se ejecuta con profusión, y los tribunales militares, que han vuelto a colarse como tribunales excepcionales para juzgar los llamados "crímenes terroristas", sin darse cuenta de que la forma más grave de terrorismo es el "terrorismo de Estado".

Pero permítaseme una pregunta:

¿Qué pasaría si después de convertirse este Derecho penal del enemigo en realidad habitual y corriente en nuestras democracias, siguen cometándose o incluso se incrementan las acciones terroristas y las respuestas también terroristas del Estado a las mismas? ¿Se reintroducirá la tortura como medio de investigación?; ¿se abrirán campos de concentración para los enemigos?; ¿se admitirá la detención policial, sin intervención judicial?; ¿se generalizará la aplicación de la pena de muerte y se encargarán de ello Tribunales militares de excepción?.

Probablemente más de uno estará ya buscando argumentos jurídicos que avalen estas posibilidades. Sin duda, podrá encontrarlos en alguna construcción doctrinal. Pero alguien tendrá algún día que dar cuenta de este deterioro del Estado de Derecho, sobre todo cuando además no se hayan conseguido mejores efectos que con la regulación que ahora tenemos, que seguramente tampoco es la mejor de todas las posibles. Pero deberá reconocerse que, a igualdad de efectos, la actual

ofrece más garantías y respeto por la dignidad humana y por las posibilidades de reinserción, de renuncia a la violencia, cambio y de esperanza en el cambio que podamos tener en el terrorista o en el enemigo, que la que simplemente lo considere como un objeto a vigilar y castigar, como un ser dañino que debe ser encerrado el mayor tiempo posible, incluso aunque sea por el resto de sus días, o simplemente eliminado físicamente como una alimaña, como alguien que ni siquiera merece ser tratado como persona.

III. Criminalización de la pobreza: la tolerancia cero

Pero la amenaza al Derecho penal del Estado de Derecho tiene también otro origen, que está soterrado en las capas más profundas de las estructuras económicas y sociales del actual modelo de sociedad, basada en la ley del mercado y en su globalización. He aquí otro ejemplo de "Derecho penal autoritario".

Desde que a principios de los años 90 comenzó en la ciudad de Nueva York una campaña de "ley y orden" auspiciada por el Alcalde de esa ciudad, se ha ido haciendo cada vez más evidente en las ciudades más pobladas del mundo un endurecimiento de la actuación policial contra los grupos más marginales de la sociedad, drogadictos, pequeños delincuentes, prostitutas, emigrantes ilegales, etc., a los que se califica directamente como "basura" y se les achaca la culpa del aumento de la delincuencia y la inseguridad ciudadana. "Barrer las calles de basura", tal como dijo el Presidente del Gobierno español al anunciar la presentación de un Proyecto de Ley y reforma del Código penal en cuestiones relacionadas con la inseguridad ciudadana, no es sólo una frase gráfica (y desafortunada), sino el reflejo coloquial de una determinada política de seguridad ciudadana, que con pretensiones de teoría, se instaló en algunos criminólogos americanos de finales del siglo XX, especialmente en William BRATTON, famoso por ser el asesor del Alcalde Giuliani, y por haber acuñado la expresión "zero tolerance", que sintetiza toda la filosofía de esta tendencia. Su punto de partida es que el problema de la delincuencia tiene que ser atacado en su origen,

entendiendo que éste se encuentra en la marginación social y la pequeña delincuencia, que no es suficientemente castigada y tiene altos niveles de tolerancia en la sociedad. Atacando de raíz este origen con fuertes medidas represivas, policiales y penales, calificando como conductas delictivas simples comportamientos marginales, como la prostitución, el vagabundaje o la mendicidad, y castigándolas junto a algunos delitos de escasa gravedad como pintadas en edificios y transportes públicos, pequeños hurtos, consumo y venta de drogas en pequeña escala, etc., con severas penas de prisión, se reducen sensiblemente los índices de criminalidad e inseguridad ciudadana.

Esta política de seguridad ciudadana ha tenido bastante éxito no sólo en Nueva York y en las principales ciudades de los Estados Unidos, sino en otras importantes ciudades de Latinoamérica y de Europa. La voz o el término "zero tolerance", o "tolerancia cero" tiene en cualquier servidor de la Red Internet miles de referencias, y es un lugar común en los medios de comunicación y revistas criminológicas y policiales de todo el mundo. Entre las causas de este éxito "político" está que su mensaje se dirige principalmente al tipo de ciudadano medio que nutre principalmente el cuerpo electoral (clase media, profesionales, trabajadores con empleo fijo, nivel económico aceptable, habitante de las grandes urbes), y que, como demuestran las "encuestas de victimización", se siente especialmente amenazado por los delitos de los que puede ser víctima en su vida cotidiana (*life style crimes*), más que por otros, incluso más graves, que normalmente sólo ven en los noticieros de televisión, como los grandes fraudes financieros en la Bolsa de Hong Kong, los desastres ecológicos en la Antártida, o los genocidios de las guerras tribales en África.

Por otra parte, las grandes aglomeraciones urbanas, las nuevas formas de vida, han generado la necesidad no sólo de seguridad, sino también de limpieza y comodidad en los espacios públicos. De ahí que el mensaje de esta teoría de la "tolerancia cero" no se refiera sólo a la erradicación de los delitos de una cierta gravedad (como asaltos en los parques, atracos a bancos, etc.), como a la de los comportamientos simplemente molestos o de escasa relevancia penal, que inciden más

directamente en la vida cotidiana de los ciudadanos, y que, según los expertos en esta teoría, no son más que los primeros síntomas de una forma de vida que desembocará a la larga en manifestaciones criminales mucho más graves. Atajar el mal en sus orígenes, incluso cuando éste aún no se ha manifestado en toda su extensión o gravedad, es la mejor forma de prevenirlo antes de que llegue a adquirir grandes proporciones. Así, por ejemplo, se propugnan severas sanciones penales contra las pintadas en edificios y medios de transportes públicos, o de los hurtos en grandes almacenes, no porque estos hechos sean en sí muy graves, sino porque si se dejan impunes a sus autores, éstos pasarán a cometer posteriormente hechos más graves que ya no habrá forma de atajar. La imagen gráfica que se emplea para ejemplificar esta teoría es la de las “ventanas rotas” (*broken windows*): si en una casa hay una ventana rota que da al exterior, ello induce más a entrar a los ladrones que una casa bien pintada, que da imagen de solidez y no tiene desperfectos aparentes.

Las objeciones que se pueden formular contra esta teoría son tanto de carácter jurídico, como criminológico. Entre las primeras, están su incompatibilidad con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad que son inherentes al Derecho penal del Estado de Derecho. La idea de que castigando duramente las infracciones menores se evitan también las mayores, “matar mosquitos a cañonazos”, ha sido siempre considerada como una política criminal desacertada que, a largo plazo, produce más daño que beneficio. Por una parte, porque confunde dos planos que siempre han estado diferenciados en la respuesta que debe dar el Derecho penal y la reacción social a la criminalidad: no cabe duda de que la criminalidad grave, contra bienes jurídicos fundamentales como la vida, la libertad, la libertad sexual, debe ser castigada con mucha mayor contundencia que la criminalidad menos grave, sin duda molesta, pero que no incide, o por lo menos no tan gravemente, en los bienes jurídicos fundamentales. Si se utiliza el Derecho penal, y todos los medios encargados de su aplicación (Policía, Jueces), con la misma intensidad para perseguir delitos menores que los mayores, es muy probable que al final, en las mallas de la red penal

queden atrapados los peces pequeños, pero no los grandes. Dicho con otras palabras: si se persiguen con toda la intensidad posible los hurtos, las infracciones de tráfico, el consumo o el tráfico de menor importancia de drogas blandas, la mendicidad, etc., es posible que las calles de las grandes ciudades ganen en seguridad y limpieza, mientras otro tipo de autores de delitos mucho más graves (financieros, corrupción política, narcotráfico a gran escala, blanqueo de capitales) campan por sus respetos, viviendo cómodamente en zonas residenciales seguras y limpias, en las que seguramente se ha aplicado una política de “tolerancia cero” para con los pequeños delincuentes. Se confunden de este modo problemas de simple prevención policial, incluso de policía de barrio, con problemas de tipo penal, criminalizando la simple pobreza o las conductas marginales que ni siquiera alcanzan el nivel de infracciones tipificadas en la ley penal como delito. El presupuesto de la intervención penal se basa más en razones de peligrosidad social, que de lesión efectiva de bienes jurídicos y de culpabilidad individual por el hecho. De ahí que se pretenda dar un tratamiento agravatorio específico a la reincidencia y a la habitualidad, en una línea que ya se habían propuesto en los Estados totalitarios en la época del Nacionalsocialismo alemán y el fascismo italiano en los años 30 del siglo XX, de los que en España fue fiel reflejo la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social y su precedente, la Ley de Vagos y Maleantes, que admitían como presupuesto de sanciones privativas de libertad los llamados estados de peligrosidad predelictual, entre los que se contaban la realización de actos de homosexualidad, la prostitución, la mendicidad, etc. No faltaron entonces ingeniosas construcciones dogmáticas para fundamentar la “culpabilidad” como la famosa “culpa por la conducción de vida” o “por el carácter”, del dogmático alemán vinculado al nacionalsocialismo Edmund Mezger (véase mi obra sobre este autor, citada anteriormente, pp. 171, ss.), o simplemente la sustitución del concepto de culpabilidad por el de peligrosidad, que vuelve a retomarse, indirectamente, en algunos de los preceptos que propone el Proyecto de reforma del Código penal español que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria en el primer semestre

del año 2003. Pero ahora basta con invocar la idea de “tolerancia cero” para vencer cualquier resistencia incluso en partidos de izquierda, que saben por sus asesores de imagen que una oposición a tales Proyectos da mala impresión en el electorado y resta votos en las siempre próximas elecciones.

Pero las principales objeciones contra la “tolerancia cero” provienen del ámbito criminológico y se refieren a la escasa eficacia preventiva general de la misma. Por un lado, la aplicación de políticas de tolerancia cero en algunas partes de las grandes ciudades, no ha hecho más que *desplazar* el problema que se quiere combatir a otras partes de las mismas. Si se ponen, por ejemplo, muchos policías y se hacen frecuentes redadas policiales en determinadas zonas de la ciudad, es posible o casi seguro que en esas zonas baje la criminalidad, por lo menos la callejera (el “tírón”, la venta de drogas, o conductas marginales como la prostitución en la vía pública, o la mendicidad); pero eso ocurre porque simplemente la comisión de esos hechos se desplaza a otras zonas, verdaderos “ghettos”, en los que ni siquiera se atreve a entrar la Policía, o a otras ciudades que son más “liberales” o cuentan con menos medios policiales.

Por otra parte, las ciudades en las que se han implantado políticas de tolerancia cero, han incrementado de forma relevante el gasto policial, lo que ha provocado también un incremento de las quejas de muchos sectores ciudadanos por la violencia y los excesos policiales. Excesos de este tipo se constatan frecuentemente en casos protagonizados por la Policía de las grandes ciudades americanas, como sucedió ya en el famoso “caso Rodney King” en la ciudad de Los Angeles, en la que a principios de los años 90 un grupo de policías apaleó salvajemente a un joven de raza negra que al parecer ofreció alguna resistencia a ser detenido; o en el caso Diallo en Nueva York, en el que cuatro miembros de una unidad de policía dispararon sus armas contra un presunto violador al que andaban buscando, alcanzándolo con 19 de los 41 disparos que realizaron, matándolo. El joven asesinado ni era violador, ni iba armado, ni ofreció ninguna resistencia; pero la zona era de las llamadas conflictivas en esa ciudad y los policías no lo pensaron dos

veces antes de disparar, cuando creyeron que el sujeto iba a huir o a ofrecer alguna resistencia a ser detenido. Son, sin duda, ejemplos puntuales, pero que cuando se acumulan y son el resultado de las continuas intervenciones en las zonas llamadas de riesgo, y de las instrucciones de mano dura y de actuar sin contemplaciones que reciben los policías de la calle, de sus superiores o en las Academias en las que se forman, no cabe duda de que son la expresión de una política de tolerancia cero, en la que el factor seguridad predomina por encima de otros criterios que igualmente deben ser directrices para la actuación policial en un Estado de Derecho, como son las ideas de proporcionalidad y de respeto a los derechos fundamentales.

La consecuencia de todo esto también se deja sentir en el mundo penitenciario, pasando por el judicial. Los Jueces y Tribunales se ven saturados por la cantidad de asuntos de los que tienen que ocuparse diariamente. La burocracia judicial, generalmente lenta, dificulta la rapidez y la ejemplaridad en la aplicación de las sanciones. De ahí que se recurra a la fórmula de los “juicios rápidos”, tan cuestionables desde el punto de vista de los derechos básicos del imputado en el proceso penal. En estas condiciones las condenas a penas de prisión incrementan sensiblemente y la población penitenciaria, lo que convierte a las prisiones casi en “campos de concentración” o por lo menos en lugares donde se recluyen a un gran número de personas procedentes de los estratos sociales económicamente más desfavorecidos y más marginales (emigrantes ilegales, mano de obra no cualificada, etc.), con las consecuencias de hacinamiento, deficientes condiciones de vida, mala higiene, propagación del SIDA, etc. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos la población reclusa se ha triplicado en los últimos tres años, pasando de setecientos cuarenta mil a tres millones, con una cuota de reclusos de 646 por cada 100.000 habitantes, seis veces superior a la media europea. Ni qué decir tiene que un alto porcentaje de esa población está formado por personas de raza negra o latina, en una relación de 9 a 1 respecto a los procedentes de la raza blanca (cfr. los datos en WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, Madrid, 2001).

A la vista de todos estos datos y de otros muchos similares que se han constatado en los lugares en los que se ha implantado la política de “tolerancia cero”, se puede decir que lo que provoca esta política, es, desde el punto de vista de su eficacia preventiva, una irrelevante disminución de algunas formas de criminalidad de escasa importancia cualitativa, y un aumento de la “criminalización de la pobreza”, sin que las más graves manifestaciones de la criminalidad de cuello blanco, corrupción, medioambiental, etc., se vean afectadas lo más mínimo. La globalización de la economía ha traído consigo en todo el mundo, incluso en los países de mayor nivel económico, un aumento de la población subproletaria, un gran número de desempleados de escasa cualificación laboral, emigrantes “sin papeles”, etc., que lógicamente están abocados a la delincuencia, o, por lo menos, a un cierto tipo de delincuencia de supervivencia. Ciertamente, es muy difícil que ninguna sociedad admita que tres millones de parados puedan robar impunemente, pero el problema del desempleo o los desajustes del mercado laboral no se solucionan con un aumento de la represión policial y penal, ni con la construcción de más cárceles, sino con una más inteligente política social y económica, con una mejor redistribución de la riqueza, con mayor gasto en ayuda y obras sociales. Desgraciadamente, ello parece estar hoy lejos de los programas de la mayoría de los gobiernos, incluidos los de izquierda. La globalización del modelo económico de la economía de mercado está provocando una reducción del Estado social y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario; y la idea de tolerancia cero no es más que la expresión de un pensamiento único sobre cómo proceder y prevenir la delincuencia, que se quiere extender a todo el mundo, independientemente de las diferencias económicas, culturales y sociales de cada país. Que ello sea algo más que una moda, dependerá de la evolución de la economía y de la sensibilidad social de los agentes políticos y económicos que hoy dominan el mundo; pero también del nivel de resistencia intelectual que puedan oponer los penalistas y criminólogos comprometidos con la prevención de la criminalidad dentro de las coordenadas del Estado social y democrático de Derecho y de la

capacidad de respuesta política que puedan dar a través de sus organizaciones, sindicatos, etc., los sectores más perjudicados por la globalización y la “tolerancia cero” (Para una crítica global a la idea de “tolerancia cero”, cfr. HASSEMER, “La policía en el Estado de Derecho”, en *Persona, mundo, responsabilidad*, traducción de María del Mar Díaz Pita y Francisco Muñoz Conde, Valencia 1999, p.292; también su artículo “Zero Tolerance”, ein neues Strafkonzzept, en *Festschrift für Kaiser*, 1998, p.793, ss. Para una exposición de conjunto, véase también HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, Valencia 2001, pp. 328, ss.).