
Capítulo 21

El Derecho del Enemigo y los Medios *

Gabriel Corbacho Bermejo **

Mi reflexión será breve y se va a dividir en cuatro partes:

- Primero realizaré una breve referencia a la relación entre las distintas generaciones de derechos humanos.

- En segundo lugar, expondré de forma general la teoría del derecho penal del enemigo y la situación actual de su debate doctrinal.

- En tercer lugar, presentaré lo que llamo “periodismo del enemigo” en conexión con el citado “derecho penal del enemigo”.

- Y, por último, presentaré unas conclusiones.

Como soy un apasionado de las redes sociales, quería pedir que se compartiera en *Twitter* cualquier comentario, valoración o crítica que queráis hacer a mi ponencia mencionando la etiqueta #congresouniversalfcom.

1. Y sin más preámbulos, me centro ya en la contextualización evolutiva de los Derechos Humanos. Analizar las diferentes etapas de los derechos humanos supone trazar su historia, que tiene como punto de partida la Edad Moderna y que se sigue perfilando en nuestros días. La primera etapa de los

* Transcripción de la ponencia/conferencia del mismo título pronunciada en el “*Congreso Universal sobre Derechos Humanos Emergentes y Medios de Comunicación*”, celebrado en el Salón de Grados de la Facultad de Comunicación de la Universidad de Sevilla, España, los días 24, 25 y 26 de noviembre de 2014 y organizado por el Equipo de Investigación de Análisis y Técnica de la Información de la indicada Universidad.

** Periodista y jurista.

derechos humanos es la etapa de la generalización, ya que los derechos dejan de ser de unos pocos para generalizarse a todos los ciudadanos. El ejercicio de un poder absoluto por el monarca deja paso a una primera libertad genérica, es decir, al fin de las ataduras que suponían las estructuras medievales y que sólo podían superarse con concesiones puntuales y arbitrarias. Se puede afirmar que los derechos de la primera generación fueron los civiles y políticos, reconocidos gracias a las revoluciones liberales e impulsados por la burguesía.

Esta primera formulación era insuficiente para combatir las desigualdades, por lo que en el siglo XIX, en pleno auge de la Revolución Industrial, emerge una segunda generación de derechos humanos con vocación internacionalista y que exige una mayor implicación de los Estados. Son derechos sociales y económicos que buscan la igualdad y, de esta forma, hacen efectiva la libertad individual, porque ésta fue proclamada en las revoluciones liberales pero no todos la ejercieron.

Ya en la primera mitad del siglo XX, las dos Guerras Mundiales fueron motivos más que suficientes para entender que la humanidad se encaminaba a su propia destrucción, según explica de forma muy ilustrativa el profesor Martínez de Pisón (2004: 424). Por ello, surge una tercera generación de los derechos humanos donde se hace frente a problemas y riesgos generados a nivel global. Son derechos más difusos y, por lo tanto, más complejos. La mayoría de la doctrina incluye en esta tercera generación el derecho al medio ambiente, el derecho a la paz, el derecho a la solidaridad, el derecho a la calidad de vida o el derecho a la autodeterminación de los pueblos, entre otros.

Con posterioridad a las generaciones mencionadas, algunos autores han hablado de una cuarta, quinta o incluso sexta generación de derechos humanos emergentes relacionados sobre todo con los avances de Internet y las nuevas tecnologías. Las menciono simplemente porque creo que un análisis más pormenorizado nos haría saltarnos el guion.

Para cerrar este primer apartado, me interesa más destacar que la aparición de nuevas generaciones de derechos humanos no implica que las anteriores generaciones tengan plena vigencia y efectividad. Eso no ocurre ni siquiera en los Estados más democráticos, como vamos a comprobar con el llamado derecho penal del enemigo.

2. Este concepto fue acuñado en 1985 por el penalista alemán Günther Jakobs (2003), que detectó una transformación importante en el derecho penal de los Estados occidentales. Según su teoría, existía una tendencia a criminalizar a determinadas personas o colectivos antes de que lesionaran un bien jurídico.

En esos casos, la pena no surge como respuesta a un daño efectivo, sino para hacer frente a situaciones de peligrosidad. El enemigo es aquella persona que, en contraposición al ciudadano, se considera fuente de peligro porque puede hacer tambalear las bases del Estado liberal. No se castiga a las personas por el delito que han cometido, sino por el delito que puede cometer, por el riesgo que representa para el sistema.

Voy a citar tres afirmaciones contundentes de Karolina Viquez (2007: 1-18) para ilustrar mejor el concepto:

- Con el derecho penal del enemigo, se traslada la atención desde la revuelta en sí al revoltoso, esto es, del Derecho penal del hecho al “Derecho penal de autor.

- Se da pie a una excesiva protección de bienes jurídicos universales, que se caracterizan por estar formulados de forma especialmente vaga.

- El Derecho penal del enemigo se origina en un estado de inseguridad, en el que la población cede su Derecho a la libertad a cambio del Derecho a la seguridad.

Estas nuevas ideas contradicen la idea clásica de que el derecho penal debe buscar el máximo bienestar posible de los no desviados, y el mínimo malestar necesario de los desviados, según palabras de una autoridad del derecho como Luigi Ferrajoli (2004: 275). Pero la contradicción no es novedosa.

Aunque, como he dicho, el concepto se acuñó en los ochenta, el derecho penal del enemigo es una realidad muy antigua que está presente en autores muy destacados la filosofía del derecho. Ya en la Grecia clásica, los sofistas se referían al delincuente como un tumor de la sociedad que debía ser eliminado. Tomás de Aquino, Rousseau o Kant también han reflexionado sobre esta cuestión¹.

Cuando trato esta materia, me gusta recordar un ejemplo muy gráfico extraído del *Quijote* que pone siempre en sus clases el profesor Miguel Polaino-

¹ Se puede comprobar con la lectura de obras de estos autores como *La Summa Teológica* (Santo Tomás de Aquino), *El contrato social: o los principios del derecho político* (Rousseau) o *Metafísica de las costumbres* (Kant).

Orts, del Departamento de Derecho Penal la Universidad de Sevilla². Este profesor hace referencia al pasaje en el que Don Quijote y Sancho Panza se encuentran con un grupo de presos condenados a remar en galeras y custodiados por unos guardias. Don Quijote pregunta a los guardias por la causa de las condenas de aquellos hombres y se fija especialmente en uno de ellos, llamado Ginés de Pasamonte:

“Venía un hombre de muy buen parecer, de edad de treinta años, sino que al mirar metía el un ojo en el otro un poco. Venía diferentemente atado que los demás, porque traía una cadena al pie, tan grande, que se la liaba por todo el cuerpo, y dos argollas a la garganta, la una en la cadena y la otra de las que llaman guardaamigo o pie de amigo, de la cual descendían dos hierros que llegaban a la cintura, en los cuales se asían dos esposas, donde llevaba las manos, cerradas con un grueso candado, de manera que ni con las manos podía llegar a la boca ni podía bajar la cabeza a llegar a las manos. Preguntó don Quijote que cómo iba aquel hombre con tantas prisiones más que los otros. Respondióle la guarda porque tenía aquel solo más delitos que todos los otros juntos y que era tan atrevido y tan grande bellaco, que, aunque le llevaban de aquella manera, no iban seguros dél, sino que temían que se les había de huir” (Miguel de Cervantes, 1605).

Por tanto, queda patente que el derecho penal del enemigo no es un concepto nuevo, aunque su gran vigencia se debe a los terribles acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, que han cambiado el paradigma de seguridad de los países más desarrollados en lo económico. Las amenazas del terrorismo o del crimen organizado no sólo son globales, sino que gracias a la comunicación tenemos constancia de su existencia. Guantánamo y las cárceles clandestinas que se reparten por el mundo son la máxima expresión de un derecho penal del enemigo que no puede ampararse con base en los derechos humanos. No se pueden vulnerar unos derechos básicos para proteger otros que se consideran de primera división.

Siguiendo a Jaime Vera Vega (2012: 196-2003) , podemos identificar seis características básicas del derecho penal del enemigo:

I. Adelantamiento de la punibilidad. Como ya se ha comentado, se castiga la peligrosidad en lugar del hecho consumado.

² Se recomienda la lectura de la siguiente obra de este autor: POLAINO-ORTS, M., Derecho penal del enemigo: fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia, Barcelona: Bosch, 2009.

II. Aumento de la magnitud de las penas. El derecho penal del enemigo no es sólo la pena de muerte, aunque esa es su manifestación más extrema y demuestra la escasa confianza que existe en la reinserción del delincuente.

III. Disminución e incluso eliminación de garantías procesales. En el caso de Guantánamo denuncian que podría darse esta situación de total indefensión de quienes están allí detenidos o secuestrados, según se interprete. También es frecuente que se conciencie al ciudadano para que renuncie a garantías individuales con el fin de proteger una mayor seguridad colectiva.

IV. Aplicación de un derecho penitenciario del enemigo. Por ejemplo, esto ha ocurrido en España cuando se aplicó de forma retroactiva la Doctrina Parot y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio un tirón de orejas a nuestros órganos de Justicia.

V. Concepción del derecho penal como legislación de lucha. En cierto modo, se pasa de un Estado de derecho a un Estado policial. El derecho penal del enemigo es una cruzada en la que el Estado debe hacerse varias preguntas, según Francisco Muñoz Conde (2012). Estas preguntas son:

- ¿Quién define al enemigo y con qué criterio?
- ¿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?

VI. Deficiente técnica legislativa. Esto se debe en gran medida a que el derecho penal del enemigo surge como un derecho penal simbólico, es decir, la legislación penal se va reformando para hacer frente a situaciones de alarma social. En este contexto, por tanto, aparecen normas que no tienen la calidad técnica deseable y, lo que es más grave, afectan a la seguridad jurídica.

David Balbuena (2010: 93), otro autor que ha estudiado la cuestión, cree que el legislador no lee a Günther Jakobs, sino que legisla según el telediario del día anterior o según la reacción psicológica de la sociedad ante ciertos delitos que generan ansias de venganza. El Estado no debe perder los nervios frente a delitos terroristas. Y, cuando recurre al Derecho Penal del Enemigo, el ordenamiento jurídico entra en una situación de pánico, según expone con brillantez Manuel Cancio Melia (2002: 26).

Para Andre Luis Callegari (2010: 20), la utilización del Derecho Penal Simbólico es la alternativa más “barata” para hacer frente a problemas sociales, puesto que adoptar otras medidas y programas sociales es siempre más costoso para el Estado. Además, tiene una gran rentabilidad política, aunque jurídicamente puede tener consecuencias nefastas como las que estamos analizando. El derecho penal simbólico es un golpe sobre la mesa del poder político de turno, pero no debe permitirse que ese golpe quiebre el Estado de derecho.

En definitiva, con el derecho penal del enemigo se está produciendo una generalización de lo excepcional en la que el Estado se pregunta: ¿Estás conmigo o contra mí?

Por cerrar este apartado con mi opinión personal, quiero decir que echo en falta un derecho penal del enemigo que castigue la corrupción política: ningún código ético de los que elaboran los partidos tiene relevancia a efectos penales. Y me hago varias preguntas:

- ¿Sirve de algo endurecer las penas?

- ¿Puede utilizar el Estado de Derecho, sin perder su nombre, los medios represivos característicos de un Estado dictatorial?, según se cuestiona Nieves Sanz Mulas (2012: 29).

- O, como plantea Francisco Muñoz Conde (2003), ¿Qué pasaría si después de convertirse este Derecho penal del enemigo en realidad habitual y corriente en nuestras democracias, siguen cometiéndose o incluso se incrementan las acciones terroristas y la respuesta, también terrorista, del Estado a las mismas? ¿Se reintroducirá la tortura como medio de investigación? Por hacer referencia a una condena relacionada, se puede afirmar que sí ha estado en el debate público en los últimos años la reinstauración de la cadena perpetua en países donde ya no se aplica.

He intentado ser lo más preciso posible, no sé si lo he conseguido, pero si queréis profundizar más en el derecho penal del enemigo, os recomiendo la lectura de dos autores de referencia que ya he mencionado: Francisco Muñoz Conde y Miguel Polaino-Orts. También os animo a que conozcáis las investigaciones de muchos autores de América Latina, especialmente de países como Colombia, en los que hay una gran preocupación por el derecho penal del enemigo, ya que está teniendo mucha presencia en el desarrollo de sus sistemas democráticos y en la lucha contra las bandas criminales.

Quienes rechazan frontalmente el derecho penal del enemigo actúan con la misma ingenuidad que el gran Gila en sus monólogos humorísticos, en los que telefoneaba, precisamente, al enemigo. Los Estados de derecho tienen enemigos y son muy complejos. Es muy fácil teorizar y criticar desde un sillón académico mientras otros tienen que plantear alternativas y tomar decisiones con mucha presión. Por ello, debemos evitar las posiciones apasionadas y seguir buscando un punto de encuentro que favorezca la paz (derecho de tercera generación) y las libertades básicas de la persona (derecho de primera generación).

Recientemente hemos encontrado en el diario *El País* (2014) un ejemplo de la vigencia del derecho penal del enemigo. Hace poco, este periódico titulaba así una noticia de portada: “Un tribunal militar recurre a la ‘doctrina Bush’ para anular un caso en España”. La noticia se resumía así: “Un tribunal militar ha revocado el procesamiento de tres militares españoles por un presunto delito de torturas contra dos prisioneros en Irak e 2004 porque los convenios de Ginebra no protegen a terroristas, el mismo argumento que utilizó la Administración de George W. Bush en Guantánamo”. Me parece una noticia preocupante. Creo que Alfonso Díez dijo en su ponencia que la justicia militar es a la justicia lo que la música militar a la música. No puedo estar más de acuerdo.

3. Llegados a este punto, se puede presentar al Periodismo del enemigo. Este concepto sólo se puede comprender en todas sus proyecciones si partimos de un contexto en el que los medios de comunicación actúan como poderes vinculados a los gobiernos y partidos políticos y a las grandes empresas. No creo que podamos hablar hoy del periodismo como cuarto poder, pero sí como una actividad, la informativa, muy relevante para las sociedades democráticas. En el ámbito jurídico, los medios de comunicación se reconocen como los actores más relevantes en el ejercicio activo del derecho a la información, reconocido en el artículo 20.1.d) de la Constitución Española y que cuenta con garantías para su ejercicio como el secreto profesional o la cláusula de conciencia.

El Periodismo también actúa, como el legislador, llamado por las demandas sociales. Esto tiene disfunciones: el derecho penal simbólico que busca la revancha o el sensacionalismo, en el caso de los medios, donde prima lo llamativo, lo sangriento, lo violento o lo conflictivo frente a lo noticioso y útil para formar una opinión pública de calidad. En este marco surge un periodismo parcial en el que no se tienen en cuenta ni los derechos de las personas que aparecen aludidas en una información.

Me gustaría poner cuatro ejemplos de lo que llamaría periodismo del enemigo. Creo que en estas manifestaciones no se respetan los derechos básicos

de personas porque los medios se creen con licencia para defender sus intereses por encima de otros bienes jurídicos.

I). Juicios paralelos: hay quien los llama juicios “para lelos”, y lo hace con razón. El periodismo trata a veces al encausado o procesado como enemigo. Sin embargo, los medios no están para juzgar los delitos, aunque sí pueden juzgar al juez y a la justicia en general. El gran problema ha sido en muchos casos que los medios no sólo juzgan, sino que además sentencia y condenan a mucha gente inocente.

II). Falta de diligencia y falta de veracidad: Estos problemas de la práctica de la profesión periodística se detectan a diario. Las rectificaciones apenas se realizan y, cuando se hacen, se publican en muchos casos en una esquina de la sección de cartas al director, en el caso de los periódicos. En España no existe cultura de la rectificación, por lo que quien la solicita legítimamente puede convertirse en un enemigo del medio, que puede “maltratarlo” informativamente.

En relación con esta idea, es conveniente recordar el contenido de los dos primeros principios generales del Código Deontológico de la Federación de Asociaciones de la Prensa de España (FAPE, 1993):

“1. El Periodista actuará siempre manteniendo los principios de profesionalidad y ética contenidos en el presente Código Deontológico, cuya aceptación expresa será condición necesaria para su incorporación al Registro Profesional de Periodistas y a las Asociaciones de la Prensa federadas.

Quienes con posterioridad a su incorporación al Registro y a la correspondiente Asociación actúen de manera no compatible con estos principios, incurrirán en los supuestos que se contemplen en la correspondiente reglamentación.

2. El primer compromiso ético del periodista es el respeto a la verdad”.

Y también podemos recordar su decimotercer principio de actuación:

“13. El compromiso con la búsqueda de la verdad llevará siempre al periodista a informar sólo sobre hechos de los cuales conozca su origen, sin falsificar documentos ni omitir informaciones esenciales, así como a

no publicar material informativo falso, engañoso o deformado. En consecuencia:

a) Deberá fundamentar las informaciones que difunda, lo que incluye el deber que contrastar las fuentes y el de dar la oportunidad a la persona afectada de ofrecer su propia versión de los hechos.

b) Advertida la difusión de material falso, engañoso o deformado, estará obligado a corregir el error sufrido con toda rapidez y con el mismo despliegue tipográfico y/o audiovisual empleado para su difusión. Asimismo difundirá a través de su medio una disculpa cuando así proceda.

c) Asimismo, y sin necesidad de que los afectados acudan a la vía judicial, deberá facilitar a las personas físicas o jurídicas la adecuada oportunidad de replicar a las inexactitudes de forma análoga a la indicada en el párrafo anterior”.

III). El enemigo en sentido estricto: en otras ocasiones, la situación es más simple y los medios de comunicación reproducen las desigualdades sociales. Con esta práctica, consciente o inconsciente, se ejerce un trato discriminatorio sobre las minorías, los marginados, los diferentes, en general. Se les considera masas conflictivas en lugar de personas que pasan por situaciones que, en ocasiones, son extremas. En definitiva, se les considera enemigos. En lugar de ofrecerles comprensión, se les estigmatiza. Un ejemplo de ello es la portada de La Razón del 1 de marzo de 2014, en la que se publica una fotografía donde se ve a un grupo de personas de origen subsahariano que acaban de llegar a Melilla, acompañada del siguiente titular: “Los inmigrantes toman Melilla con violencia ante una Guardia Civil desautorizada por la izquierda”. Al periodista o periodistas que han elegido el titular no parece preocuparles el hecho de calificar como violentos a personas que, casi con total seguridad, no merecen ese trato. Ni siquiera en las páginas interiores hay indicios que permitan atribuir actividades violentas concretas a las personas que aparecen en las imágenes.

IV). La creación de enemigos de la línea editorial: la línea editorial de un medio puede ser explícita o estar implícita en sus piezas informativas. Si es explícita, suele detectarse con facilidad en los libros de estilo, en los editoriales, en los artículos de opinión o en la propia cabecera del medio. Si es implícita, la audiencia fiel conoce la línea editorial sin necesidad de aclaraciones.

En la actualidad, hay un enemigo claro para muchos Medios de Comunicación españoles: Pablo Iglesias, el dirigente del partido Podemos. Este

líder político puede considerarse enemigo del sistema de partidos actual, al que llama bipartidismo. También se define como enemigo del sistema económico y como enemigo del sistema mediático actual y de la concentración de poder en los medios. Por todo ello, los medios que respaldan el sistema que discute Iglesias, lo convierten en uno de sus enemigos principales.

No todas las conductas que he identificado como periodismo del enemigo tienen relevancia penal, es decir, no todas son actividades constitutivas de delito, pero sí son reprochables desde la deontología. La propia FAPE se encarga de condenar las malas prácticas. Sin embargo, los reproches de esta entidad no tienen mucho impacto en la sociedad. Les falta difusión y, quizá, más dureza y más fuerza sancionadora. En cualquier caso, os animo a denunciar las situaciones de abuso en la página web de la Comisión Deontológica de la FAPE. Como periodistas o estudiantes de Periodismo, tenemos el deber de defender nuestra profesión y los derechos de la sociedad en general.

4. Para terminar mi exposición quiero hacer una recapitulación de ideas con las siguientes conclusiones:

- El mundo de hoy nos obliga a preocuparnos por derechos emergentes al mismo tiempo que intentamos salvaguardar las generaciones anteriores de derechos, que son la base del Estado liberal y social.

- Creo que el derecho penal del enemigo ataca en muchos casos la integridad física y la dignidad del ser humano. Y el periodismo del enemigo ataca la verdad y, con ella, también atenta contra la dignidad de la persona.

- Por otro lado, pienso que podemos llegar a comprender, aunque no a compartir, que un Estado de derecho utilice armas jurídicas cualificadas para hacer frente a los nuevos retos del crimen global organizado. Pero no hay evidencias que nos inviten a comprender ni apoyar el periodismo del enemigo.

- Por último, me gustaría decir que la verdad es valiosa por sí sola, no necesita artificios ni manipulaciones para atraer la atención de la ciudadanía. Rectificar no sólo es de sabios, rectificar también es de justos.

REFERENCIAS.

Balbuena Pérez, David E. (2010). “Tendencias de la legislación penal actual y el derecho penal del enemigo. Hacia la inocuización del delincuente”. *Fòrum de Recerca*, nº. 15.

Callegari, A. L. (2010). “Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal”. *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. XXXI, nº. 91, julio-diciembre.

Cancio Meliá, M. (2002). “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000”. *Jueces para la Democracia*, nº. 44.

El País (2014), edición de 30 de octubre.

FAPE (1993). Código Deontológico. Aprobado en Asamblea celebrada en Sevilla el día 27 de noviembre: <<http://www.comisiondequejas.com/codigo-deontologico/>>. [Consulta: 07-01-2015].

Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

Jakobs, G. (2003). *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Cívitas.

Martínez de Pisón, J. (2004). “Las generaciones de derechos humanos” en Betegón, J.; Laporta, F. J.; de Páramo, J. R. y Prieto, L. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Miguel de Cervantes (1605): *Don Quijote de la Mancha*. Madrid: Centro Virtual Cervantes, Capítulo XXII, 1ª. parte: <cvc.cervantes.es/literatura/clasicos/quijote/>. [Consulta: 07-01-2015].

Muñoz Conde, F.:

* (2003). “¿Hacia un derecho penal del enemigo?”. *El País*, 15 de febrero.

* (2012). “La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”. *Ciencia Jurídica*. Universidad de Guanajuato, año 1, nº. 1, pp. 113-142: <<http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/79/78>>. [Consulta: 07-01-2015].

Sanz Mulas, N. (2012). “De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal

española”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14: <<http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf>>. [Consulta: 07-01-2015].

Vera Vega, J. (2012). “Algunas notas sobre el programa político-criminal de la constitución a la luz de los nuevos modelos político-criminales”. *Revista de Derechos Fundamentales*. Universidad Viña del Mar, n°. 8.

Víquez, K. (2007). “Derecho penal del enemigo: ¿una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Política Criminal*, n°. 3, A2: <<http://www.politicacriminal.cl>>. [Consulta: 07-01-2015].