

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

LA POLÍTICA CRIMINAL EN TIEMPOS DE EXCEPCIONALIDAD ¿HACIA DÓNDE QUEREMOS IR?¹

CRIMINAL POLICY IN TIMES OF EXCEPTIONALITY: WHERE DO WE WANT TO GO?

Daniel Sansó-Rubert Pascual

*Profesor titular de Derecho Constitucional y Criminología
Universidad Europea (Madrid)*

¹ Investigación elaborada en el marco del proyecto de investigación PID2020-117403RB-100, titulado, “Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos”, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Así como, parte de la producción científica del Grupo de Investigación en Políticas Públicas, Seguridad Internacional y Gobernanza Global de la Universidad Europea.

RESUMEN:

En la actualidad nos encontramos ante un mundo cambiante en el que comienzan a tambalearse paradigmas y presupuestos tradicionales. La concepción hobbesiana de Estado y la configuración de las políticas criminales adeudan una revisión y reestructuración, para su acomodación a los desafíos en ciernes. La escena criminal vigente obliga, en términos de Política Criminal, a una permanente adecuación, especialmente ante los recurrentes escenarios de seguridad caracterizados por la excepcionalidad y el creciente recurso a figuras complejas no exentas de controversia como la razón de Estado y los denominados “estados de tensión”.

Pretender combatir las modernas manifestaciones de fenomenologías criminales complejas con políticas criminales y esquemas de seguridad del siglo XX, resulta inoperante. Ante los nuevos retos, impera adoptar nuevas respuestas. Por ello, resulta indispensable una reflexión en torno a los desafíos abiertos para la Política Criminal.

ABSTRACT:

Today we are facing a changing world in which traditional paradigms and assumptions are beginning to falter. The Hobbesian conception of the state and the configuration of criminal policies need to be revised and restructured in order to adapt to the challenges that lie ahead. The current criminal scene requires, in terms of criminal policy, a permanent adaptation, especially in the face of recurring security scenarios characterised by exceptionality and the growing recourse to complex figures that are not exempt from controversy, such as the *raison d'état* and the so-called «states of tension».

Attempting to combat modern manifestations of complex criminal phenomenologies with 20th century criminal policies and security schemes is ineffective. In the face of new challenges, it is imperative to adopt new responses. It is therefore essential to reflect on the challenges facing criminal policy.

PALABRAS CLAVE:

Criminalidad organizada, terrorismo, Política Criminal, estados de excepción, seguridad, derechos fundamentales, razón de estado, delito.

KEY WORDS:

Organised crime, terrorism, criminal policy, states of exception, security, fundamental rights, *raison d'état*, crime.

SUMARIO:

1.Criminalidad, razón de Estado y escenarios de emergencia. Consideraciones jurídico-constitucionales. 2.Entre las demandas de seguridad y las aspiraciones legítimas de libertad: crecientes tensiones en la confección de la Política Criminal. 3.La Política Criminal en “tiempos de tensión”. 4.¿Hacia una delineación de la Política Criminal en las Constituciones?. 5.Bibliografía

1. CRIMINALIDAD, RAZÓN DE ESTADO Y ESCENARIOS DE EMERGENCIA. CONSIDERACIONES JURÍDICO-CONSTITUCIONALES

La razón de Estado convive con el Estado de derecho¹. Es una convivencia compleja plagada de desavenencias y desencuentros motivados por su consideración de facultad jurídica extraordinaria inherente a la soberanía, útil para hacer frente a situaciones excepcionales y que, debido a la utilidad pública o de la salvación de la república, -de acuerdo con el principio político *salus populi suprema lex est*- actúa en detrimento del derecho. Actuación amparada, precisamente, por la situación de emergencia en ciernes, que exige del Estado la adopción de medidas de carácter extraordinario no exentas de costes constitucionales.

El Estado justificará sus actuaciones por razones de necesidad, porque se trata del único medio de carácter excepcional en una situación de emergencia para garantizar la paz, la convivencia y la seguridad. Tal como acontece con la adopción de medidas excepcionales de diversa naturaleza, como respuesta a la amenaza conformada por la criminalidad organizada y el terrorismo².

La argumentación recurrente empleada por las autoridades para su justificación y amparo pone el acento en la extrema gravedad de la situación, la peligrosidad inherente de los fenómenos criminales implicados y el desafío que éstos representan. Con ello, persigue legitimar, a modo de justificación, las extralimitaciones en las que pueda incurrir y la adrogación de *motu proprio*, de poderes excepcionales para su combate “de manera eficaz”. La razón de Estado razonablemente argumentada es el único resquicio por el que podría asumirse la defensa del discurso totalizante de la seguridad sobre la razón democrática y el Estado de derecho.

No son raras las invocaciones a la razón de Estado o a algún elemento conectado o cercano a ella, en el ámbito de los Estados democráticos³, a pesar de que el recurso a su empleo arbitrario o de forma abusiva, represente un serio retroceso del Estado democrático de derecho. Aún, cuando el objeto último del recurso a la razón de Estado sea la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁴. Con independencia de la bondad de su finalidad, representa la fragilidad del orden constitucional y la quiebra del propio Estado de derecho. Por lo tanto, debe existir un control jurídico de la razón de Estado. De lo contrario, ésta representaría, en su versión más descarnada, el triunfo del realismo político sobre el Derecho. El poder político, por inercia, como poder, trata de obtener para sí una autonomía e independencia para su actividad impensables en un Estado de derecho, cuya esencia se caracteriza por la sujeción de los poderes públicos a la respectiva Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. El imperio de la ley propio del Estado constitucional de derecho.

Existe *a priori*, por tanto, una racionalidad política que arropa la adopción de las medidas de excepción. El *quid* de la cuestión reside en la capacidad de los gobiernos para efectuar un correcto análisis de situación sobre la peligrosidad e impacto de las manifestaciones de delincuencia capaces de subvertir el orden político establecido y de las opciones de políticas públicas al alcance para su control y erradicación, sin tener que recurrir al empleo de instrumentos excepcionales. Y es que la razón de Estado, en tanto que límite al ejercicio de ciertos derechos fundamentales, debería ser objeto de una aplicación restrictiva⁵. Lo cual no siempre sucede. Sin perjuicio de aceptar que en determinadas situaciones la razón de Estado es el único e indispensable medio para salvar la democracia⁶.

2. ENTRE LAS DEMANDAS DE SEGURIDAD Y LAS ASPIRACIONES LEGÍTIMAS DE LIBERTAD: CRECIENTES TENSIONES EN LA CONFECCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Ahondando en la trascendencia que cobra la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas, como estrategia de contingencia frente al empoderamiento de la criminalidad organizada, cobra especial relevancia la cuestión de las garantías vinculadas a la Política Criminal. Como sostiene BOBBIO, la importancia

¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 1997.

² SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Democracias bajo presión*, Madrid: Dykinson, 2017, pp. 102 y ss.

³ Un ejemplo de referencia sobre los usos, malos usos y manipulaciones del concepto de razón de Estado con fines partidistas vid. SCIASCIA, Leonardo, *El caso Aldo Moro*, Barcelona: Destino, 1996.

⁴ CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid: Centro de Estudios Institucionales, 1991, p. 12.

⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1983, pp. 438 y 439.

⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho*, cit., pp. 13 y ss.

de los derechos no está únicamente en la fundamentación, que es importante, pero sin perder el énfasis en su garantía, en tanto que el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy, no tanto el de justificarlos, como el de protegerlos. Y no es un problema de técnica de creación jurídico-normativa como podría pensarse, sino político⁷. En el plano de la protección o garantía, su inexistencia o imperfección en modo alguno invalida la existencia del derecho -como sostenía KELSEN-, sino que demanda de parte de quienes piensan y crean políticas públicas, la necesidad de satisfacer los requerimientos de los derechos. Medidas preferentemente preventivas para evitar la materialización de la transgresión y en caso de ser violados, medidas restaurativas que subsanen lo acontecido.

Por ello, sin ánimo de llevar a cabo un exhaustivo recorrido por la historia del desarrollo de la disciplina Política Criminal, no pasa desapercibido la existencia de una diversidad abundante de definiciones. Éstas, de forma muy sencilla, son factibles de aglutinar en dos grandes corrientes. Una de corte restringido, entendiéndola como política general del Estado, que se ocupa de la prevención de la criminalidad a través del recurso a medios penales -política penal- o bien, desde una aproximación más amplia, extrapenal, como el conjunto de medios utilizados en la lucha contra la criminalidad⁸: medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de delincuencia en una determinada sociedad⁹.

En este contexto, conseguir que las categorías “seguridad” y “libertad” sean compatibles en su aplicación práctica es un verdadero reto, no exento de acaloradas controversias. Esto es, a mayor seguridad mayor libertad, lo que, en parte, también funcionaría en sentido inverso. Sin embargo, la posición mayoritaria entiende que se trata de categorías que actúan dialécticamente y en contradicción. Aunque la experiencia práctica parece que no termine de apoyar esta postura¹⁰. Existe una cultura del miedo globalizada, donde crece la disposición a pagar con la moneda legítima de la libertad el precio de la seguridad perdida¹¹.

En consecuencia, la Política Criminal se ocupará del control y la prevención de la delincuencia, teniendo siempre como referencia la realidad social y criminal de cada etapa histórica, proponiendo las reformas legislativas y las estrategias e iniciativas extralegales necesarias para cumplir sus objetivos. Para maximizar su eficacia se deben conocer en profundidad las causas del delito y los factores coadyuvantes a su surgimiento, desarrollo y expansión. Imperativo, que introduce un notable desafío: a pesar de tratarse en origen de una disciplina valorativa¹², actualmente los valores y, en muchos casos las ideologías, no deben ser las que, en último término, ejerzan la guía de la Política Criminal. Se trata de cambiar esta forma de hacer “política”, de tal forma que la base fundamental sobre la que articular el constructo de la política orientada a la prevención delictiva, repose debidamente sobre una motivación más sólida: el equilibrio entre libertad y seguridad. Todo un clásico en el pensamiento y teoría jurídico-constitucional¹³.

La libertad es el valor que sobresaie incondicionalmente, de manera que el dispositivo de seguridad será válido en la medida en que asegure la libertad, los derechos y las garantías de los ciudadanos. Cuando la democracia se encuentra en mayor o menor medida consolidada, el valor “seguridad” se coloca en la cúspide: la exigencia de la seguridad como elemento principal del bienestar; el bien esencial es el “ser en seguridad¹⁴”. Concepción, que implica interiorizar que la libertad sin seguridad es imposible y que la seguridad es libertad.

⁷ BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: Gedisa Editorial, 2000, p. 128.

⁸ SÁINZ CANTERO, José Antonio, “Realidad social y política criminal en la España de la transición”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 21, 1983, pp. 745-760.

⁹ SÁNCHEZ GARCÍA de PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson/Ministerio del Interior, 2005; SÁNCHEZ-OSTIZ GUIÉRREZ, Pablo y Jesús María, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos de Política criminal: un retorno a los principios*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012, p. 25.

¹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: “Seguridad y Libertad: ¿equilibrio imposible? Un análisis ante la realidad de Internet”, Fernández Rodríguez, José Julio y Sansó-Rubert Pascual, Daniel (Eds.), *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2010; SERRA CRISTÓBAL, Rosario, *La seguridad como amenaza*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

¹¹ BECK, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*, Barcelona: Paidós, Estado y Sociedad 124, 2004, p. 386.

¹² ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal. Constitución y Leyes*, Madrid: Colex, 2001; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 20.

¹³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Seguridad(es) en un futuro incierto un estudio jurídico-constitucional*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2020.

¹⁴ DA AGRA, Cándido (Ed.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2002, pp. 193-194.

Actualmente, las razones de seguridad son uno de los motivos habitualmente esgrimidos para limitar derechos, lo cual suele estar previsto en el derecho positivo. Son múltiples las normas que citan la seguridad como justificación de posibles restricciones¹⁵. Sin embargo, no se debe ignorar que alegar razones de seguridad para limitar la libertad en general, o ciertos derechos en particular, a veces carece de justificación y oculta motivaciones en exceso restrictivas. En todo caso, como argumenta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cualquier iniciativa que comprenda la restricción de derechos podrá estar justificado o no en función de cómo se implemente y articule¹⁶.

Bien es cierto que a nivel teórico resulta imposible dar una respuesta general y definitiva, con capacidad para derivar, vía método deductivo, las respuestas concretas a toda la panoplia que la realidad ofrece. Se pueden elaborar variables para esgrimir en la ponderación libertad-seguridad, pero la solución última adecuada y equilibrada (o sea, justa) sólo vendrá casuísticamente, es decir, en el análisis de los concretos casos que haya que afrontar, no siendo posible llegar a soluciones perfiladas totalmente a nivel teórico-abstracto. En todo caso, la clave de la seguridad democrática: la respuesta a los desafíos de la seguridad debe venir de la búsqueda de un equilibrio desde la razonabilidad y la proporcionalidad¹⁷.

La aspiración y la exigencia de las sociedades actuales a disfrutar de una seguridad total e incondicional se ha convertido en un tópico, utópico. Por ello, ha empezado a transformarse en tendencia y a expandirse, el planteamiento de concebir la seguridad como un fin en sí misma –un derecho–, requiriendo la concentración y enfoque de esfuerzos en aras de su materialización. Visión, que postula conjugar su sentido instrumental, para lograr el máximo de libertad posible, con su valor final como derecho. Se plantea, por consiguiente, la sempiterna tensión, aparentemente irresoluble, entre la libertad y la seguridad¹⁸. Tensión, que tiene sus orígenes en la tradición filosófica y política liberal, que viene a defender que “sin seguridad, la libertad es efímera y transitoria”, y que “mientras que la libertad es lo que más desean las personas, su seguridad y la seguridad de la propiedad es la condición necesaria para que la libertad se realice¹⁹”. También hay que considerar, en el contexto de esta tensión, que un incremento de las medidas de seguridad, no necesariamente reportan mayores niveles de libertad, a efectos de romper esa pretendida relación de causalidad de que, a mayor seguridad, mayores cotas de libertad, que no se corresponde necesariamente con la realidad²⁰.

En este sentido, GARZÓN y MANJÓN-CABEZA, destacaron en su día que “la seguridad bien entendida es un presupuesto necesario para que se logre el máximo desarrollo de la libertad y, aun suponiendo posibles conflictos entre una y otra, la primacía corresponde a la libertad, pues la misma no sólo se plasma en distintos derechos individuales, sino que además es un valor superior del ordenamiento jurídico, característica ésta que no se predica generalmente en los textos constitucionales con respecto a la seguridad²¹. Entender la seguridad, no como la seguridad material, colectiva o ciudadana, sino como garantía de libertad²².

Actualmente, las sociedades reclaman la seguridad, la protección como si de un derecho fundamental se tratase. La seguridad ha dejado de ser una lejana garantía constitucional para convertirse en un bien o, incluso, en un derecho exigido por los ciudadanos. De ahí surge la demanda social de una nueva política de seguridad dirigida al Estado²³ y, quizá, de una oportunidad de una reforma constitucional del sector de la seguridad.

¹⁵ Sirvan como ejemplo en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos los artículos 8, 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, donde se habla de la protección de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la defensa del orden y de la prevención del delito; el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que alude a las exigencias del orden público en las limitaciones establecidas por ley para el ejercicio de los derechos.

¹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Transparencia y amenazas internacionales de seguridad”, *Revista Española de la Transparencia*, núm. 5, 2017, pp. 128-147.

¹⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Seguridad y libertad: ¿equilibrio imposible? : un análisis ante la realidad de Internet”, Fernández Rodríguez, José Julio y Daniel Sansó-Rubert Pascual (Eds.), *Internet, un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2010, p. 16.

¹⁸ BERNUZ BENEITEZ, M^a José y M^a José GONZÁLEZ ORDOVÁS, “La levedad de la seguridad frente al caos”, Bernuz Beneitez, M^a José y Ana Isabel PÉREZ CEPEDA (Coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica*, La Rioja: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2006, p. 19.

¹⁹ HUDSON, Barbara, *Justice in the Risk Society*, London: Sage, 2003, p. 40.

²⁰ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Terrorismo, seguridad y retraimiento democrático. El declive del Estado de derecho constitucional*, Madrid: Dykinson: 2022.

²¹ GARZÓN, Baltasar y Araceli MANJÓN-CABEZA, “La Ley de Seguridad Ciudadana: ¿Solución o problema?”, *Claves para la Razón Práctica*, núm. 24, 1992, p. 4.

²² GARCÍA INDA, Andrés y SUSÍN BETRÁN, Raúl, “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 55, 1995, p. 344.

²³ DA AGRA, Cândido; QUINTAS, Jorge y João FONSECA, “De la seguridad democrática a la democracia de seguridad: el

Siguiendo los postulados de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, hay que asumir la premisa de que la seguridad a cualquier precio se devalúa; requiere de una legislación adecuada para garantizar su eficacia y respeto a las libertades y derechos de los ciudadanos. Necesidades, que llevan aparejadas como requisito indispensable, una legislación funcional y suficientes mecanismos de control, que delimiten el marco de actuación y las capacidades de maniobra en el ejercicio de los mecanismos destinados a la preservación y defensa del Estado, especialmente en lo tocante al uso de la fuerza pública, instrumento de especial sensibilidad constitucional. La acción del Estado generará más legitimidad en la medida en que el Estado mismo se conduzca bajo un irrestricto apego al Derecho. Cualquier extralimitación, aunque pudiese acarrear éxitos en la contienda, fuera de los supuestos razonables de la razón de Estado democrática, resulta inadmisibles por contravenir el Estado constitucional de derecho mismo, que se busca consolidar²⁴.

Simplificando la problemática de la coexistencia de la libertad y la seguridad al máximo posible para su mejor comprensión, cabría reconducirla al terreno de los límites de los derechos fundamentales. La propia densidad del tema de los límites de los derechos provoca que haya posiciones doctrinales diversas. Las tipologías de límites que se pueden emplear son, por lo tanto, variadas y su explicación excede con mucho el propósito y orientación temática de este análisis²⁵. En todo caso, la clave de bóveda de todo este debate acerca del pretendido equilibrio entre libertad y seguridad podría encontrarse en la idea de proporcionalidad y en consecuencia, en evitar que, derivado de la búsqueda de mecanismos de represión de la criminalidad, se acabe incurriendo en el favorecimiento de un retraimiento en términos democráticos de las opciones de disfrute de los derechos y libertades, que tanto esfuerzo y sacrificio ha costado su reconocimiento e implantación, mermando con ello la calidad democrática.

REVENGA SÁNCHEZ advierte al respecto que, “cuando, en nombre de la seguridad, se vulnera un derecho, se produce una erosión en los cimientos del sistema que causa daños en ambos lados, en el de la libertad y en el de la seguridad. La pérdida de la libertad, por ocasional y aislada que resulte, es en definitiva algo que resta también peso al valor de la seguridad”. Y afirma, que “la seguridad nacional no puede, en suma, ser utilizada como válvula para interrumpir el despliegue normalizado del sistema de los derechos, sin producir al mismo tiempo inseguridad constitucional²⁶”. La eficacia en esta tarea no debe cuestionar el debido respeto a los derechos fundamentales de los individuos: la búsqueda de la seguridad no puede conducir al sacrificio de la dignidad de la persona, ni de los derechos que le son inherentes²⁷.

Así las cosas, comúnmente se acepta el que ciertas exigencias de seguridad pueden configurar límites legítimos (esto es, justificados y, por ende, aceptados en la Teoría de la Constitución) a los derechos fundamentales. Se puede afirmar, sin ánimo ahora de entrar en mayores profundidades, que no hay derechos fundamentales absolutos, todos tienen límites²⁸. El reto reside en precisar correctamente estos límites en el desarrollo de las políticas de corte criminal y hacer un traslado adecuado de los mismos a la realidad práctica.

3. LA POLÍTICA CRIMINAL EN “TIEMPOS DE TENSION”

Cuando los parámetros ordinarios de la seguridad y las medidas de excepción constitucionales estipuladas son insuficientes para atajar la amenaza criminal, el Estado se ve impelido a recurrir a otras estrategias de naturaleza extraordinaria. Los “períodos de tensión” no son ni tiempos normales, ni tiempos de crisis. La concesión y duración de poderes excepcionales para casos de emergencia resulta problemática, no con respecto a su uso apropiado como medio de combatir amenazas para la supervivencia del orden constitucional, sino con respecto al potencial de abuso en la invocación o la prolongación de dichos poderes. Los tiempos de tensión difieren de los escenarios de excepcionalidad, fundamentalmente, en términos de gravedad, intensidad y duración de las amenazas existentes en cada caso.

La literatura jurídica define los estados de excepción como una institución de carácter constitucional o legal, que entra en vigor como consecuencia de la aparición de circunstancias excepcionales, conjuntamente con una

caso portugués”, cit., pp. 185-186.

²⁴ Ibid., p. 12.

²⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Seguridad y libertad: ¿equilibrio imposible?: un análisis ante la realidad de Internet”, cit., pp. 13 y ss.; BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004.

²⁶ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: Nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo”, *Parlamento y Constitución*, núm. 20, 2006-2007, p. 61.

²⁷ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 109, 2004, pp. 71-110.

²⁸ SANSÓ-RUBERT ASCUAL, Daniel, *Democracia sin democracia. El escudo constitucional frente al poder del crimen organizado*, La Coruña: Colex, 2022.

normativa especial, que sustituye de forma parcial y con carácter temporal a la normativa ordinaria, emanada de la necesidad de autoconservación. Su legitimidad radica en su naturaleza, cuyo auténtico fin es la defensa de la democracia, de las instituciones del Estado de derecho²⁹ y del respeto por los derechos. La salvaguarda del orden existente en la sociedad y no otro³⁰. Consecuentemente, la emergencia no comporta el tránsito de un Estado de derecho a un Estado de poder, sino la adecuación del Derecho a una situación excepcional, en el marco del modelo democrático. No debe entenderse como algo extraño al Estado de derecho, sino como un mecanismo de carácter extraordinario, que se necesita para su defensa³¹. Se trataría pues, de una aplicación preferente, basada en el principio de *lex specialis*, de esta normativa extraordinaria frente a la normativa ordinaria, que rige en circunstancias normales.

Nace así lo que doctrinalmente se conoce como “Derecho de excepción³²”. Derecho, que ha de funcionar como una garantía constitucional frente a situaciones de crisis³³. Recalcar, que no representa la excusa para que el Ejecutivo despliegue un poder omnímodo, sino que, como reseña CRUZ VILLALÓN, debe cumplir el objetivo de protección, garantizando no sólo la superación de la crisis, sino la vuelta a la Constitución legítima originaria³⁴. La Constitución parte de una determinada concepción de la realidad social que pretende regular y configura un proyecto en relación con una situación considerada normal, de manera que, cuando la Constitución es súbitamente confrontada con una situación distinta, debe de seguir garantizando su propia eficacia³⁵. Surge así la distinción entre situaciones de normalidad y situaciones de excepción aplicado a la Constitución y ésta tiene que saber reaccionar para salvaguardar su propia permanencia y dar solución a las situaciones de anormalidad constitucional³⁶. El Derecho de excepción se articula como una defensa extraordinaria de la Constitución que permite, bajo estrictos controles jurídicos y políticos, la adopción de medidas excepcionales y temporales, cuyo objetivo es la vuelta a la normalidad. De manera que la restricción de derechos y la concentración de poder en manos del Ejecutivo tienen una vigencia limitada. Se trata, en definitiva, de evitar que lo excepcional se convierta en lo normal³⁷.

El problema derivado del recurso a estas herramientas jurídico-constitucionales como estrategias de política criminal en respuesta al desafío constitucional que representan determinadas modalidades de delincuencia como el terrorismo o la criminalidad organizada es la proliferación de su empleo bajo términos que se alejan notablemente del ideal constitucional para el que fueron previstas, desembocando en una aplicación extralimitada e, incluso, arbitraria de estas instituciones de emergencia. Los Estados, desbordados por la intensidad y fuerza de la amenaza criminal que estas fenomenologías delictivas conforman han recurrido a este tipo de instrumentos, pero corrompiendo las pautas legales previstas para su aplicación³⁸ e incurriendo en desmanes. Puesta en prác-

²⁹ NOHLEN, Dieter, *La democracia. Instituciones, conceptos y contexto*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 73-74; ALZAGA VILLAMIL, Óscar, *et. al.*, *Derecho Político español según la Constitución española de 1978*, vol. II, Madrid: CERA, 1998.

³⁰ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, indica que “lo que dota de sentido a las medidas excepcionales es su carácter limitado en el tiempo y su función de instrumento para la recuperación de la normalidad”, en “Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: Nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo”, *Parlamento y Constitución*, núm. 20, 2006-2007, p. 61.

³¹ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “Defensa política de la constitución. Emergencia, excepcionalidad y democracia”, *Cuestiones Jurídicas*, vol. VIII, núm. 2, 2014, pp. 11-39.

³² CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984, p. 17.

³³ COLOMER VIADEL, Antonio, *Constitución, Estado y democracia en el umbral del siglo XXI*, cit., pp. 26 y ss.

³⁴ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, p. 17.

³⁵ HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 286-294.

³⁶ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984, pp. 20 y ss. GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La defensa política de la Constitución: Constitución y estados excepcionales”, *Revista de Derecho*, UNED, núm. 4, 2009, pp. 263-296.

³⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de derecho político*, núm. 18-19, 1983, pp. 31-58.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, “El Derecho constitucional y la crisis”, *Revista de Derecho Político*, núm. 88, 2013, pp. 83-122; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm.19, 2013, pp. 449-454; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013, pp. 91-107.

³⁸ La declaración de emergencia requiere de la concurrencia de determinadas circunstancias como la intervención del parlamento, su limitación temporal y, más importante aún, la identificación de aquellos derechos que podrían ser limitados y el alcance de dicha limitación. La definición legal del estado de emergencia tiene por objeto precisamente garantizar los derechos

tica, que ha dado pie a la transgresión de los derechos fundamentales en nombre del orden constitucional que se pretende salvaguardar.

Peor aún, de la mano de planteamientos rigurosamente securitarios, las políticas criminales adoptadas tienden a instaurar una progresiva tendencia a evitar supeditarse a los requisitos de cumplimiento constitucionales estrictos. Para ello, se han introducido una serie de reformas permanentes en las leyes, podría decirse que con una cierta “animosidad próxima al fraude constitucional”, que desvirtúan las medidas, tal y como estaban diseñadas en origen³⁹. Fórmula para eludir los controles constitucionales más estrictos, manteniendo la apariencia incólume de la legalidad.

La función de guarda constitucional está siendo sometida a una dura prueba, debido a que la legitimidad inicial de la legislación no sólo no conduce al éxito pretendido con la aplicación de las medidas de política criminal pergeñadas, sino que se desliza peligrosamente hacia situaciones de abuso del derecho. La concesión y duración de poderes excepcionales para los supuestos “períodos de tensión” resultan problemáticos, no en términos de mayor o menor legitimidad, sino con respecto al potencial de abuso en la invocación o la prolongación de dichos poderes⁴⁰, así como en relación con el establecimiento y salvaguarda del cumplimiento de los límites⁴¹, que necesariamente deben tenerse en consideración para no incurrir en la total transgresión de los derechos más elementales⁴². No cabe, bajo ningún concepto, la adopción de tales medidas sin ningún tipo de cortapisas o mecanismos de control y/o revisión. Hasta el punto, de que se ha generado todo un discurso que, recurriendo a la lucha contra las expresiones más graves de delincuencia como excusa, sitúa a los Estados en situaciones donde la sobrerreacción de la respuesta implica la quiebra de la democracia constitucional en favor de planteamientos de dudosa raigambre constitucional, cuanto menos, como peaje.

Realidad, que está generando una paradoja peligrosa al transformar de facto la excepción en regla. En palabras de AGAMBEN, “el estado de excepción tiende a presentarse cada vez más como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea⁴³”. Más aún, de acuerdo con varios autores⁴⁴, el panorama presente tras el reconocimiento del constructo “estados de tensión” ha derivado en la asimilación de una situación totalmente nueva: una excepción de larga duración, que escapa a la dicotomía norma-excepción, con todo el peligro que esto conlleva para los procedimientos democráticos⁴⁵. En definitiva, asumir la posibilidad de instaurar un escenario, que no es reflejo ni de tiempos de normalidad, ni de tiempos de crisis, situándose en un punto intermedio de compleja delimitación.

En tal situación, la normalidad de la vida en el Estado se ve sometida a un peligro de naturaleza e intensidad en un grado extraordinario y constante, que puede concretarse en cualquier momento con graves consecuencias para las personas y que da lugar a una sensación generalizada de inseguridad permanente. Sin embargo, dicho peligro no alcanza una intensidad puntual suficiente, sino que crea un estado de riesgo permanente para la es-

fundamentales y ofrecer la garantía de que el Estado no puede abusar de la situación y hacer ineficaz la parte más esencial de la Constitución. SERRA CRISTÓBAL, Rosario, “Los derechos fundamentales en la encrucijada de la lucha contra el terrorismo yihadista: lo que el constitucionalismo y el derecho de la Unión Europea pueden ofrecer en común”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 487-503; VILLEGAS DELGADO, César, “Desafíos actuales del Estado Constitucional: Estado de Derecho, derechos humanos y legalidad internacional ante la amenaza terrorista”, JULIOS-CAMPUZANO de, Alfonso (Ed.), *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, Madrid: Dykinson-Caja Sol, 2017, p. 280.

³⁹ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Democracias bajo presión*, cit., pp. 225 y ss.

⁴⁰ ACKERMAN, Bruce, “The Emergency Constitution”, cit., pp. 1.029-1.040.

⁴¹ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, pp. 13-23; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político-UNED*, núm. 11, pp. 83 y ss.; DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pp. 93-118.

⁴² CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984; NAVAS CASTILLO, Antonia, “El Tribunal Constitucional en la declaración-autorización de los estados de alarma, excepción y sitio”, PAU y VALL, Francesc, *Parlamento y Justicia Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 1987; LAFUENTE BALLE, José María, “Los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político-UNED*, núm. 30-31, 1990, pp. 23-54.

⁴³ AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia: Pre-Textos, 2006.

⁴⁴ ACKERMAN, Bruce, “The Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, núm. 113, 2004, p. 1039. COLE, David, FABBRINI, Federico, y Arianna VERDASCHI (Eds.), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*, Northampton, Edward Elgar Publisher, 2013; POSNER, Richard, *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Nueva York: Oxford University Press, 2006.

⁴⁵ ROSENFELD, M., “¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión”, *Análisis Real Instituto Elcano*, núm. 109, 2005.

tabilidad y buen desempeño del sistema constitucional⁴⁶. Tendencia, que los constitucionalistas han descrito como una normalización del Derecho excepcional o “normalización de la excepción⁴⁷”. Se produce una perverción de los instrumentos constitucionalmente establecidos por una práctica y reconocimiento mal entendidos de las situaciones de excepcionalidad, al sucumbir a la presión generada por los ya citados, estados de tensión criminal. En consecuencia, las medidas adoptadas impulsadas por la necesidad apremiante de responder a la presión delictiva, lastran el fortalecimiento democrático al adoptar medidas de política criminal *ad hoc* que carecen, en su configuración, de las preceptivas garantías constitucionales; lo que dificulta su control y el aseguramiento de que la normalidad retornará lo más rápidamente posible.

4. ¿HACIA UNA DELINEACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LAS CONSTITUCIONES?

De entrada, resulta incoherente pretender encontrar en la Constitución una solución para tratar el fenómeno de la criminalidad. De ordinario, la reacción al delito proviene, predominantemente, de las normas que regulan el Código Penal y el proceso criminal. De hecho, tradicionalmente, la doctrina constitucional ha sido recalcitrante en lo tocante a la utilización de la Constitución como instrumento de codificación penal, en la que se regulen tipos penales o se introduzcan directrices en el propio Texto Constitucional de naturaleza político criminal. Tendencia absolutamente entendible, si se tiene en consideración el hecho de que, hasta fechas muy recientes, las manifestaciones existentes de criminalidad no constituían un problema de naturaleza constitucional.

Sin embargo, el debate se centra determinadas formas específicas de criminalidad que se han erigido como un desafío al orden constitucional. No en vano, a pesar de que en términos generales los Textos Constitucionales no recogen la amenaza criminal es factible, sin embargo, identificar referencias en los textos de las Cartas Magnas en los que se puede entender que existen alusiones indirectas a la criminalidad organizada o al terrorismo con otro tipo de nomenclaturas acordes a la época de su elaboración. Prácticamente todas las Constituciones en sus textos aluden a la prohibición expresa de constituir bandas armadas, asociaciones secretas, paramilitares o con fines ilícitos, o que empleen para la consecución de sus objetivos, inicialmente legales, medios peligrosos o constitutivos de delitos⁴⁸. Hoy, una interpretación extensiva, desde luego a buen seguro no exenta de polémica, posibilitaría su asimilación a la prohibición directa de la creación de organizaciones para delinquir, esto es, la prohibición y el rechazo constitucional de todo tipo de manifestación de estructura criminal organizada en su amplio espectro.

El interés del reflejo constitucional de este rechazo reside en que esta prohibición constitucional generalizada, podría ser la ventana de oportunidad necesaria para adoptar un amplio espectro de opciones de refuerzo de la respuesta ante determinadas amenazas de criminalidad organizada y terrorismo con aval constitucional.

En esta línea, actualmente, a raíz del auge en las últimas décadas del crimen organizado y de diversas manifestaciones de terrorismo se ha avivado el debate para dilucidar la conveniencia y utilidad de la incorporación de reformas constitucionales en favor de introducir diversos aspectos regulativos específicos al respecto en las constituciones. Especialmente, el discurso ha cobrado cierta relevancia en aquellas áreas geográficas y Estados, que han tenido y tienen que enfrentar estos flagelos.

A pesar de estas reflexiones incipientes, aún la tendencia apunta a la poca receptividad doctrinal a adoptar este tipo de medidas, bien por ausencia de convicción, o simplemente por las dificultades existentes para llevar a cabo reformas sustanciales de los Textos Constitucionales ante la rigidez de su sistema de reforma y la falta de

⁴⁶ ACKERMAN, Bruce, “The Emergency Constitution”, cit., pp. 1039 y ss.

⁴⁷ CARBONELL, Miguel, “Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales en tiempos de emergencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 249-263.

⁴⁸ Sirva a modo de ejemplo el artículo 22.5 y 2 respectivamente de la Constitución española); Artículo 18 Constitución Italiana: Los ciudadanos tendrán derecho a asociarse libremente, sin autorización, para fines que no estén prohibidos a los individuos por la ley penal. Estarán prohibidas las asociaciones secretas y las que persigan, incluso indirectamente, finalidades políticas mediante organizaciones de carácter militar. En Alemania el artículo 9 del texto constitucional [Libertad de asociación]: 1. Todos los alemanes tienen el derecho de crear asociaciones y sociedades. 2. Están prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos. 3. Se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. En la Constitución de El Salvador, en su artículo 7.- Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. No podrá limitarse ni impedirse a una persona el ejercicio de cualquier actividad lícita, por el hecho de no pertenecer a una asociación. Se prohíbe la existencia de grupos armados de carácter político, religioso o gremial.

consenso político existente en relación con este tipo de debate. Escenario análogo al ocurrido años atrás con el terrorismo de sesgo independentista o ideológicamente de izquierdas, donde la experiencia de cada Estado al respecto determinó la inclusión o no del terrorismo y de algunas regulaciones al respecto por la vía constitucional⁴⁹. Debate, que se ha reeditado recientemente a colación de la virulencia alcanzada por las manifestaciones del terrorismo yihadista orquestado por Al Qaida y el autodenominado Estado Islámico o Isis y de sus respectivas pléyades de organizaciones satélite⁵⁰.

Caso paradigmático ampliamente estudiado lo representa la Constitución española de 1978. Una *rara avis*, en tanto que a través de su artículo 55.2, menciona expresamente el fenómeno terrorista⁵¹, confiando a la Ley orgánica la previsión de las limitaciones de los derechos de determinadas personas en relación con investigaciones ligadas exclusivamente a las acciones de bandas armadas y elementos terroristas⁵². Se trata de un “unicum” en el panorama constitucional, habiendo introducido en origen la Constitución un mecanismo especial, desvinculado de la declaración de los estados de emergencia⁵³. Es oportuno insistir, alineándose con TENORIO SÁNCHEZ⁵⁴, que España es prácticamente el único país, de entre las democracias de nuestra cultura jurídica y política, cuya Constitución contempla explícitamente el terrorismo, así como algunas medidas para hacerle frente; en concreto, la habilitación de la suspensión de determinados derechos a título individual⁵⁵. Esta opción, a pesar de que las democracias se estén inclinando por fórmulas diferentes, podría entenderse como una verdadera aportación a un constitucionalismo⁵⁶ defensivo.

Volviendo a lo tocante con respecto a la instrumentalización de la Constitución con fines de política criminal, la pregunta que cabe plantearse es acerca de la utilidad de incorporar la mención de la criminalidad organizada o el terrorismo en la Norma Fundamental y en qué términos. Su regulación constitucional puede contribuir a crear marcos políticos y jurídicos, que encaucen la respuesta estatal. La motivación perseguida es la de dotar

⁴⁹ Algunas excepciones son, por ejemplo, la Constitución portuguesa que, por el contrario, menciona tres veces el fenómeno del terrorismo, como consecuencia de actualizaciones del Texto Constitucional. El artículo 33.3 se refiere al terrorismo como excepción a la prohibición de extradición; el artículo 34.3, introducido por la Ley constitucional núm. 1 de 12 de noviembre de 2001, consiente el acceso nocturno al domicilio privado en casos flagrantes o su autorización por parte de la autoridad judicial ante hipótesis de crímenes de terrorismo y el artículo 207.1 prevé que el jurado no sea competente para juzgar los crímenes de terrorismo.

⁵⁰ En Francia, por ejemplo, se ha planteado la opción de retirar la nacionalidad a aquellos individuos que militen activamente en organizaciones terroristas. ALBA FERRÉ, Esther y Lidia MORENO BLESA, “¿Puede el terrorismo ser combatido con la pérdida de la nacionalidad?”, Pulido Gragera, Julia y Daniel Sansó-Rubert Pascual (Eds.), *Seguridad y Derecho. Principales desafíos a debate*, Madrid: Dykinson, 2020, pp. 21-42.

⁵¹ Al igual que en aquellos países que, como España, han sido durante largo tiempo objeto del flagelo del terrorismo, lo que propició su inclusión en la Constitución Española de 1978. El artículo 55.2 CE sólo puede explicarse a partir de la existencia de la banda terrorista ETA y la virulencia de su actuación durante el proceso de Transición política. En ese contexto de violencia contra el Estado, el recurso a la suspensión individual de derechos fue una constante desde la entrada en vigor de la Constitución, existiendo por tanto desde bien temprano “legislación antiterrorista” en desarrollo de la habilitación constitucional. Realidad que permite entender la iniciativa de países, donde la principal amenaza del Estado y del orden constitucional sea la criminalidad organizada, cómo se está incorporando progresivamente ésta, de forma directa o indirecta en el texto de la Carta Magna, para habilitar toda una legislación en su contra, que incorpore mecanismos constitucionalmente amparados para afrontar este desafío. BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid: Alianza, 1994.

⁵² “Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2 (El derecho a la libertad y seguridad personales), y 18, apartados 2 (El derecho a la inviolabilidad del domicilio) y 3 (El derecho al secreto de las comunicaciones), pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”. Artículo 55.2. Constitución Española de 1978.

⁵³ REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “La suspensión individual de los derechos fundamentales en el art. 55.2 CE”, López Guerra, Luis y Eduardo Espín Templado (Coords.), *La defensa del estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 275 y ss.

⁵⁴ TENORIO SÁNCHEZ, Pedro, “Constitución y legislación antiterrorista”, *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, 2008, pp. 553-605.

⁵⁵ CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Suspensión individual de derechos”, Aragón Reyes, Manuel (Coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, cit., pp. 232 y ss.; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Artículo 55. La suspensión de derechos”, Alzaga Villamil, Oscar (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1996, pp.409-466; VÍRGALA FORURIA, Eduardo, “La suspensión de derechos por terrorismo en el Ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994, pp. 564 ss.

⁵⁶ TENORIO SÁNCHEZ, Pedro, *Constitución, derechos fundamentales y seguridad. Panorama comparativo*, cit., pp. 65 y ss.

al Estado de medios de lucha al máximo nivel legal. Iniciativa que, pierde su posible sentido, en todo caso, si la incorporación de determinadas amenazas al Texto Constitucional después no repercute en un correcto desarrollo normativo e institucional. Por ejemplo, FERRAJOLI critica que se observe una divergencia entre la normatividad plasmada en el modelo constitucional y la ausencia de esta, en los mismos términos, en sus niveles inferiores -normas ordinarias-, lo que conlleva el riesgo de hacer de la Constitución una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica de su entramado. Es decir, una Constitución que finalmente no obliga⁵⁷, inactuada que diría CALAMANDREI⁵⁸.

Por otro lado, otra justificación de la relevancia de incorporar dichas amenazas al orden constitucional en el Texto Constitucional o hacer, al menos, una interpretación constitucional extensiva de ellas interpretándolas como análogas a las asociaciones constitucionalmente prohibidas, obedece a la necesidad de ofrecer un respaldo al desarrollo de la Política Criminal, entendida a grandes rasgos como “aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo los límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad⁵⁹”.

Ante la situación crítica que enfrentan algunos Estados, potenciar constitucionalmente dicho respaldo representa una contribución esencial, que dota a las autoridades de nuevos elementos para avanzar en la lucha contra estas lacras sin menoscabo de los derechos fundamentales tutelados por el Estado. Su inclusión en la Constitución facilita y favorece emprender las acciones pertinentes, para implementar las políticas públicas indispensables ante la puesta en peligro de la soberanía misma de los Estados. Permite articular instrumentos de defensa constitucional al más alto nivel, incluso en situaciones extremas de cooptación del Estado, en donde la propia capacidad de autodefensa de la Constitución permitiría contrarrestar sus efectos nocivos escenarios complejos de captura criminal. La búsqueda de la obligatoriedad de la actuación, por mandato constitucional, de las políticas públicas adecuadas al respecto. Básicamente, constitucionalizar la figura de la criminalidad organizada y el terrorismo⁶⁰ supone la importancia de someter a estos fenómenos al escrutinio del Derecho Constitucional y al mandato constitucional de repelerlo. De esta forma, la Carta Magna marca los ejes que guiarán las políticas públicas, incluyendo la política criminal correspondiente, desde el paradigma de la garantía de los derechos constitucionales y las libertades públicas⁶¹.

Igualmente, su reconocimiento en el articulado de la Carta Magna posibilita, a nuestro juicio, la apertura de una pluralidad de acciones, así como la activación del mandato constitucional que obliga al desarrollo legislativo oportuno. Cuestión vital para muchos Estados que, actualmente, no solo no disponen de legislación básica, sino que tampoco poseen instituciones policiales o judiciales especializadas en estas concretas manifestaciones criminales complejas, ni sus códigos penales siquiera contemplan las correspondientes figuras tipificadas. Estados desprovistos de toda capacidad de respuesta, cuya única baza para reconducir la situación puede ser el reflejo constitucional de las amenazas al permitirles, al menos, proveerse por imperativo constitucional, aunque sea, de un mínimo elenco de medidas jurídicas e institucionales para hacerles frente. Y, en caso de que las autoridades e instituciones pertinentes no procedan a hacerlo, por influencia criminal a través de la corrupción (omisión de aplicar la Constitución), dispondrían de los mecanismos para reclamar la actuación constitucional inactuada. En suma, quienes están promoviendo las reformas constitucionales para incorporar una delineación constitucional político criminológica, lo que pretenden con ello es disminuir los altos niveles de impunidad venidos de la ausencia de regulación deficitaria.

El ejemplo paradigmático de este posicionamiento favorable a la delineación constitucional de la política criminal a través de la Carta Magna es México. País fuertemente castigado por la presencia y actividad del crimen organizado, que adoptó en la reforma constitucional de 1993⁶² (artículo 16 párrafo séptimo de entonces⁶³), la

⁵⁷ FERRAJOLI, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2006: p. 851.

⁵⁸ CALAMANDREI, Piero, *Fe en el Derecho*, cit., p. 42.

⁵⁹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

⁶⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL (Coords.), *La reforma constitucional en materia penal*, México: UNAM-INACIPE, 2009.

⁶¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y SANSÓ-RUBERT, Daniel: “El recurso constitucional a las Fuerzas Armadas para el mantenimiento de la seguridad interior. El caso iberoamericano”, cit., pp. 737-760.

⁶² Reforma a la Carta Magna publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993 con la cual se inserta y alude por primera ocasión en el Texto Constitucional a la delincuencia organizada.

⁶³ Artículo 16.7: “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.

determinación de introducir, por vez primera en el panorama jurídico constitucional nacional, el fenómeno de la delincuencia organizada. En esta ocasión se trató de la mera introducción del concepto a nivel constitucional, con la única intención de permitir al Ministerio Público duplicar el plazo constitucional de detención legal de 48 a 96 horas en los casos de criminalidad organizada⁶⁴, sin mayores implicaciones o consecuencias derivadas en el aspecto jurídico⁶⁵. Posteriormente, se articuló una segunda reforma constitucional el 3 de julio de 1996, que goza del reconocimiento positivo de parte de la doctrina constitucional mexicana, como un antecedente necesario para la expedición posterior de la ley especial en materia criminal: la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que entró en vigor solo unos meses después de la referida reforma constitucional⁶⁶. En el 2008⁶⁷ se implementó otra reforma en materia de seguridad y justicia, que dotó, esta vez sí, de una importante carga legislativa asociada al rubro de la delincuencia organizada⁶⁸. Se introdujo todo un sistema normativo y de herramientas jurídicas para luchar contra las organizaciones criminales⁶⁹. El constituyente mexicano optó en esta ocasión, por potenciar como estrategias frente a la criminalidad organizada el recurso a medidas de prevención, intervención y respuesta. Medidas, que se ejemplifican a través de la asunción de un sistema penal acusatorio, la presunción de inocencia, el derecho a la reparación del daño a la víctima del delito, por citar algunos ejemplos relevantes, suficientemente ilustrativos de medidas y principios político criminológicos establecidos en el marco constitucional que no admiten duda, por lo menos de su existencia en la norma suprema; la cuestión radica en si esta práctica tiene cabida, sentido y utilidad y si es válida para el constitucionalismo moderno.

Y es que, a medida que ha ido aumentando la percepción de amenaza y peligrosidad para el orden constitucional, han comenzado a generarse transformaciones en los Textos Constitucionales, especialmente en el área geográfica de América Latina, con México a la cabeza, para introducir la delincuencia organizada o, de forma más concisa, alusiones al narcotráfico y/o los tráfico ilícitos, con la finalidad de otorgar competencia constitucional a las fuerzas armadas en su contingencia⁷⁰, por ejemplo. Progresivamente, en las nuevas Constituciones de finales del siglo XX y principios del siglo XXI o a través de modificaciones efectuadas exprofeso, se han empezado a introducir en el acervo constitucional de los Estados, algún tipo de referencia, más o menos explícita, a la criminalidad organizada⁷¹. Lo cual, sirve para dar cuenta de una idea lo suficientemente clara de la problemática a enfrentar⁷².

Desde la perspectiva doctrinal que representa a los detractores de esta estrategia de soporte constitucional de la política criminal son varias las observaciones que se introducen para matizar la tesis de la necesaria constitucionalización de la lucha contra la criminalidad organizada. De entre todas ellas, las que comportan un mayor peso son las que reflejan, de una parte, el rechazo a la calificación como normas constitucionales de aquellas disposiciones relativas a la política criminal introducidas en la Norma constitucional. Recalcan, que la introducción del rubro criminalidad organizada lleva aparejado incorporar simultáneamente en la Constitución toda la problemática criminológica y jurídica derivada del concepto y las características de la fenomenología criminal organizada. Además, la existencia de una definición legislativa internacionalmente compartida y no constitucional de la criminalidad organizada, vendría a limitar el valor de la Constitución y a supeditarla a una norma de categoría inferior. Desde otra perspectiva, se cuestiona abiertamente su utilidad; si estas disposiciones no deberían formar más bien parte de una legislación que pertenece a una categoría jerárquicamente inferior.

⁶⁴ BÁEZ SOTO, Óscar, *Las deficiencias jurídicas en la ofensiva contra la delincuencia organizada*, México D.F.: Editorial Ubijus, 2013, pp. 65 y ss.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 31.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 48 y ss.

⁶⁷ Reforma constitucional mejicana de junio de 2008 al sistema completo de seguridad y justicia, que incluyó una regulación constitucional especial para la delincuencia organizada, a través del decreto del 18 de junio de 2008, que incorporó un nuevo modelo procesal penal y reguló la delincuencia organizada, así como algunas figuras paralelas, pero íntimamente relacionadas (como la extinción de dominio).

⁶⁸ BÁEZ SOTO, Óscar, *Las deficiencias jurídicas en la ofensiva contra la delincuencia organizada*, México D.F.: Editorial Ubijus, 2013, p. 33.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 65.

⁷⁰ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Democracias bajo presión*, cit., pp. 193 y ss.

⁷¹ Artículo 16 de la Constitución de México “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917. Última reforma DOF 29 de enero de 2016.

⁷² ZAMORANO GUZMÁN, Cristian, “Las “Constituciones” de los Estados democráticos, ¿armas eficaces en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional?”, *Papeles Políticos*, vol. 20, núm. 1, 2015, pp. 211-234.

Sin duda, la opción de constitucionalizar las manifestaciones más aviesas de delincuencia, criminalidad organizada y terrorismo plantea multitud de problemas. Y, el análisis de la práctica constitucional actual de los Estados en este ámbito confirma, realmente, el desinterés respecto de la Norma constitucional para administrar las amenazas al orden constitucional, en favor de la ley. A pesar de ello, las tibias iniciativas que están surgiendo determinarán si se trata de algo puramente anecdótico, o la semilla de una transformación en la orientación doctrinal.

Aunque la doctrina mayoritaria continua siendo recalcitrante a la hora de rechazar la utilización de la Constitución como “instrumento de codificación penal”⁷³ o que en el Texto Constitucional se originen y alberguen directrices político-criminales, no puede obviarse que las bases de las estrategias de lucha contra la delincuencia organizada derivan necesariamente de la Constitución como Norma Suprema, debiendo tener en consideración sus preceptos, principios, contenidos y delimitaciones constitucionales, y obrar acorde a ellas, como cualquier otra normativa, sujeta al requisito de constitucionalidad, para no incurrir en inconstitucionalidad.

Resumiendo, la intencionalidad que alberga la regulación constitucional de la criminalidad organizada y el terrorismo obedece a la estrategia de fomentar la creación de obligaciones constitucionales de criminalización a cargo de los legisladores secundarios en el ámbito de sus competencias, tanto territoriales como materiales, a través de la incorporación al Texto Constitucional de una definición de lo que es y representa en términos jurídico-constitucionales las manifestaciones de terrorismo y delincuencia organizada. Una suerte de “tipificación penal constitucional”. Este fenómeno de “instrumentalización penal de la Constitución”⁷⁴ se caracteriza, en definitiva, por la instauración de un conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico establecidos por los poderes públicos e inserto dentro de las constituciones, para estipular sus estrategias de prevención, intervención y reacción ante el desafío planteado, máxime en un escenario caracterizado por el auge de los estados de tensión. El debate está servido.

5. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce “The emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, 2004, pp. 1029-1091.

AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia: Pre-Textos, 2006.

ALBA FERRÉ, Esther y Lidia MORENO BLESA, “¿Puede el terrorismo ser combatido con la pérdida de la nacionalidad?”, Pulido Gragera, Julia y Daniel Sansó-Rubert Pascual (Eds.), *Seguridad y Derecho. Principales desafíos a debate*, Madrid: Dykinson, 2020, pp. 21-42.

ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*, México: Instituto de Investigaciones jurídicas (UNAM), 2014.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, “El Derecho constitucional y la crisis”, *Revista de Derecho Político*, núm. 88, 2013, pp. 83-122.

ALZAGA VILLAMIL, Óscar, *et. al.*, *Derecho Político español según la Constitución española de 1978*, vol. II, Madrid: CERA, 1998.

BÁEZ SOTO, Óscar, *Las deficiencias jurídicas en la ofensiva contra la delincuencia organizada*, México D.F.: Editorial Ubijus, 2013.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013, pp. 91-107.

“Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 19, 2013, pp. 449-454.

BECK, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*, Barcelona: Paidós, Estado y Sociedad 124, 2004.

BERNUZ BENEITEZ, M^a José y M^a José GONZÁLEZ ORDOVÁS, “La levedad de la seguridad frente al caos”, Bernuz Beneitez, M^a José y Ana Isabel PÉREZ CEPEDA (Coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio jurídica*, La Rioja: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2006.

⁷³ ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*, México: Instituto de Investigaciones jurídicas (UNAM), 2014; LAVEAGA, Gerardo, “¿Quién teme a los juicios orales?”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, núm. 4, 2008.

⁷⁴ MIR PUIG, Santiago y Mirentxu CORCOY (Dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

- BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid: Alianza, 1994.
- BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: Gedisa Editorial, 2000.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004.
- CARBONELL, Miguel, “Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales en tiempos de emergencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 249-263.
- CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid: Centro de Estudios Institucionales, 1991.
- COLE, David, FABBRINI, Federico, y Arianna VERDASCHI (Eds.), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*, Northampton, Edward Elgar Publisher, 2013.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984.
- DA AGRA, Cândido (Ed.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2002.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pp. 93-118.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dyknson, 1997.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Seguridad y libertad: ¿equilibrio imposible? : un análisis ante la realidad de Internet”, Fernández Rodríguez, José Julio y Daniel Sansó-Rubert Pascual (Eds.), *Internet, un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2010.
- “Transparencia y amenazas internacionales de seguridad”, *Revista Española de la Transparencia*, núm. 5, 2017, pp. 128-147.
 - *Seguridad(es) en un futuro incierto un estudio jurídico-constitucional*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2020.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Artículo 55. La suspensión de derechos”, Alzaga Villamil, Oscar (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1996, pp. 409-466.
- “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político-UNED*, núm. 11.
 - “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de derecho político*, núm. 18-19, 1983, pp. 31-58.
- FERRAJOLI, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2006.
- GARCÍA INDA, Andrés y SUSÍN BETRÁN, Raúl, “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 55, 1995.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL (Coords.), *La reforma constitucional en materia penal*, México: UNAM-INACIPE, 2009.
- GARZÓN, Baltasar y Araceli MANJÓN-CABEZA, “La Ley de Seguridad Ciudadana: ¿Solución o problema?”, *Claves para la Razón Práctica*, núm. 24, 1992.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “Defensa política de la constitución. Emergencia, excepcionalidad y democracia”, *Cuestiones Jurídicas*, vol. VIII, núm. 2, 2014, pp. 11-39.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La defensa política de la Constitución: Constitución y estados excepcionales”, *Revista de Derecho*, UNED, núm. 4, 2009, pp. 263-296.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- HUDSON, Barbara, *Justice in the Risk Society*, London: Sage, 2003.
- LAFUENTE BALLE, José María, “Los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político-UNED*, núm. 30-31, 1990, pp. 23-54.

- LAVEAGA, Gerardo, “¿Quién teme a los juicios orales?”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, núm. 4, 2008.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 109, 2004, pp. 71-110.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1983.
- MIR PUIG, Santiago y Mirentxu CORCOY (Dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- NAVAS CASTILLO, Antonia, “El Tribunal Constitucional en la declaración-autorización de los estados de alarma, excepción y sitio”, PAU y VALL, Francesc, *Parlamento y Justicia Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 1987.
- NOHLEN, Dieter, *La democracia. Instituciones, conceptos y contexto*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- POSNER, Richard, *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Nueva York: Oxford University Press, 2006.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “La suspensión individual de los derechos fundamentales en el art. 55.2 CE”, López Guerra, Luis y Eduardo Espín Templado (Coords.), *La defensa del estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: Nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo”, *Parlamento y Constitución*, núm. 20, 2006-2007.
- ROSENFELD, M., “¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión”, *Análisis Real Instituto Elcano*, núm. 109, 2005.
- SÁINZ CANTERO, José Antonio, “Realidad social y política criminal en la España de la transición”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 21, 1983, pp. 745-760.
- SÁNCHEZ GARCÍA de PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson/Ministerio del Interior, 2005.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUIÉRREZ, Pablo y Jesús María, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos de Política criminal: un retorno a los principios*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012.
- SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Democracia sin democracia. El escudo constitucional frente al poder del crimen organizado*, La Coruña: Colex, 2022.
- Democracias bajo presión*, Madrid: Dykinson, 2017.
- *Terrorismo, seguridad y retraimiento democrático. El declive del Estado de derecho constitucional*, Madrid: Dykinson: 2022.
- SCIASCIA, Leonardo, *El caso Aldo Moro*, Barcelona: Destino, 1996.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario, “Los derechos fundamentales en la encrucijada de la lucha contra el terrorismo yihadista: lo que el constitucionalismo y el derecho de la Unión Europea pueden ofrecer en común”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 487-503.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario, *La seguridad como amenaza*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro, “Constitución y legislación antiterrorista”, *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, 2008, pp. 553-605.
- VILLEGAS DELGADO, César, “Desafíos actuales del Estado Constitucional: Estado de Derecho, derechos humanos y legalidad internacional ante la amenaza terrorista”, JULIOS-CAMPUZANO de, Alfonso (Ed.), *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, Madrid: Dykinson-Caja Sol, 2017.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo, “La suspensión de derechos por terrorismo en el Ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994.
- ZAMORANO GUZMÁN, Cristian, “Las “Constituciones” de los Estados democráticos, ¿armas eficaces en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional?”, *Papeles Políticos*, vol. 20, núm. 1, 2015, pp. 211-234.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal. Constitución y Leyes*, Madrid: Colex, 2001.

- *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares, 2009.
- “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”, Pérez Cepeda, Ana Isabel (Dir.), *Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Valencia: Tirant lo Blanch-Servicio de Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2016.
- “Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos”, *Revista penal*, núm. 43, 2019, pp. 204-228.