



De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»

Francisco Muñoz Conde

*Catedrático de Derecho penal
Universidad Pablo de Olavide
Sevilla*

En estos últimos cinco años, y sobre todo desde los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York y Washington, se observa, no sólo en los Estados Unidos de Norteamérica, sino también en otros muchos países, una tendencia creciente hacia lo que el penalista alemán Günther Jakobs denomina un «Derecho penal del enemigo»¹. Con él, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales, y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. Un panorama sin duda duro y desolador, pero, según dice el citado autor, inevitable, «pues se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad»².

Desde luego, ejemplos de este Derecho penal excepcional ha habido siempre, por lo menos, para no citar otros precedentes históricos más remotos, desde los orígenes de la Codificación penal en el siglo XIX, cuando desde el primer momento se tuvo que recurrir a leyes penales excepcionales, contrarias al espíritu liberal y constitucional que inspiraron los primeros Códigos penales. Así, por ejemplo, en España pronto apareció una legislación excepcional para reprimir primero el bandolerismo, luego los movimientos sociales de carácter anarquista de finales del siglo XIX, y sobre todo tras la Guerra Civil (1936/1939) una legislación penal de carácter bélico militar que se prolongó con

mayor o menor intensidad durante todo el régimen de la dictadura franquista (1939/1975), que culminó en septiembre de 1975 con la ejecución de cinco miembros de grupos terroristas condenados a muerte por un Tribunal militar.

Ejemplos similares los ha habido también durante todo el siglo XX en muchos países europeos, y, por supuesto, en otras partes del mundo, especialmente durante períodos de graves crisis económica, política y social, en situaciones de guerra o posguerra, y de un modo generalizado en los regímenes totalitarios de Hitler, Mussolini, Stalin o Franco; y en las dictaduras del Cono Sur americano (Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil) durante los años 70 y parte de los ochenta del pasado siglo.

Probablemente, la novedad de este «Derecho penal del enemigo» al que ahora se refiere Jakobs, es que este tipo de Derecho penal excepcional, contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso a los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Declaraciones internacionales de derechos humanos, empieza a darse también en los Estados democráticos de Derecho, que acogen en sus constituciones y textos jurídicos fundamentales principios básicos del Derecho penal material del Estado de Derecho, como el de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y sobre todo los de carácter procesal penal, como el de presunción de inocencia, debido proceso y otras garantías del imputado en un proceso penal. Es este carácter de Derecho penal excepcional, derogador de los principios básicos del Derecho penal liberal clásico, pero

¹ Cfr. Jakobs, *La ciencia penal ante los retos del futuro*, traducción de Teresa Manso en Esor/Hassemer/Burkhardt, *La ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio*, coordinador de la edición española: Francisco Muñoz Conde, Valencia 2004, p. 53 ss (esp. 59 ss.). La expresión en alemán, «Feindstrafrecht», fue utilizada ya por el citado autor en su ponencia a las Jornadas de Penalistas Alemanes de Frankfurt en 1985, aunque en un sentido más bien crítico.

² Jakobs, *ob. cit.*, p. 61

Revista Penal

De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»

sobre todo de los principios básicos del Derecho penal del Estado de Derecho, contenidos también en las Declaraciones y Convenios internacionales sobre derechos humanos, lo que desde el primer momento provocó su rechazo tanto de algunos de los presentes en el Congreso de Berlín de octubre de 1999, donde Jakobs expuso su tesis, como Albin Eser³, e Ingebord Puppe⁴, como de los posteriores comentaristas de ese Congreso como Schulz⁵ y Schünemann⁶. También yo me hice eco de estas críticas, advirtiendo del peligro que encerraba la tesis de Jakobs para el Derecho penal del Estado de Derecho en la medida en que pudieran favorecer o legitimar los excesos con el Derecho penal de sistemas políticos autoritarios, en la 1ª edición de mi libro sobre «Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo»⁷, sin que, en aquel momento, a pesar de las críticas e incluso insultos que recibí por algunos apasionados partidarios de Mezger (no sé si también de sus ideas filonazis), tuviera ninguna respuesta o comentario del citado autor, ni de ninguno otro de los que después se han ocupado del tema. Sin embargo, cuando algunas de estas críticas más fueron recogidas en una entrevista que me hicieron en la Revista electrónica de Derecho penal de la Universidad de Granada⁸, recibí al poco tiempo una carta de Jakobs (fecha en Bonn el 10 de septiembre 2002), a

la que adjuntaba fotocopia de una página de una edición antigua de la obra de Kant «La paz perpetua», quien al parecer también preconizaba la misma opinión, con lo que, según Jakobs, quedaba demostrada «die Absurdität Ihrer Deutung» [«La absurdidad de su (mi) interpretación»].

No me consta que Jakobs lea o entienda el español, por lo que supongo que alguien le habrá traducido el texto de referencia, con el riesgo que ello encierra de que haya sido mal interpretado o manipulado⁹. En todo caso, habría que plantearse si lo que él llama «absurdidad» de mi interpretación, no se debe quizás a la «ambigüedad» de su posición (véase sobre ello infra), que por lo demás ha suscitado tantas críticas entre muchos otros colegas de diversa procedencia científica e ideológica. En todo caso, la cita bastante confusa y difícil de entender de Kant, quien por cierto nada dice directamente sobre el Derecho penal, no demuestra nada, y desde luego ni el contexto histórico en el que Kant formuló su opinión es el actual, ni Alemania había pasado entonces todavía por la experiencia nacionalsocialista. También el conocido ejemplo que ofrece Kant en su «Metafísica de las costumbres» para fundamentar su teoría retribucionista de la pena como un imperativo categórico (los habitantes de una isla a punto de desaparecer tienen

3 En Eser/Hossemmer/Burkhardt, ob. cit.: Consideración final de Albin Eser, traducción de Carmen Gómez Rivera, p. 472. Literalmente las palabras de Eser fueran, según la transcripción realizada en la publicación del citado Coloquio: «Esta "frialdad" que se deduce de la concepción (del delito, FMC) reducida a la lesión normativa asusta aún más, cuando se contraponen el frente construido por Jakobs entre un "Derecho penal del ciudadano" respetuoso con el Estado de Derecho y un "Derecho penal del enemigo" emanado del poder estatal. Enemigos como "no personas", es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho, cualesquiera que sean los criterios que se utilicen para determinar quién es "ciudadano" y quién "enemigo". ¿Quién puede decir realmente quien es el buen ciudadano o el mayor enemigo?, ¿el que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o el que sacaba la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se puedan derivar, y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica».

4 La intervención de la citada profesora está recogida en la publicación originaria en alemán del Congreso de Berlín, «Die deutsche Strafrechtswissenschaft in der Jahrtausendwende», Munich 2000.

5 En Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 112, 2000, p. 659 ss.

6 En Goltammers Archiv, 2001, p. 210 ss.

7 Valencia 2000, p. 72 ss.

8 <http://criminet.ugr.es/recpc> (En conversaciones con Barquín Sanz/Olmedo Cardonets).

9 El texto de la entrevista, bastante extensa por lo demás, puede verse en su integridad en Internet en la referencia citada en la nota anterior. En él se puede ver que, en ningún momento, califico a Jakobs como «Zulieferer autoritärer Persönlichkeiten» (me imagino que con ello quiere decir algo así como que lo califica de partidario de Hitler, Franco, Pinochet o Stalin, sin duda «autoritäre Persönlichkeiten»), pero que sí soy bastante crítico con su tesis del «Derecho penal del enemigo» (igual que también en otros lugares de la entrevista valoro positivamente otras tesis suyas y lo califico como un gran dogmático del derecho penal). Pero para evitar nuevos malos entendidos, transcribo su carta en el original alemán y su traducción al español realizada por mí. La carta dice así:

«Lieber Herr Kollege Muñoz Conde! In der Revista Electrónica bezeichnen Sie mich als Zulieferer autoritärer Persönlichkeiten. In der Anlage sende ich Ihnen die Aussage eines –sollte Ihre Kennzeichnung stimmen– weiteren Zulieferes; es ist Kant. Damit ist wohl die Absurdität Ihrer Deutung demonstriert. Für heute verbleibe ich mit den besten Grüßen Ihr (firmado Günther Jakobs)»

(Traducción: «Querido Señor Colega Muñoz Conde!, en la Revista Electrónica me califico como sostenedor de personalidades autoritarias. Adjunto le remito la declaración de alguien que –de ser cierta su calificación– sería también un tal sostenedor. Es Kant. Con ello queda demostrada la absurdidad de su interpretación. Suyo (firmado Günther Jakobs).»)

que ejecutar el último asesino que quede en la cárcel antes de esparcirse por el mundo, para que todo el mundo lleve grabada en su mente la imagen de que el que la hace la paga: «el valor que merecen sus hechos»), puede ser utilizado para argumentar a favor de la pena de muerte, de la que Kant, como tantos otros grandes filósofos y pensadores, seguramente era partidario. Bueno, ¿y qué? También Aristóteles defendía la esclavitud, algunos teólogos españoles del siglo XVI ponían en cuestión que los indios fueran personas y discutían sobre si las relaciones sexuales con ellos era pecado de sodomía o de bestialismo, y Schopenhauer decía que la mujer era un ser inferior al hombre, etc., etc. ¿Qué es lo que se quiere demostrar con este tipo de citas de autoridad? ¿Habrá que seguir las opiniones de todos los ilustres pensadores que habido en la Historia, incluso las que después y en otro contexto se han demostrado como aberrantes?

En todo caso, sin ánimo de polémica, y sólo con el mero interés de aclarar la pretendida «absurdidad» de la interpretación que hacía en aquella entrevista de la tesis de Jakobs, me he vuelto a ocupar luego del tema en diversas publicaciones aparecidas en distintas fechas y lugares¹⁰, insistiendo siempre con diversos argumentos en el peligro que la admisión de un «Derecho penal del enemigo» puede representar para el Estado de Derecho y los derechos fundamentales garantizados por el mismo y por los Convenios internacionales sobre la materia. Afortunadamente no estoy solo en esta interpretación, ya que aparte de las críticas y comentarios que suscitó la intervención de Jakobs en el Congreso de Berlín de 1999 (véase supra las referencias a Eser, Puppe, Lorenz y Schünemann), son muchos los autores que luego se han ocupado críticamente también del tema¹¹, incluyendo entre ellos a algunos de sus más directos discípulos¹². A pesar de ello, o quizás precisamente por ello, recientemente, Jakobs ha vuelto a in-

10 Véase, por ejemplo, mi contribución al Coloquio Humboldt de Montevideo, en abril 2002, «EL nuevo Derecho penal autoritario», recogida en Losano/Muñoz Condo, *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, «Cedant Arma Tagae», Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003, Valencia 2004, p. 161 ss. Esta contribución ha sido también publicada en *Estudios penales* en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Valencia 2004, p. 803 ss. Y en México en breve monografía publicada por el Instituto de Ciencia Penales, bajo el título «El Derecho penal del enemigo», México DF, 2003 (una versión resumida del mismo en Libro Homenaje a Claus Roxin, *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, tomo I, México DF, 2003, p. 117 ss.). También en una versión ampliada y referida a las reformas del Código penal español en el 2003, hay un trabajo más reciente ya publicado en la *Revista de Derecho penal* (Buenos Aires), 2004, 2, p. 631 ss. (también recogido en Internet, www.poj.ma.gov.br), bajo el título: «Las reformas de la Parte Especial del Código penal español del 2003, de la tolerancia cero al derecho penal del enemigo». Una primera aproximación breve sobre el tema apareció como artículo en el diario «El País» el 19 de enero 2001. Ni que decir tiene que en ningún caso mis críticas van dirigidas contra la persona de Jakobs, sino sólo contra este aspecto particular de su teoría.

11 Así, por ejemplo, en Alemania, pueden consultarse entre otros los trabajos de Pritwitz, *Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del derecho penal?*, en *La Política criminal en Europa*, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (edit.), Gómez Martín (coord.), Barcelona 2004, p. 107 ss. También Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2ª ed., 2004, p. 62 ss. También hay algunos trabajos críticos de autores alemanes publicados en inglés en Internet, cfr. por ejemplo, Strate, *Justice and terrorism*, www.strate.net/e/publications/justice; Valk, *The principles of Criminal Procedure and postmodern society: Contradictions and perspectives*, www.israel.org/Paper/Valk.pdf. En España, se han ocupado especialmente en forma crítica del tema Partillas Contreras, *El derecho penal y procesal del «enemigo»*, *Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*, en *Dogmática y Ley Penal*, Libro Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004, tomo II, p. 696 ss.; Demetrio Crespo, «Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2004, p. 87 ss.; Gómez Martín, *Libertad, seguridad y «sociedad del riesgo»*, en *La Política criminal en Europa*, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (edit.), Gómez Martín (coord.), Barcelona 2004, p. 84. Véase también Gracia Martín, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo*; y Díez Ripollés, *De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana* (ambos trabajos se encuentran recogidos en el *Revista electrónica de Derecho penal de la Universidad de Granada*, <http://criminet.ugr.es/respcp>, núm. 6).

En América Latina, la tesis de Jakobs ha sido también fuertemente criticada, véase, por ejemplo, Lascano, *La cruzada de Ricardo Núñez contra el Derecho penal autoritario*, en www.carlosparma.com.ar; Velásquez, en un trabajo sobre el tema desde la perspectiva latinoamericana, que se encuentra actualmente en prensa en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2005 (la exposición de estas críticas en un Congreso en Bogotá, en octubre del 2004, en presencia del propio Jakobs, provocó que éste se marchara de la Sala de Conferencias y una reacción airada de algunos de los presentes, que «reprocharon» a Velásquez por haber osado formular tales críticas. El trabajo de Velásquez, conteniendo un Addenda en la que se narra el incidente, me fue remitida por email). Me consta que otros autores latinoamericanos, como Raul Zaffaroni, se han ocupado también críticamente del tema, pero no dispongo en estos momentos de las referencias bibliográficas concretas. Igualmente algunos de mis trabajos sobre el tema, citados en nota anterior, ha sido publicadas en algunas revistas latinoamericanas, pero no dispongo en estos momentos de las referencias exactas.

12 Cfr. por ejemplo, Cancio Meliá, *¿Derecho penal del enemigo?*, en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003, si bien intenta darle una interpretación puramente descriptiva, aunque reconoce que de algún modo Jakobs parece aceptar la necesidad de este Derecho penal, y finalmente considera que no se trata de un verdadero Derecho penal (cfr. p. 78 ss, esp. 93 y s. Véase también infra mi comentario al respecto).

Revista Penal

De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»

sistir en su tesis, desarrollándolas más explícitamente, aceptando incluso expresamente las consecuencias que se puedan derivar de su postura¹³.

Me parece, pues, conveniente volver a ocuparme del tema con alguna mayor extensión de lo que lo he hecho hasta ahora, intentando con la mayor claridad posible exponer resumidamente algunas de las consideraciones que he hecho anteriormente, así como añadir otras que he ido elaborando posteriormente al hilo de las discusiones y diálogos habidos tras varias conferencias que he pronunciado sobre el tema en España, Portugal, Italia, Alemania, Uruguay, Chile, México, Estados Unidos, etc.

1. La primera observación que se puede hacer a Jakobs es que su «Derecho penal del enemigo» recuerda mucho al «Derecho penal de autor» que propugnaron los penalistas nazis, según el cual lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la «perversión», «inclinación o tendencia al delito» o «peligrosidad criminal» que pudiera tener su autor.

En efecto, es esta la impresión que da, cuando Jakobs menciona varios de los sujetos que pueden calificarse según él como enemigos:

«El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual "peligroso" según el § 20.a del Código penal alemán), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo "complot de asesinato"), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento»¹⁴.

Algunos de los ejemplos de este «Derecho penal del enemigo» que menciona Jakobs se pueden ver ya reflejados en los nuevos preceptos sobre «habitualidad», proxenetismo y tenencia de pornografía en la que se haya utilizado a menores o incluso la voz o la imagen deformada de estos, introducidos en el Código penal español en las reformas del 2003 patrocinadas por la mayoría parlamentaria que apoyaba el Gobierno conservador del Presidente Aznar. Efectivamente estos preceptos parecen referirse más a determinados «tipos de sujetos» que a los hechos que realizan, haciendo recaer el centro de gravedad de la intervención penal en

su forma de vida o en sus tendencias o inclinaciones. La actitud del legislador español en las reformas del 2003 para estos sujetos ha sido una política criminal de cuño conservador y reaccionaria muy extendida también como una de las principales tendencias político criminales de finales del siglo XX: la idea de la llamada «tolerancia cero»¹⁵.

Pero hay otro grupo de delitos que también preocupan especialmente a las sociedades modernas, no sólo por su gravedad intrínseca, sino también porque igualmente son cometidos por personas que no acaban de integrarse en el sistema de valores y patrones de conducta vigentes en las mismas. Es a estos delitos a los que principalmente se refiere Jakobs cuando habla del «Derecho penal del enemigo». El tráfico de drogas, el terrorismo y el fantasma de la criminalidad organizada han sido los problemas que han dado y están dando lugar a un Derecho penal excepcional que bien podría calificarse como «Derecho penal del enemigo». Son estos delitos y sus autores la principal preocupación de los Gobiernos actuales, que proceden de la forma más dura y eficaz posibles para combatirlos, incluso más allá de los parámetros admisibles en el Estado de Derecho.

- Desde luego, si se analizan algunas de las reformas penales introducidas en el Código penal español en el 2003 y en otros países de nuestra área de cultura en estos últimos años, inmediatamente se veu las características que según Jakobs corresponden a este tipo de Derecho penal. Veamos algunos ejemplos:
- Como ejemplos de penas desproporcionadas, junto a las que ya desde hace tiempo pueden aplicarse en caso de tráfico de drogas y terrorismo (cfr. por ejemplo, respecto al tráfico de drogas, arts. 368, 369, 370; y respecto al terrorismo, arts. 571 ss), tenemos ahora la nueva regulación de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que en el art. 318 bis permite imponer penas que pueden llegar a los 15 años de prisión, en caso de tráfico ilegal o inmigración clandestina, cuando el propósito fuera la explotación sexual de personas, se realice con ánimo de lucro, y el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades; o hasta 17 años y seis meses de prisión cuando se trate de jefes, administradores o encarga-

13 Cfr. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo, en Jakobs/Cancio Meliá, ob. u. cit., p. 21.

14 En Eser/Hassemer/Burkhardt, ob. cit., p. 59.

15 La bibliografía sobre la denominada «tolerancia cero» es ya inabarcable; un resumen de los principales rasgos de la misma puede verse en Hassemer/Muñoz Conde, Introducción a la Criminología, Valencia 2002, p. 328 ss., y en mi trabajo antes citado, «Las reformas de la Parte especial».

dos de dichas organizaciones o asociaciones. Desde luego, a los que organizan uno de esos viajes para los emigrantes que pretenden atravesar el Estrecho de Gibraltar en «pateras», podría salirles más barato matar a alguno de ellos, o decir que la joven que quiere trabajar como prostituta en España, en realidad lo que quiere es trabajar de esclava por un sueldo de miseria en casa de una rica familia. Si a ello se añade que algunos de estos traficantes de personas, que actúan en grupo, incluso de forma transitoria, se le ocurre traer un poco de «hashish» en sus bolsillos para ganar algún dinero vendiéndolo, los veinte años de prisión no hay quien se los quite.

- Un régimen de dureza extrema, nunca habida antes, si prescindimos ahora de la pena de muerte, con la pena de prisión en España, representa el nuevo régimen de prolongación de dicha pena hasta cuarenta años, sin apenas posibilidades de reducción y concesión de la libertad condicional, tal como establecen ahora los arts. 78 y 90, tras la reforma de 30 de junio de 2003, que entró en vigor el mismo día de su publicación, para los delitos de terrorismo. Naturalmente, ello no impidió que se produjera el atentado terrorista de 11 de marzo de 2004. Ni tampoco parece que sea esta la perspectiva que desaliente a los terroristas que en el futuro puedan cometer actos semejantes. Pero de eso hablaremos más adelante.
- Como ejemplo de anticipación de la intervención del Derecho penal a supuestos alejados incluso de la puesta en peligro del bien jurídico, tenemos los preceptos relativos a la apología del genocidio (art. 607.2) y la indirecta del terrorismo, a través de su enaltecimiento o justificación (art. 578), o la penalización de la convocatoria de referendums ilegales (art. 506 bis), y de la concesión de ayudas o subvenciones a partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial (art. 576 bis), introducida de forma subrepticia en la Ley Orgánica 20/2003, de 23 diciembre 2003, aprovechando una Ley de acompañamiento a la Ley de Presupuestos, y, desde luego, aunque no se diga expresamente con una referencia muy clara a los movimientos independentistas, aunque no sean terroristas, en el País Vasco.
- Y como ejemplo de recorte de garantías procesales, siguiendo el ejemplo de preceptos del Act Patriotc de Estados Unidos que permiten al FBI, sin control judicial, detener a ciudadanos, o recabar de las empresas datos sobre la

intimidad de sus clientes y trabajadores y otras muchas violaciones de derechos fundamentales, están las medidas excepcionales de detención gubernativa por tiempo indefinido de extranjeros sospechosos de terrorismo en Inglaterra (cfr. sin embargo, infra la decisión de la Cámara de Los Lores al respecto); o la aceptación como prueba, sancionada legalmente en muchos países, de la declaración del «arrepentido», en los casos de terrorismo y criminalidad organizada («chiamata di correo», en Italia; «testigo protegido», en la Ley sobre crimen organizado en México). En España, aunque en los últimos años, salvo en materia de prisión preventiva, no se han hecho reformas procesales específicas, existen prácticas jurisprudenciales que admiten como prueba de cargo contra un acusado la «declaración del coimputado» (cfr. STS 29 julio 1998; «caso Marey»¹⁶), o la utilización como medio de prueba de grabaciones audiovisuales obtenidas de una forma, que, como repetidamente ha declarado el Tribunal europeo de derechos humanos de Estrasburgo respecto al art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento criminal española, violan la intimidad porque no respetan determinados principios y garantías.

Pero una vez constatada la existencia de algunos preceptos existentes en la legislación penal positiva, de lo de que se trata es de ver hasta que punto son legítimos, es decir, si están o no en consonancia con los principios del Estado de Derecho y respetan los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Este el problema principal, y precisamente por eso, se plantean continuamente en torno a ellos cuestiones de inconstitucionalidad y dan lugar a innumerables recursos de recursos de amparo, cuando se aplican en algún caso concreto en los procesos penales que diariamente se tienen que fallar por los Tribunales de los países democráticos en los que estos principios se encuentran acogidos en los textos constitucionales y son vinculantes para esos Tribunales. Y efectivamente muchas veces los Tribunales constitucionales de estos países o los de derechos humanos de carácter internacional han declarado la inconstitucionalidad de estos preceptos o han anulado condenas que se habían basado en los mismos. Como podemos ver en algunas decisiones habidas en la Jurisprudencia española más reciente.

Así, por ejemplo, la STC 16 diciembre 1987 declaró inconstitucional y parcialmente nulo la aplicación del régimen excepcional que establecían

¹⁶ Cfr. Muñoz Conde, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, 2ª ed., Buenos Aires, 2003, p. 69 ss.

los arts. 13 a 18 de la Ley Orgánica 96/1984 a la apología de los delitos relativos a bandas armadas, elementos terroristas y rebeldes. La STC 20 julio 1999 anuló la STS de 29 noviembre de 1997, considerando que la aplicación del art.174 bis a) del anterior Código penal (colaboración con banda armada) a la decisión de la Mesa Nacional de Herri Batasuna de ceder sus espacios electorales gratuitos a la difusión de un vídeo propagandístico de la banda terrorista ETA infringía el art. 25.1 de la Constitución. La STC 18/2003, de 23 octubre («caso autopista de Andalucía»), anuló otra del TS en la que se había condenado a unos funcionarios por cohecho, utilizando como prueba unas grabaciones telefónicas decretadas por el Juez instructor a raíz de una denuncia anónima. También el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha manifestado repetidas veces que la regulación que de este problema hace el art. 579.3 de la Ley de Enjuiciamiento criminal española es insuficiente por no respetar principios de proporcionalidad, suficiente control judicial, etc. (casos «Valenzuela» y «Prado Bugallo»). Y ya son muchas las decisiones del Tribunal Supremo y de otras instancias judiciales españolas que, siguiendo este criterio, han anulado pruebas obtenidas con infracción de estos principios, incluso en relación con delitos graves, principalmente de narcotráfico¹⁷.

A pesar de estas y de otras decisiones similares adoptadas por los tribunales de justicia de muchos países, los Gobiernos y poderes legislativos, incluso en países con arraigada tradición democrática, presionados por los medios de comunicación y por una opinión publicada alarmada por el incremento de estos problemas, sobre todo a partir de los graves atentados terroristas de los últimos años y especialmente el del 11 de septiembre de 2001 en la ciudad de Nueva York, han adoptado una serie de medidas legislativas que bordean, cuando no claramente infringen los límites constitucionales del Derecho penal en el Estado de Derecho. Un ejemplo de este tipo puede ser el USA Patriotic Act de octubre del 2001 y las órdenes militares aprobadas en Estados Unidos tras el atentado del 11 de septiembre. Afortunadamente, en ese mismo país algunos jueces han considerado inconstitucionales muchos esos preceptos por infringir derechos fundamentales como el derecho al debido proceso, a la intimidad, etc.; aunque lo cierto es que de un modo u otro siguen estando vi-

gentes y dando lugar a situaciones como la de los presos afganos en la base americana de Guantánamo (véase, sin embargo, *infra* Excurso), y a los abusos y torturas de los presos iraquíes en la cárcel de Abu Craigh.

Este mismo año, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su sentencia de 3 marzo 2004, ha declarado inconstitucional la regulación que en 1999 había introducido el legislador alemán en la Ordenanza procesal penal, por la que se permitían graves intromisiones empleando como medios de prueba grabaciones de conversaciones en el ámbito de la intimidad más estricto (*grosse Lauschangriffe*), por no cumplir determinadas garantías requisitos derivadas del principio de legalidad y de proporcionalidad¹⁸. Y el 16 de diciembre del 2004, la Cámara de los Lores inglesa ha sentenciado que la Ley antiterrorista inglesa del 2001, patrocinada por el Gobierno Blair, que permitía la detención gubernativa sin límite temporal de extranjeros sospechosos de terrorismo (una especie de «Guantánamo británico», como se le había dado en llamar), infringe entre otros derechos de la Convención Europea, el derecho a la igualdad jurídica entre extranjeros y ciudadanos y al debido proceso y a la protección judicial efectiva. «La prisión indefinida sin cargos ni juicios es anatema en un país que observa el imperio de la ley», escribe en sus conclusiones Lord Nicholls de Birkenhead. Y aún más contundentemente escribe Lord Hoffmann, otro de los ocho Magistrados que se pronuncian en contra de esta Ley: «La verdadera amenaza para la vida de esta nación, entendida como un pueblo que vive de acuerdo con sus tradiciones y sus valores políticos, no viene del terrorismo, sino de leyes como ésta» («*The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these*»)¹⁹.

EXCURSO: Las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los detenidos en la Base de Guantánamo.

Dentro de esta polémica sobre la necesidad de asumir que en el Ordenamiento jurídico hay que hacer una exclusión de prácticamente todos los derechos que se reconocen en la Constitución y textos jurídicos fundamentales a determinados

17 Véase sobre esta jurisprudencia Muñoz Conde, La valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal, Buenos Aires 2004, p. 45 s (publicado también en Revista Penal, 2004).

18 Véase comentario a esta sentencia en Muñoz Conde, *ab. u. cit.*, p. 50.

19 El texto de la sentencia y los votos particulares están recogidos en la página Web de la citada Cámara de los Lores, <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk>

sujetos que se consideran como «enemigos», parece especialmente interesante ocuparse de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en relación con la situación jurídica de los presos afganos en la base militar norteamericana de Guantánamo, Cuba.

En el curso de la discusión que siguió a una conferencia que de 7 de marzo del 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad Columbia de Nueva York con el título «A Criminal Law for enemies?», tanto el colega que me invitaba, el profesor George P. Fletcher, como algunos de los asistentes me hicieron notar que en recientes decisiones adoptadas el 28 de junio del 2004 en los casos *Rasul*, *Hamdi* y *Padilla*, la Corte Suprema estadounidense se había planteado este problema²⁰.

Efectivamente, en esas decisiones la citada Corte Suprema tuvo que plantearse y resolver si los presos de Guantánamo aprehendidos por tropas americanas en la Guerra de Afganistán, y otra persona detenida en el Aeropuerto de Chicago y que se encontraba en una prisión militar de Carolina del Norte como sospechoso de haber participado en el atentado del 11 de septiembre del 2001, tenían, entre otros derechos, el de solicitar un *habeas corpus*, es decir, recurrir ante un juez norteamericano su detención, y a ser juzgado en un proceso debido con todas las garantías reconocidas en la Constitución norteamericana.

La decisión fue relativamente fácil en el caso *Hamdi*, en la medida en que este recurrente había nacido en el Estado de Louisiana y tenía, por tanto, la nacionalidad norteamericana²¹. Para la inmensa mayoría de los Jueces integrantes de la Corte (la votación fue de 8 a 1), un ciudadano norteamericano tenía siempre derecho a plantear en caso de detención gubernativa un recurso de *habeas corpus* ante el juez, ya que el art. 1, sección 9, cláusula 2 de la Constitución americana solo suspende este derecho en caso de «rebelión o invasión, cuando así lo requiera la seguridad pública», y estas circunstancias no se daban en este caso. Pero muchos de los Jueces que votaron a favor de esta decisión, lo hicieron en contra en el caso *Rasul*, en el que la misma petición de *habeas corpus* había sido realizada por un grupo de presos

de Guantánamo, doce kuwaitíes y dos australianos, que, entre otras cosas, alegaban que no eran combatientes en la Guerra de Afganistán, sino que prestaban servicios de asistencia social en ese país cuando fueron detenidos. El voto en contra de la admisión del recurso fue formulado por el Juez Scaglia, y a él se adhirieron los Jueces Rehnquist y Thomas. Para el Juez Scaglia el mismo argumento que había servido para admitir el recurso de *Hamdi*, tenía que ser utilizado para rechazar el recurso de unas personas que, cualquiera que fuese la razón por la que se encontraban en Afganistán, no eran ciudadanos americanos y, por tanto, carecían de los mismo derechos que éstos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus*. Se apoya para ello en una discutible interpretación de textos legales y de antiguos precedentes jurisprudenciales que, en su opinión, niegan a los extranjeros los derechos que sólo corresponden a los ciudadanos americanos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus* y el derecho a un debido proceso. Frente a sus argumentos opone el Juez Stevens otros a favor e la opinión que finalmente prevaleció por una mayoría de 6 a 3, entre los que destaca el siguiente razonamiento:

*«La parte demandada (es decir, el Gobierno, en este caso representado por el propio Presidente Bush) se muestra de acuerdo en que el Estatuto de habeas corpus crearía jurisdicción de los Tribunales federales en los supuestos de demandas realizadas por un ciudadano americano detenido en la Base. Considerando que el § 2241 no realiza ninguna distinción entre americanos y extranjeros mantenidos bajo custodia federal existe pocos motivos para pensar que el Congreso concibiera el alcance geográfico del estatuto variable dependiendo de la nacionalidad del detenido. Los extranjeros retenidos en la Base, al igual que los ciudadanos americanos, tienen derecho a invocar la autoridad del § 2241 de los Tribunales federales»*²².

Con esta importante sentencia, la Corte Suprema americana establece, al menos como principio y en relación con los recurrentes en el caso *Rasul*, que no hay ninguna razón para negar el derecho a plantear

²⁰ Cfr. *Rasul v. Bush*, 124 S.Ct.2686 (28 junio 2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S.Ct.2633 (28 junio 2004), *Rumsfeld v. Padilla*, 124 S.Ct. 2711 (28 junio 2004).

²¹ Dicho detalle salió a relucir en el transcurso de los interrogatorios a los que fue sometido *Hamdi*, cuando estaba preso en Guantánamo. Una vez comprobado que había nacido en territorio norteamericano y que no había renunciado expresamente a esta nacionalidad, *Hamdi* inmediatamente fue trasladado a una prisión militar en Virginia y luego a Carolina del Sur, desde donde planteó su solicitud de *habeas corpus*. Para más detalles sobre este y los otros casos, véase Fletcher, *Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of War, Hamdi, Padilla and the Detainees in Guantánamo*, en *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), p. 953 ss. (hay traducción española de Muñoz Aunión, con el título: «Ciudadanos o personas?», publicada en *Revista Penal* 2005).

²² Véase la exposición resumida de estos argumentos en Fletcher, *ob. cit.*, p. 58 ss.

un recurso de *habeas corpus* a los extranjeros presos en Guantánamo, y ello sin mencionar siquiera si esos extranjeros son «enemigos» o simplemente extranjeros. Con esto reconoce a los recurrentes, a pesar de no tener la nacionalidad norteamericana, un derecho fundamental, pieza clave para el reconocimiento de otros derechos fundamentales, superando así el estrecho binomio ciudadano-extranjero, equivalente en cierto modo al de «amigo-enemigo», al que había pretendido reducirlo la Administración de Bush y Rumsfeld, contra los que por cierto se dirigían las demandas de los recurrentes²³. Ciertamente, ello no es más que un paso en el reconocimiento de que incluso los posibles o reales «enemigos», tanto si se encuentran en territorio americano como si no, pero siempre bajo custodia o control de autoridades americanas, tienen unos derechos mínimos que no pueden negárseles. Evidentemente, aun queda mucho camino hasta que la Administración norteamericana llegue a admitir que todos los detenidos en Guantánamo, incluidos los llamados «enemigos combatientes» tienen unos derechos como presos de guerra, reconocidos por las Convenciones de Ginebra, que parece que no se están respetando en estos momentos²⁴.

Es curioso notar que este argumento a favor de que puedan plantear un recurso tan tradicional en el Common Law como el de *habeas corpus*, coincide con el origen, incluso terminológico del mismo, conforme al cual este derecho no es exclusivo del ciudadano, sino del «corpus», es decir, de lo que Agamben llama la «nuda vida», independientemente de su adscripción a una determinada comunidad política o jurídica²⁵. Esta fue también la idea que dio origen a la primera Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789, y a las primeras declaraciones de derechos recogidas en los Documentos de la Independencia de los Estados Unidos de América:

«Los hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits».

Parece, pues, que la existencia de un «Derecho penal del enemigo» no goza del aprecio y simpatía de los Tribunales encargados de vigilar si las nor-

mas penales (o de cualquier otra rama del Ordenamiento jurídico) se adaptan a los principios del Estado de Derecho y respetan los derechos fundamentales reconocidos tanto internamente en las Constituciones, como internacionalmente en las Declaraciones internacionales de Derechos humanos. Por tanto, el único problema que debería plantear al jurista respetuoso con el estado de Derecho no sería más que el de comprobar su compatibilidad con estos principios. Pero no cabe duda que, igual que con el movimiento de la «tolerancia cero», existe hoy en día una tendencia a utilizar el Derecho penal de un modo más enérgico y contundente incluso saltándose si fuera necesario los límites que le imponen el Estado de Derecho y el reconocimiento, tanto a nivel nacional, como internacional, de los derechos humanos. Ante esta situación debe preguntarse:

¿Hasta qué punto es legítimo un «Derecho penal del enemigo» que no se atenga a los principios del Estado de Derecho y viole preceptos constitucionales y declaraciones internacionales a favor de los derechos humanos?

Y sobre todo, ¿cuáles son los límites que debe tener el mismo, si es que, por su naturaleza, admite algún tipo de límites?

¿Será también la «guerra sucia» contra el terrorismo un «Derecho penal del enemigo»? ¿Lo es el llamado «asesinato selectivo» practicado por el ejército israelí lanzando misiles contra los presuntos dirigentes de los grupos terroristas palestinos cuando se encuentran en sus casas o viajan en coche? ¿Lo son los crímenes de guerra, cuando se remata a soldados heridos e indefensos, o los llamados «daños colaterales» de los bombardeos, cuando estos alcanzan a civiles, a población no combatiente, a mujeres y niños? ¿Lo son la tortura como medio de averiguación de la verdad; la prisión sin los derechos mínimos reconocidos internacionalmente a los presos; la privación de libertad meramente gubernativa, sin control judicial, sin derecho a la asistencia de un abogado designado libremente, y por tiempo indefinido; la pena de muerte?

A estas cuestiones, no cabe duda, se puede constatar de diversas maneras, y en esas respuestas

23 No se entiende, por tanto, muy bien que en el caso Padilla v. Rumsfeld, 352 F 3d 695 (2nd Cir.2003), los Jueces, si bien por mayoría, rechazaran entrar en el fondo del recurso, muy similar en contenido a los anteriores, considerando que en lugar de contra Rumsfeld, la demanda tenía que haberse planteado contra el Comandante de la Prisión donde se encontraba recluido el recurrente, en Carolina del Sur. No se olvide que este sujeto no se encontraba preso en Guantánamo, ni tampoco era de nacionalidad norteamericana.

24 No deja de ser paradójico que aún no se haya admitido que representantes de organismos internacionales puedan ver in situ la situación en la que se encuentran esos presos en la base norteamericana de Guantánamo, sita en Cuba, y que, sin embargo, esos mismos organismos denuncien continuamente la situación de los derechos humanos en la propia nación cubana. Una «doble moral» que encaja mal con la idea de igualdad y de justicia, que debe primar por encima de conveniencias o simpatías políticas.

25 Véase Giorgio Agamben, *Homo sacer, El poder soberano y la nuda vida*, traducción y notas de Antonio Gimeno Cuspinera, 3ª reimprisión Valencia 2003, p. 157.

habrá implícita o explícitamente algo más que una actitud puramente jurídica. Así, por ejemplo, alguien dirá: Si se trata de una guerra, en la guerra cabe todo, con tal de ganarla. Al enemigo no se le reconocen derechos, se le combate sin más; se le caza «vivo o muerto». «No hay mejor terrorista, que el terrorista muerto», decía en los primeros años de la democracia española un viejo Ministro de la Gobernación que también había sido Ministro en la dictadura franquista. Pero hay, por supuesto, otro tipo de fundamentaciones menos burdas, más sofisticadas y elaboradas que de algún modo pretenden dar cobertura teórica a esta o a otras opiniones parecidas. De estas otras fundamentaciones y principalmente de la que ofrece Jakobs, me ocupo acto seguido.

2. Jakobs argumenta a favor de su «Derecho penal del enemigo» con la siguiente frase:

«Los enemigos no son efectivamente personas» (Feinde sind aktuell Unpersonen), en el original alemán). Por tanto, no pueden ser tratados como tales²⁶.

Pero ¿qué quiere decir con eso? ¿Cómo valorar esta afirmación? Si es una mera descripción de una realidad (que existe y de la que ya hemos dado algunos ejemplos), habrá que decir algo respecto a la misma, habrá que valorarla y habrá que sacar de ello unas conclusiones que, en la medida en que no se esté de acuerdo con ellas, deben ser objeto de un análisis crítico. Pero si se está de acuerdo con que en una sociedad puede haber dos clases diferentes de seres humanos las «personas» y las «no personas», y que cada una de ellas merecen un tratamiento jurídico diferente, habrá que asumir también coherentemente las consecuencias que de esta distinción se derivan.

En todo caso, este planteamiento no es nuevo. También en el pasado se han dado fundamentaciones doctrinales similares y se han defendido la existencia de «dos Derechos penales», sacando de ello determinadas consecuencias teóricas y prácticas.

En un trabajo reciente, el filósofo italiano Giorgio Agamben, comentando la tesis de Carl Schmitt sobre la distinción «amigo-enemigo» y la concep-

ción que éste tenía del «estado de excepción», como expresión del poder soberano, analiza el «campo de concentración» como paradigma biopolítico de lo moderno²⁷. Según Agamben, una de las características de los regímenes nazi y fascista fue la separación del hombre como simple «vida nuda», pura cosa viva sin derecho, y el hombre como ciudadano, como ser político y titular de derechos. La distinción se llevaba a cabo además con un criterio biopolítico, determinado por la sangre y la herencia genética. Era este dato biológico lo que caracterizaba la raza aria y con ella al alemán puro, frente al no alemán perteneciente a «razas inferiores».

La primera consecuencia de esta distinción fue, ya en abril de 1933, la Ley para la depuración de la función pública de elementos judíos; pero sobre todo las Leyes de Nuremberg de 1935, por las que se privaba a los judíos alemanes de la nacionalidad alemana, se les rebajaba a la categoría de sujetos de segunda clase, se prohibían sus matrimonios con persona de raza aria y se penalizaba como delito de «ultraje a la raza» que tuvieran relaciones sexuales con tales personas. Pero además de este criterio biológico racista se utilizaron otros también de tipo biopolítico de carácter eugenésico como las medidas esterilizadoras para los portadores de enfermedades hereditarias con una Ley de 1933, y se llegaron a adoptar incluso medidas eutanásicas para enfermos mentales y terminales a través de unas órdenes secretas que dictó el propio Hitler a principios de los años cuarenta. Todo ello fue acompañado además por leyes y medidas policiales para la erradicación de los asociales, marginados sociales, delincuentes habituales, alcohólicos, homosexuales, etc., que cuajaron en un Proyecto de Ley para el tratamiento de los que eufemísticamente se denominaron «extraños» y también «enemigos de la comunidad»²⁸.

La culminación de esta biopolítica fue el «campo de concentración», al que se destinaban tanto los «impuros racialmente» (principalmente judíos y gitanos, pero también eslavos, principalmente polacos, ucranianos y rusos), como a los que por su «forma de vida» (mendicidad, vagabundaje, delincuencia habitual) habían perdido su dignidad

²⁶ En la traducción de Teresa Manso, que aquí se maneja, se dice (p. 60): «Los individuos son actualmente no personas». Según algunos entendidos en la terminología funcionalista que usa este autor, Jakobs utiliza el concepto de persona como equivalente a sujeto de derecho, es decir, como subsistema psicofísico de imputación dentro del sistema, y que es esta cualidad la que dejarían de tener aquellos que se colocan de manera permanente al margen del sistema y atacan las bases fundamentales del mismo (sobre este concepto de persona en el funcionalismo, cfr., por ej., Portillas Contreras, en Homenaje a Bacigalupo cit., p. 696 ss.).

²⁷ Véase Giorgio Agamben, ob. cit., p. 147 ss.

²⁸ Véase el texto de este Proyecto de Ley en Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª ed., Valencia 2003, p. 193 ss.

como alemanes y no merecían ser tratados como tales. A esta exclusión jurídica le seguía, una física de «exterminio —o, como decía el famoso penalista Edmund MEZGER, “Ausmerzung”—, de los elementos dañinos al pueblo y a la raza»²⁹, por la que directamente eran eliminados en «campos de exterminio» como Auschwitz, o internados en campos de concentración como Dachau, para llevar a cabo trabajos forzados en unas condiciones inhumanas en las que muchos perecían («Vernichtung durch die Arbeit»), o eran utilizados como cobayas humanos en experimentos científicos.

La vida de los allí internados, «vida nuda», según Agamben, se caracterizaba desde el punto de vista jurídico como una exclusión, por su consideración como no persona, como no ciudadano, carente, por tanto, de unos mínimos derechos. Y el lugar destinado para ellos, el campo de exterminio o de concentración, como un lugar caracterizado por su falta de toda regla jurídica, por su carácter excepcional, pero permanente, como un «estado de excepción permanente» que era, para Carl SCHMITT, la máxima expresión del poder constituyente basado en la voluntad del Führer, única fuente de creación del derecho y el poder soberano³⁰.

Esta distinción fue empleada también para fundamentar entonces la existencia de «dos Derechos penales». Así, por ejemplo, decía el famoso penalista alemán Edmund MEZGER en los informes que redactó en 1943 para el régimen nacionalsocialista sobre un Proyecto de Ley sobre el tratamiento de «Extraños a la Comunidad» lo siguiente:

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

- un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y*
- un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tenden-*

cia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión... Una vez que se realice la inclusión, el “Derecho especial” (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas... Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un “nuevo comienzo”)³¹».

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

Entonces se trataba de un régimen totalitario, en el que se daba por sentado que existiera un Derecho penal de este tipo para los «enemigos» y los «extraños a la comunidad». Pero una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de Derecho, que, por definición, no admite que se pueda distinguir entre «ciudadanos» y «enemigos» (o «amigos» y «enemigos», en la clásica distinción del famoso politólogo nazi Carl SCHMITT), como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica. Los derechos y ga-

²⁹ La etimología de la palabra alemana «Ausmerzung» tiene también un significado biopolítico evidente, pues proviene de la selección que hacían los ganaderos alemanes en la Edad Media para separar en el «mes de marzo» («aus März») la parte del ganado que no era apta para la reproducción y tenía que ser, por tanto, sacrificada. Aplicada a personas tiene, por consiguiente, un significado de eliminación física o de exterminio que describe con extrema crudeza, pero gráficamente, lo que sucedía en los campos de concentración. Como ejemplos de esta concepción biopolítica, que por sus orígenes etimológicos bien podría calificarse de veterinaria, pueden considerarse las medidas esterilizadoras de los asociales, propuestas por Mezger en su artículo: Inwieweit werden durch Sterilisierungsmaßnahmen Asozialen erfasst? (¿Hasta qué punto deben ser incluidos los asociales en las medidas esterilizadoras?, publicado en 1938 en el tomo V de las Mitteilungen der kriminalbiologischen Gesellschaft, editado por encargo de la Presidencia del Instituto de Criminología de la Universidad de Graz (traducción española de Francisco Muñoz Conde, recogida como Apéndice del capítulo IV en Muñoz Conde, Edmund Mezger cit., p. 287 ss.), así como el Proyecto para el tratamiento de los «extraños a la comunidad», elaborado por dicho autor y el criminólogo Franz Exner, cuya art. 11, 1 decía expresamente: «Los extraños a la comunidad de los que pueda esperarse una herencia indeseable, serán esterilizados» (véase texto en Muñoz Conde, ob. cit., p. 196.)

³⁰ Véase Schmitt, Politische Theologie, 1922 (citado por Agamben, ob. cit., 27 ss.).

³¹ Véase texto de este informe completo, en Muñoz Conde, ob. u. cit., p. 236 (entrecarrillados y subrayados en el texto original).

rantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo Ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o la fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El Derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos. Los más importantes juristas del régimen nacionalsocialista, como Roland Freisler o Hans Franck, afirmaban y formulaban esta idea con toda claridad: «Recht ist was dem Volk nuzt» («Derecho es lo que es útil al pueblo»). Sustitúyase el término «pueblo» por el de «Estado» o por el de «sistema», y el término «útil» por el de «funcional» y tendremos una fundamentación del Derecho penal del enemigo perfectamente funcionalista. La única diferencia entre la fundamentación funcionalista actual del Derecho penal y la que ofrecía el nacionalsocialismo es que el funcionalismo está dispuesto a asumir también que Derecho es lo que es funcional (útil) al sistema democrático, aunque muchos de sus preceptos no tengan nada de democrático. En definitiva, la «razón de Estado», que es el que monopoliza el poder punitivo, o la funcionalidad de su sistema, independientemente de que sea democrático o autoritario, se convierte en el único fundamento del Derecho (penal).

3. No sé si JAKOBS llegaría a admitir³², siquiera como hipótesis, un planteamiento tan extremo como éste, pero no cabe duda de que es posible

llegar a esta conclusión, cuando se admite la existencia de dos Derechos penales distintos, inspirados en principios diferentes y con distintas finalidades o funciones. En todo caso, corresponde a los que asumen esta distinción como inevitable aclarar lo que se quiere decir con la por lo demás bastante ambigua expresión «Derecho penal del enemigo» y cuáles serían los límites que el mismo debería tener, si es que tiene alguno. Considero que, en los momentos actuales, no basta con identificar y describir en los Ordenamientos jurídico-penales actuales brotes o ejemplos evidentes de un «Derecho penal del enemigo», sino que es preciso manifestar también si son compatibles con el marco constitucional de un Estado de Derecho y con los Pactos internacionales de Derechos civiles reconocidos y acogidos en los Ordenamientos jurídicos de los Estados civilizados. Una visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de un sistema jurídico, convierte al jurista en simple notario que constata una realidad, pero que ni la aprueba, ni la desaprueba. Es como describir cómo funciona una silla eléctrica, pero sin pronunciarse a favor ni en contra de la pena de muerte. Se constata su existencia, se determina, según la ley vigente, que personas deben sentarse en ella, después de habérselas imputado el delito que fundamenta su aplicación, como y quien debe pronunciarla y luego quien debe aplicarla. Pero la pena de muerte como tal sigue ahí inmutable, inmodificable, sustraída a cualquier tipo de valoración por parte del jurista, cuyo papel termina en el momento que ha constatado que la pena prevista en la ley para el delito se ha aplicado «contráfácticamente» para restablecer la vigencia de la norma infringida por el condenado.

En mi opinión, la tesis de Jakobs sobre el «Derecho penal del enemigo» es una construcción valorativamente ambigua, que lo mismo vale para un sistema democrático, que para uno totalitario. El sistema, el que sea, y su mantenimiento, a toda costa, eso es lo único que importa.

Pero incluso si se admite como inevitable esta distinción y como una tendencia imparable, en la medida en que efectivamente son ya muchos los Ordenamientos jurídicos en los que se pueden encontrar ejemplos normativos inspirados en esta concepción belicista, el «Derecho penal del enemigo», si es que

³² Pero lo cierto y verdad es que en trabajos posteriores a su Ponencia de Berlín se reafirma en la necesidad de admitir el «Derecho penal del enemigo», con este u otro nombre, como algo inevitable a lo que tiene que recurrir una sociedad en casos extremos para mantener su seguridad. Véase por ejemplo, Jakobs, Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, en Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Madrid 2003, p. 55 s.: «Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar como un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido».

quiere pasar el umbral de una expresión brillante y más o menos provocadora, pero tautológica o vacía de contenido, tiene que ser situado en un determinado contexto sociopolítico y responder desde ese contexto a dos cuestiones básicas:

Una es de tipo conceptual y afecta a su propio contenido: ¿Quién define al enemigo y como se le define?

La otra está relacionada con el marco de referencia: ¿Es compatible con el Estado de Derecho y con el reconocimiento sin excepciones a todos de los derechos fundamentales que corresponden al ser humano por el hecho de serlo?

A mi juicio, Jakobs no contesta satisfactoriamente a ninguna de las dos cuestiones. Se limita a constatar una realidad y alude a la necesidad de una «seguridad cognitiva» como fundamento de su existencia. Esta «seguridad cognitiva» que él describe como aspiración fundamental del Derecho penal del enemigo es, por supuesto, también una aspiración de cualquier sistema jurídico; «por consiguiente», dice JAKOBS³³, «no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de *un solo* mundo

o de mostrar dos tendencias opuestas en *un solo* contexto jurídico-penal» (cursivas en el original).

Pero una seguridad cognitiva total nunca puede ser garantizada por ningún sistema sea del tipo que sea. Podrá haber unos niveles mayores o menores de seguridad, y de lo que se trata es de determinar cuando esos niveles son compatibles con el ejercicio de los derechos fundamentales. El equilibrio entre los dos polos es difícil y, como ya hemos dicho anteriormente, siempre se encuentran en tensión. Pero si, como sucede en momentos de crisis, la balanza se inclina descaradamente y sin ningún tipo de límites a favor de la seguridad cognitiva, la consecuencia inmediata será la paz, pero la paz de los cementerios. Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo.

4. Tampoco creo que se ayude mucho a clarificar esta postura, negándole al «Derecho penal del enemigo» el carácter o incluso el nombre de «Derecho penal»³⁴, pues el problema principal que aquí se plantea no es una cuestión de nombres, si-

33 En Jakobs/Cancio Meliá, ob. cit., p. 22.

34 En este sentido, Cancio Meliá, «¿Derecho penal del enemigo?», en Jakobs/Cancio Meliá, ob. cit. (también del mismo Cancio, *Feindstrafrecht*, manuscrito de un artículo en alemán aún inédito, que por gentileza de su autor he podido ya consultar); Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed. revisada y ampliada, Madrid 2001, p. 166; quienes, en todo caso, muestran sus reservas respecto a la legitimidad de este tipo de Derecho penal de la emergencia. Cancio Meliá, ob. cit. p. 93, nota 62, cita al respecto una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (C-939702, de 31.10.2002, ponente: Montealegre Lymell, también discípulo de Jakobs), en la que se declaran inconstitucionales determinados preceptos legales promulgados por el presidente, con lo que parece, y ello es siempre saludable en un país como Colombia amenazado por una casi constante guerra civil, que el «Derecho penal del enemigo» que pretendía crear el presidente con esos preceptos no sería compatible con la Constitución de aquel país. Naturalmente, no tengo nada en contra de esa interpretación, pero me pregunto si ello tiene algo que ver con el problema de si el «Derecho penal del enemigo» es o no un verdadero Derecho penal. Desde luego, en ningún momento que yo sepa ha planteado Jakobs la cuestión de si su «Derecho penal del enemigo» es o no compatible con la Ley Fundamental de Bonn o con cualquier otro texto constitucional en cualquier país del mundo. Lo mismo puede decirse respecto a la opinión de Silva Sánchez, ob. cit., p. 165, quien considera el «Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos» como un ejemplo de «Derecho penal del enemigo». Desde luego, si se conciben las personas a las que se les imponen tales medidas sólo como «seres peligrosos», o, como, según se les definía en el nacionalsocialismo, «extraños o enemigos de la comunidad» (cfr. por ejemplo, el Proyecto nazi sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad, asesorado por el penalista Mezger y el criminólogo Franz Exner), a los que había que «inocular» imponiéndoles medidas como la esterilización «para prevenir una herencia indeseable», la castración o el internamiento por tiempo indefinido en campos de concentración, no cabe duda que estaremos ante un «Derecho penal del enemigo» (Sobre este Derecho penal nacionalsocialista, véase Muñoz Conde, Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo cit., *passim*), igual que podía calificarse como tal Ley franquista de Peligrosidad y Rehabilitación social, que incluso admitía la imposición de medidas de seguridad, que en nada se diferenciaban de penas, a personas «peligrosas sociales» (vagos, mendigos, drogadictos, homosexuales), aunque no hubieran cometido delitos. Pero si para evitar estos abusos que llevaron al Holocausto y al sacrificio de millones de personas en el régimen nazi, se preconiza un «Derecho de medidas de seguridad», limitado por el principio de legalidad y proporcionalidad, sólo aplicable a los que hayan cometido un hecho delictivo, e incluso precisando, como hace el art. 6.2 del Código penal español de 1995, que «las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor», no veo por qué hoy que aceptar en este ámbito la existencia de un Derecho penal del enemigo, basado sólo en criterios de peligrosidad (para más detalles sobre esta concepción, Muñoz Conde; *Derecho penal y control social*, Jerez 1985, p. 49 ss.; hoy segunda edición colombiana, Bogotá 1999). Lo que sí demuestra este ejemplo traído a colación por Silva Sánchez, es la proximidad entre las ideas de «tolerancia cero» y el las del «Derecho penal del enemigo». Por supuesto, que cualquier sector del Derecho penal puede convertirse en «Derecho penal del enemigo» a poco que se extralimite y se infrinjan los principios limitadores del Derecho penal del Estado de Derecho (sobre otras posibilidades de «perversión» de estos límites y de los conceptos básicos del Derecho penal durante la dictadura franquista, véase Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975, p. 58 ss.; y el esclarecedor Prólogo de Gonzalo Fernández a la 2ª edición de esta obra, Buenos Aires, 2001).

no de contenidos. Como decía un amigo mío de las leyes penales franquistas más represivas, «serán Derecho penal, pero un Derecho penal del que hay que salir corriendo»³⁵. En aquella época eran muchos los estudiantes universitarios (y los obreros, sindicalistas y demás opositores del régimen franquista) que en las manifestaciones contra el régimen corrían por las calles perseguidos por policías uniformados de gris (los «grises») y que recibían en sus espaldas los golpes que éstos les daban, cuando no eran detenidos y pasaban largos días en los calabozos policiales hasta que eran puestos a disposición de un Tribunal especial (el famoso TOP=Tribunal de Orden Público) que podía condenarlos a varios años de prisión por manifestación ilegal, desórdenes públicos, propagandas ilegales o asociación ilícita. Pero si además eran acusados de terrorismo por haber participado en algún acto de violencia o en el que había resultado algún policía muerto, entonces pasaban a la competencia de un Tribunal militar que tras un juicio sumarísimo de guerra, pronunciaba penas de muerte que desde luego eran ejecutadas, como sucedió con las últimas cinco ejecuciones habidas en la dictadura en septiembre de 1975. Lástima que algunos que sufrieron en sus cuerpos los rigores de ese «Derecho penal del enemigo» no tengan inconveniente ahora en admitirlo, al menos hipotéticamente, para «otros enemigos».

5. Pero también está el problema, nada desdeñable en una sociedad orientada hacia las consecuencias, del efecto preventivo que obviamente debe tener ese Derecho penal del enemigo en la contención o reducción de los niveles de criminalidad en los ámbitos en los que sería aplicable, ya que precisamente su fin es afianzar la «seguridad cognitiva» y no puramente la normativa. No parece, sin embargo, que los terroristas, narcotraficantes, o miembros de asociaciones mafiosas, a los que principalmente pretende dirigirse, se sientan especialmente amenazados por este Derecho penal especial, sin garantías, ni por ningún otro. Puede ser que incluso les legitime en sus ataques al Estado el que éste ya de antemano los excluya y los califique como «no personas». Lo que sí es evidente, en todo caso, es que el Derecho penal del enemigo representa o puede representar una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho, y que con ello devalúa la seguridad normativa, acentuando tan solo la puramente cognitiva, es decir, la eficacia frente a peligros, no el restablecimiento de la vigencia de la norma y la confianza de los ciudadanos en la misma. Para los que hace ya más de treinta años defendíamos en

España, no sin asumir algún tipo de riesgo más allá del puramente intelectual que pusiera en peligro nuestro futuro académico o incluso nos hiciera clientes propiciatorios de aquel «Derecho penal del enemigo», esos principios del Estado de Derecho frente a la legislación excepcional antiterrorista del régimen franquista, que calificaba como «enemigos» (del régimen y, por tanto, también de la Patria) a todos los que discreparan públicamente del régimen dictatorial o pretendiera ejercer derechos fundamentales en una democracia, como los de la libertad de expresión, asociación o manifestación, nos es muy difícil admitir ahora que, ante el menor signo de peligro para el sistema democrático, los mismos puedan ser derogados. Porque esos son también los principios que intentamos enseñar todavía, y muchas veces contracorriente (el garantismo y la contención del poder punitivo del Estado no están precisamente de moda), en las aulas universitarias a los jóvenes y futuros juristas; y que, sin embargo, vemos con miedo que pueden verse hoy conculcados con el pretexto de defender paradójicamente el Estado de Derecho. Pero ¿se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con sus principios fundamentales? ¿Puede utilizar el Estado de Derecho, sin perder su nombre, los medios de represión punitiva que caracterizan a un Estado dictatorial, o autoritario? ¿Es posible dentro del Estado de Derecho la coexistencia de dos modelos diferentes de Derecho penal, uno respetuoso con las garantías y los derechos fundamentales, y otro puramente policial, para «enemigos», que haga tabla rasa de los principios y garantías características del Estado de Derecho?

Con penas draconianas, con el abuso del Derecho penal empleándolo más allá de lo que permite su carácter de última *ratio*, y con recortes de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, quizás se pueda luchar más o menos eficazmente contra el «enemigo», pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un Derecho penal de cuño autoritario, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de la más brutales dictaduras. Lo único que falta ya para parecerse a ellas son la pena de muerte, que en Estados Unidos se aplica y se ejecuta con profusión incluso en situaciones de normalidad, y los Tribunales militares, que han vuelto a colarse como tribunales excepcionales para juzgar los llamados «crímenes terroristas»,

³⁵ Véase mi Prólogo a Hassemmer, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona 1984.

sin darse cuenta que la forma más grave de terrorismo es el «terrorismo de Estado».

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

Probablemente más de uno estará ya buscando argumentos jurídicos que avalen estas posibilidades. Sin duda, podrá encontrarlos en alguna construcción doctrinal. Pero alguien tendrá algún día que dar cuenta de este deterioro del Estado de Derecho, sobre todo cuando además no se hayan conseguido con el «Derecho penal del enemigo» mejores efectos que con el «Derecho penal del ciudadano», es decir, el del Estado de Derecho, que seguramente tampoco es la mejor de todas las posibles. Pero deberá reconocerse que, a igualdad de efectos, el del Estado de Derecho ofrece más garantías y respeto por la dignidad humana y por las posibilidades de reinserción, de renuncia a la violencia, cambio y de esperanza en el cambio que podamos tener en el terrorista o en el enemigo, que la que simplemente lo considere como un objeto a vigilar y castigar, como un ser dañino que debe ser encerrado el mayor tiempo posible, incluso aunque sea por el resto de sus días, o simplemente eliminado físicamente como un alimán, como alguien que ni siquiera merece ser tratado como persona.

En lo que sí tiene razón Jakobs, es en poner de manifiesto la existencia real, y no meramente encubierta, de un «Derecho penal del enemigo» también en los Ordenamientos jurídicos de los Esta-

dos de Derecho. Pero la labor del penalista no debe quedarse, a mi juicio, en la mera constatación de su existencia, sino que debe analizar también su compatibilidad con los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y las Declaraciones Internacionales de Derechos humanos. El jurista no puede ser en estos casos, como pretende JAKOBS³⁶, un simple «mensajero» que se limita a transmitir malas noticias (por lo demás más que conocidas), o empaquetarlas, identificándolas y dándoles un nombre más o menos afortunado, sino que debe también analizarlas críticamente y comprobar su compatibilidad con determinados principios³⁷. Y ello no ya por razones ideológicas o políticas, sino por motivos estrictamente jurídicos, porque de lo que, en última instancia, se trata es de comprobar si ese «Derecho penal del enemigo» está o no en consonancia con el modelo jurídico constitucional del Estado de Derecho que constituye la seña de identidad de las sociedades democráticas actuales. Porque si bien es cierto que éstas, por ejemplo, no pueden bajar la guardia ante el terrorismo, en cualquiera de sus versiones de utilización de la violencia con finalidad política; o ante cualquiera de los otros graves problemas que constituyen una grave amenaza para su existencia, tampoco pueden, si quieren seguir manteniendo con dignidad tal nombre, renunciar a los principios y garantías que les son consustanciales y que constituyen la esencia de su propia forma de ser. Como tampoco se puede cerrar definitivamente las puertas a la reinserción social (entendida como no desocialización o como humanización del sistema punitivo), objetivo primordial, según el art. 25.2 de la Constitución española, de «las penas y medidas privativas de libertad», a ningún delincuente (incluido el terrorista), imponiendo penas de prisión perpetua o desproporcionadas en su duración e incompatibles con ese principio, o todavía peor: imponiendo la pena de

36 Es el propio Jakobs quien afirma que las críticas que se le hacen a su postura pretenden «matar al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje» (en Jakobs/Cancio, ob. cit., p. 15), colocándose así en una cómoda postura de «mensajero» que anuncia malas noticias, como si las mismas nada tuvieran que ver con su posición como jurista, o simplemente como ciudadano, y no tuviera nada más que decir al respecto. Desde luego, con mis críticas a su postura no pretendo matar a ningún mensajero, pero sí manifestar mi total discrepancia respecto a cualquier tipo de legitimación o simpatía hacia un «Derecho penal del enemigo», tenga ese a cualquier otro nombre, cuando no respeta derechos fundamentales e infrinja algún principio básico del Estado de Derecho.

37 Desde mis primeros trabajos, escritos en plena juventud y ante un «Derecho penal del enemigo» como fue el Derecho penal de la dictadura franquista, me ocupé de acentuar la función crítica que tiene también que llevar a cabo la Dogmática jurídica penal frente a normas penales claramente transgresoras de derechos fundamentales e incompatibles con el Estado de Derecho; véase, por ejemplo, mi trabajo *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, ed. Madlener/Paperfuss/Schöne, 1974, p. 309 ss.; también mi *Introducción al Derecho penal cit.*, p. 183 ss. No veo por qué debe renunciarse a esa función crítica en el Estado de Derecho, cuando, por las razones que sean, algunas de las normas penales emanadas del mismo no se corresponden con sus principios básicos. En todo caso, incluso por razones puramente lógicas, la coherencia con la identidad de un sistema obliga a revisar, criticar y corregir, las normas que devalúan o deterioran los principios básicos de ese sistema.

muerte. Igual que no se puede criminalizar ninguna ideología o discrepancia puramente política, por más que esté muy alejada de los patrones políticos o culturales dominantes en nuestras áreas de cultura jurídica y política, cuando están dentro del amplio espectro de la «freedom of speech»³⁸ o de la libertad de creencias y de expresión, reconocida en la Constitución española y de las Declaraciones internacionales de derechos humanos, siempre que se manifiesten pacíficamente y sin poner en peligro ningún bien jurídico de carácter fundamental.

La tarea del jurista, del político y del intelectual en el Estado de Derecho, y de la sociedad en su conjunto es, pues, la definición y catalogación de unos derechos humanos fundamentales que no puedan ser vulnerados en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, estableciendo un «discurso»³⁹ que tenga como objeto la determinación y garantía efectiva de esos derechos. Aún así siempre habrá quienes les nieguen valor limitante y considere que en determinados casos puede prescindirse de ellos y recurrir a remedios más enérgicos y expeditivos. Ejemplos de ello ha habido y desgraciadamente seguirá habiendo tanto a nivel nacional como internacional. Las guerras, civiles e internacionales, las dictaduras y las violaciones más brutales de los derechos humanos hacen su aparición de vez en cuando, aquí y allí, con tozudez histórica, pero los esfuerzos de la Comunidad internacional, con Declaraciones vinculantes para los Estados en pro del reconocimiento de un catálogo mínimo de derechos para todos los seres humanos, la creación de la Corte Penal Internacional

para sancionar los abusos más graves contra esos derechos, incluso en caso de guerra, y los Pactos y Convenios internacionales donde los mismos se reconocen, forman una plataforma jurídica a la que se puede recurrir para denunciar los abusos y violaciones de esos derechos que se puedan cometer empleando el Derecho penal o cualquier otro sistema de represión jurídica o parajurídica. Despreciar o ignorar estos controles o filtros, internos y/o internacionales, que como último bastión se pueden utilizar para sancionar esos abusos, es tanto como legitimarlos y dejar la puerta abierta a la ley del más fuerte, que declare como «enemigo» a todo el que, por las razones que sean, considere contrario a sus intereses, sea éste el «judío», el «musulmán», el «servio bosnio», el «comunista», el «tutsi», el «chiita», el «terrorista», o simplemente el vecino que discute la propiedad de un pedazo de tierra, o tiene una ideología o religión distintas, o pertenece a otra etnia, con distinto color de piel. Porque, como dice Agamben,

«la pregunta correcta con respecto a los horrores del campo (de concentración) no es, por consiguiente, aquella que requiere hipócritamente cómo fue posible cometer en ellos delitos tan atroces en relación con seres humanos; sería más honesto, y sobre todo más útil, indagar atentamente acerca de los procedimientos jurídicos y los dispositivos políticos que hicieron posible llegar a privar tan completamente de sus derechos y prerrogativas a unos seres humanos hasta el punto de que el realizar cualquier tipo de acción contra ellos no se considerara ya como un delito».

38 Sobre los límites que ofrece este derecho fundamental fuertemente arraigado en la doctrina constitucional americana, y que se invoca continuamente por la Corte Suprema norteamericana para resolver casos límite de discrepancias meramente ideológicas (negarse a saludar la bandera, quemarla o quemar las cartillas de reclutamiento, actos muy frecuentes en los campus universitarios norteamericanos en la década de los 60 para protestar por la intervención norteamericana en Vietnam), véase Fletcher; *Lealtad*, traducción de Leonardo Zaitbert, introducción de F. Muñoz Conde, Valencia 2001.

39 Sobre la «teoría del discurso» como construcción social de la realidad, cfr. Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*, traducción de Mario del Mar Díaz Pita y Francisco Muñoz Conde, Valencia 1999, p. 158 ss.