

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA IMPRONTA DEL TERRORISMO

DR. ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL

Profesor Titular de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Introducción.- Cabalgando a lomo de la primera década del siglo 21, que es para muchos el siglo de la globalización – por lo menos de la pobreza -, somos testigos de una *dialéctica de las contradicciones* que caracteriza a los sistemas penales en el país, en la región y en el mundo del ciberespacio y de la autopista de la información.

Por una parte seguimos alimentando la propuesta de un *discurso penal garantista* con asistencia plena de las garantías propias de un Estado de Derecho, cuyo mayor ícono doctrinario es para muchos el profesor LUIGI FERRAJOLI¹ y su desarrollo de las propuestas de un *derecho penal mínimo*, con respecto del que mencionábamos en el año 1988, “ *el derecho penal mínimo debe asomar como tutela de derechos fundamentales y la ley penal como la ley del mas débil. De acuerdo con lo antes expresado lo que se pretende es minimizar la violencia en la sociedad, porque tanto el delito como la venganza son razones construidas que se enfrentan en un conflicto violento resuelto por la fuerza, la fuerza del delincuente y la fuerza de la parte que se siente ofendida o lesionada. Si la venganza es incierta porque se llegare a abolir todo sistema punitivo, se institucionalizaría el abuso a través de la venganza incontrolada y sin parámetros reguladores de parte de la víctima del delito o de sus allegados*”².

El mismo profesor LUIGI FERRAJOLI nos recuerda “que el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena cualquiera que sea la forma en la que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo”³. Reseña que en la concepción de

¹ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid , 1997., 991 páginas.

² ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Derecho Penal y Criminología*. Offset Graba, Guayaquil , 1988, p. 62.

³ FERRAJOLI Luigi, en ob. cit. p. 21.

MONTESQUIEU y CONDORCET, el mas “terrible” y “odioso” de los poderes, es la potestad de juzgar y de castigar, porque es el que se ejerce de la manera mas violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma mas conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales.

Con una propuesta calificada como *minimalista* y necesaria para una convivencia social equilibrada, seguramente pensamos en la advertencia del profesor de Munich, CLAUS ROXIN, de que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho Penal, sino *también* del Derecho Penal. En expresiones del profesor ROXIN “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán”. Como instrumentos de protección que brinda el Estado hemos visto ya el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras.⁴

En la orilla opuesta nos encontramos con la consolidación de un *discurso de la emergencia* y la clara propuesta de un *derecho penal del enemigo*, aunque se advierte que derecho penal de la emergencia que se traduce en una propuesta de *derecho penal máximo* con un claro recorte de garantías constitucionales y procesales, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia, le damos este calificativo a partir de una de las publicaciones del profesor de la Universidad de Bonn, GUNTHER JAKOBS,⁵ mismo que nos advierte que esta construcción de un derecho penal del enemigo es la negación de un derecho penal del ciudadano. La sociedad de la post modernidad ha ido creando la figura del *enemigo*, como la de aquel sujeto que debe estar desprovisto de las garantías propias del Estado de Derecho, porque ya mediante su comportamiento individual o como parte de una organización criminal (nadie duda que vivimos la era de la tecnocriminalidad y de la delincuencia organizada trasnacional), abandona el Derecho de manera irreversible pues no se trata de un delincuente ocasional. Su comportamiento es de por sí un peligro sostenido y permanente con un perfil patológico de perversión irrecuperable. El paso del *ciudadano* (sujeto normal) al *enemigo* (sujeto anormal) se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente se integrará a verdaderas organizaciones delictivas de cuya estructura va a ser parte. Ante la dimensión de este perfil patológico de perversión y criminalidad debe surgir un ordenamiento jurídico especial, hoy denominado como *derecho penal del enemigo*, pero que a lo largo de la historia hemos visto como el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a los imputables peligrosos.

⁴ ROXIN Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003, p. 137.

⁵ JAKOBS Gunther, CANCIÓ MELIA Manuel *Derecho Penal del enemigo*, Thomson- Civitas, Madrid, 2003.

Pretendida legitimación del derecho penal del enemigo.- Nos encontramos con un derecho penal incluso de la anticipación a los hechos criminales, como una propuesta de protección penal, que va a conllevar un discurso de aumento de penas, la transformación de la legislación penal en un arma de lucha contra el enemigo, al que hay que enfrentar socavándole sus garantías procesales, desconociéndole hasta el derecho al reclamo mediante instituciones como las del *amparo de libertad*. El *derecho penal de la emergencia* termina por legitimar el abuso frente a lo que se considera una situación excepcional, que creada por el *enemigo* es castigada de inicio con la propia renuncia a sus garantías personales, como dice el profesor CARLOS PARMA, “la rapacidad fagocitadora típica de las culturas autoritarias, ponen como principal argumento, la emergencia para poder violentar derechos humanos”⁶ El recorte de garantías y beneficios de excarcelación se trasladan al propio derecho procesal penal, con la creación de institutos como la prisión preventiva no excarcelable ni sustituible frente a cierto tipo de delitos como los de criminalidad organizada, terrorismo, delincuencia macroeconómica, tráfico de drogas ilegales, pornografía infantil, etc., en estos casos se pretende encontrar su legitimación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial o futuro, la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros. Claro que sabemos anticipadamente que *no va a disminuir la tasa de criminalidad* no obstante la gigante maquinaria de demolición de garantías propias de un Estado de Derecho, pero esta es la propuesta retroalimentada a raíz de sucesos que conmovieron a la comunidad internacional como el atentado a la Torres Gemelas del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York, o el perpetrado el 11 de marzo del 2004 en Madrid.

Ante la aprobación del anteproyecto de ley orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que aprobó el Gobierno español, el profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE ⁷, catedrático de la Universidad de Sevilla, expresaba que este “constituye probablemente uno de los cambios mas espectaculares que se ha producido en la política penal española de los últimos cincuenta años. Ni siquiera en las épocas mas oscuras y duras de la dictadura franquista o en los años mas inseguros y difíciles de la transición democrática se llegó a proponer una prolongación de la duración de la pena de prisión a 40 años, y mucho menos a obligar que esos 40 años se tengan que cumplir íntegramente, sin ninguna posibilidad de reducción temporal a límites mas soportables humanamente y compatibles con la idea de reinserción social”. Una de las propuestas de este nuevo *derecho penal del enemigo* es que deja abierta la posibilidad de algún tratamiento de beneficio si hay alguna colaboración activa mas allá del arrepentimiento, exigiendo un cambio ideológico y hasta la *delación* de sus compañeros en actos de terrorismo, cuando se sabe que la figura del “arrepentido” tiene generalmente una repulsa incluso de parte de quienes no comparten la *ética* o la *moral* del terrorismo.

⁶ PARMA Carlos, en documento *El enemigo del derecho penal del enemigo*, 2.005, pág. 6

⁷ MUÑOZ CONDE Francisco, ¿*Hacia un derecho penal del enemigo?*, publicado en el País, el 15 de enero del 2003.

MUÑOZ CONDE nos recuerda que según JAKOBS, en *el derecho penal del enemigo*, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. El problema que plantea este derecho penal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del derecho penal del Estado de derecho, porque ¿dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?, ¿quien define al enemigo y como se lo define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley? Por nuestra parte agregamos que esta es una propuesta de *derecho penal de autor* pues se etiqueta al ciudadano como *enemigo* y luego se lo va a liquidar por su calidad de *enemigo* aunque no fuese responsable ya de ningún acto. El catedrático de Sevilla, MUÑOZ CONDE, expresa su preocupación porque este *derecho penal del enemigo* es una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho. Como dice LUIS GRACIA MARTIN, ya la propia expresión “Derecho penal del *enemigo*” lleva una fuerte carga ideológica y emocional, pues su solo pronunciamiento suscita prejuicios, agregando el catedrático de Zaragoza que “el debate sobre un derecho penal del enemigo, pues sólo puede plantearse y tiene sentido en relación con el Derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales y que depositan el poder en auténticos Estados de Derecho”⁸. Expresamos por nuestra parte, que en un Estado totalitario que es Estado de negación del derecho, sin duda su legislación será la mejor expresión del Derecho penal del *enemigo*, listo a acabar con sus opositores en defensa del abuso del poder y del autoritarismo.

El tema no es nuevo, el profesor CLAUS ROXIN al defender el fortalecimiento de un *derecho penal de acto* frente a los abusos de un *derecho penal de autor*, recuerda la ley de delincuentes habituales de 1933 en Alemania, atribuyéndole a MEZGER haber sostenido la “**culpabilidad por la conducción de la vida**” que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto, decisiva para la mayoría de los delitos, porque solo aquella parecía en condiciones de explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos como “pena”, es decir como respuesta a la culpabilidad⁹. En la pretendida legitimación de MEZGER de esta suerte de derecho penal autoritario, *la culpabilidad jurídico penal del autor no es solo culpabilidad por el hecho aislado, sino también su total culpabilidad por la conducción de su vida, que le ha hecho degenerar* (el subrayado es nuestro). Esa culpabilidad por la conducción de vida abarca toda la personalidad del autor, su haberse – hecho – así por llevar una vida equivocada, y en esa medida es una concepción propia del *derecho penal de autor*. Esas propuestas maximalistas se consolidan por las regulaciones del Derecho penal de guerra del régimen nazi, dictándose Ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo (5-9-1939) y contra

⁸ GRACIA MARTIN Luis, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”*, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP) 07-02 (2005), p. 4. <http://criminet.ugr.es/recpc>.

⁹ ROXIN Claus, en ob. cit. p. 180.

delinquentes violentos (5-12-1939), como recuerda ROXIN “los esfuerzos de la doctrina científica se encaminaron a restringir dichas leyes vagamente formuladas y con penas draconianas, sosteniendo que no debía someterse a las mismas todo aquel cuya conducta se hubiera podido subsumir en el tenor literal de dichos preceptos, sino que se exigía que solo se aplicaran los preceptos cuando el autor mediante su conducta se hubiera mostrado ` conforme a su ser` como un típico `sujeto nocivo para el pueblo` o un típico `delincuente habitual`”¹⁰.

Sostenemos que hay que evitar la presencia de un derecho penal autoritario y abusivo, pues sus efectos son de pronóstico reservado y conllevan un ejercicio abusivo del poder de definición que en un momento determinado tiene quien o quienes dirigen el Estado, que pueden liquidar a sus opositores con la manipulación de un *derecho penal de la emergencia*. Personalmente nos parece tan repudiable el abuso en las cárceles en Iraq que constituyeron una vergüenza para la humanidad por la ausencia del respeto mínimo a la persona y a su dignidad, como lo que ocurre con los presos en la base militar de Guantánamo que es *la cárcel del enemigo*, o lo que ocurre en las cárceles cubanas con los presos de conciencia, que son para el régimen de Fidel Castro el *enemigo*.

El profesor RAUL ZAFFARONI¹¹ hace importantes apuntes sobre el desarrollo del concepto de *peligrosidad* como argumento legitimante de los Estados de policía antimodernos, y las posiciones extremas en el nacionalsocialismo alemán más graves que las conocidas en el fascismo, “basado en la *comunidad del pueblo*, fundada sobre la *comunidad de sangre y suelo* – sostenida por el *mito de la raza* – las leyes nazis se proponían la defensa de la pureza racial frente a la contaminación de *filos genéticos inferiores*. Por ello la pena no tenía contenido preventivo, sino solo de defensa frente a cualquier delito, que era considerado ataque al pueblo alemán. Por ley de 1933 se penó el mero proyecto de algunos delitos; en 1935 se penaron por igual los atentados a jefes del partido que a los funcionarios; en 1936 se penaron las relaciones sexuales y los matrimonios *interraciales*; se diferenciaron las penas de muerte: fusilamiento para militares, decapitación con hacha para delinquentes comunes y horca (infamante) para los delitos políticos que eran juzgados por tribunales especiales (el *tribunal del pueblo* establecido en 1934). En 1933 se introdujo la esterilización como *medida de seguridad* y la castración para algunos delitos sexuales. En 1935 se eliminó el principio de legalidad con la consagración legal de la analogía en el artículo 2° del StGB -Código Penal alemán- por el siguiente texto: *Es punible el que comete un acto declarado punible por la ley, o que conforme a la idea fundamental de una ley penal y al sano sentimiento del pueblo, merece ser punido. Si ninguna ley penal es directamente aplicable al acto, el acto se pena conforme a la ley en que se aplique más ajustadamente a la idea fundamental*”. Esta es la más depurada expresión de un *derecho penal del enemigo* a partir del mito de la superioridad de la raza aria, con la que se pretendió legitimar todo el perverso holocausto.

¹⁰ ROXIN Claus, en ob. cit. p. 181-182.

¹¹ ZAFFARONI E. Raúl, *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 320.

Italia también ha vivido lo que el profesor LUIGI FERRAJOLI denomina el *subsistema penal de excepción* nacido por una cultura de la *emergencia* que seguramente se legitima por los embates del crimen organizado y del terrorismo, esto ha conllevado a un cambio de paradigma del sistema penal italiano durante los años setenta y ochenta y una acentuación de su discrepancia respecto del modelo de legalidad penal diseñado en la Constitución y heredado de la tradición liberal. Como dice el profesor citado, “no comprenderíamos, sin embargo, la naturaleza de este fenómeno si no identificáramos sus raíces en la legislación de excepción y en la jurisdicción no menos excepcional que en estos mismo años han alterado tanto las fuentes de legitimación política del derecho penal como sus principios inspiradores. La cultura de la emergencia y la práctica de la excepción, incluso antes de las transformaciones legislativas son responsables de una involución de nuestro ordenamiento punitivo que se ha expresado en la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal premoderna, además de la recepción en la actividad judicial de técnicas inquisitivas y de métodos de intervención que son típicos de la actividad de policía”.¹²

La finalidad de la cárcel como derecho penal del enemigo.- Si nos formulamos una gran pregunta, para que sirve la cárcel? Vamos a convenir en que “no sabemos para que sirve”, o que tal vez, “sabemos para que no sirve”, porque la misma no rehabilita, no reeduca y no resocializa, y este no es el fúnebre privilegio de una cárcel de la periferia, pues la cárcel en general es una verdadera maquinaria de demolición de la personalidad, y aunque suene a una utopía durante muchos años venimos escuchando que “la mejor cárcel es la que no existe” como dijera la doctora Lolita Aniyar de Castro, destacada criminóloga venezolana. Pero la verdad es que tenemos cárcel para mucho rato y por mucho tiempo. Entonces no nos queda otra vía posible que mejorarla, pues la pena que se termina pagando en la cárcel, en las condiciones que se cumple, no tiene ninguna finalidad de prevención especial porque no reeduca al reo o ninguna finalidad de prevención general por la intimidación, aunque no estoy tan seguro porque la cárcel es un verdadero infierno o “expreso de medianoche”.

De lo que si estoy seguro es que la pena y la cárcel, son la más depurada expresión de un acto de venganza oficial del Estado contra el interno, de manera que apreciada así es la consolidación de retribución pura. El discurso perverso de su cumplimiento y ejecución, NO nos permite pensar en otra respuesta que en un acto de venganza y de retribución o compensación por el mal causado. No puede seguirse desconociendo el rol de la cárcel como medio idóneo y eficaz de un conjunto de estrategias que conocemos como *control social*, de manera que la cárcel al igual que la pena cumple también una propuesta instrumental que aunque deslegitimada por las contradicciones entre las funciones declaradas y las conseguidas, es funcional para los fines que subyacen en su ideología.¹³

¹² FERRAJOLI Luigi, en ob. cit. p. 807.

¹³ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, . Offset Graba, Guayaquil, 1996, p. 175-176.

Sin pecar de siniestros, recordemos que en el Art. 45 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social del Ecuador ¹⁴, está consagrada la pena de muerte bajo una forma modal de ejecución extra judicial, pues este artículo dice: “**Justificación del uso de armas.-** No cometen infracción los funcionarios, empleados y guías encargados de la custodia de los internos, dentro o fuera de los centros de rehabilitación social, si, para mantener dicha custodia, tienen necesidad de hacer uso de sus armas, sea para sofocar amotinamientos, recapturar prófugos o contener y evitar fugas, siempre que no tengan otro medio idóneo para impedir tales hechos” . En la práctica puede darse el caso de una ejecución sumaria de un interno que se fugue de un centro carcelario, y sin estar en un caso de legítima defensa personal, podría el guía o custodio dispararle por la espalda y aunque esto en teoría sería una forma modal de asesinato por el actuar con alevosía y ventaja, esa conducta estaría legitimada, por la disposición del Código de Ejecución de Penas... no obstante que la fuga o evasión *per se*, no constituye infracción punible de parte del interno que se evade! Esa grave contradicción aun no ha sido superada, y reafirma la vigencia de un *derecho penal del enemigo*, en la legislación penitenciaria ecuatoriana.

La desaparición forzada de personas.- No es práctica frecuente en Ecuador la desaparición forzada de personas, como ocurre en otros países por acción de las fuerzas de seguridad. Sobre la detención - desaparición en América Latina, debemos recordar el trabajo de la profesora (+) ROSA DEL OLMO en el encuentro de Criminología Crítica que se cumpliera en la Universidad de Medellín en 1984 con ocasión del **I Seminario de Criminología Crítica**, en que recoge la información de 90.000 casos referidos a los últimos 20 años¹⁵, que forma parte de la estrategia reconocida como “sucia guerra contra la subversión” en palabras del General Videla de ingrata recordación para la República Argentina, en donde el crimen de desaparición se estimó en 30.000 víctimas de la guerra sucia, que era una suerte de *derecho penal del enemigo* con ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada de personas.

En palabras de la profesora DEL OLMO, “la detención - desaparición se basa en un secuestro hecho por los organismos de seguridad del Estado, generalmente actuando en forma de grupos paramilitares, donde la víctima `desaparece`, las autoridades no aceptan ninguna responsabilidad del hecho ni dan cuenta de la víctima, donde los *habeas corpus* o recursos de amparo son inoperantes, y donde en todo momento los victimarios procuran mantener el anonimato”. Los informes anuales de *Amnistía Internacional* reseñan algunos casos de personas desaparecidas en Ecuador que no son muchas, tal vez el mas significativo es el de los hermanos Restrepo Arismendi, menores de edad de nacionalidad colombiana que fueron secuestrados por efectivos policiales y desaparecidos hace mas de 15 años, por cuya desaparición calificada como Crimen de Estado resultaron condenados algunos de los presuntos

¹⁴ Cf. Ley 95, de 1982.

¹⁵ DEL OLMO Rosa, *La detención – desaparición en América Latina: ¿ crimen o castigo?*, en Criminología Crítica, I Seminario, Medellín, Colombia, 1985. p. 37-62.

culpables, incluyendo a un alto jefe policial, y actualmente se debate la desaparición de personas en el caso FYBECA que seguramente llegará a Tribunales internacionales.

Las reflexiones del profesor Günther Jakobs.- En su aporte reciente sobre el tema, el catedrático emérito JAKOBS nos comenta sobre el *derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Su importante aporte nos lleva a pensar de inicio en la *teoría de la pena* y desde la *teoría de la prevención general positiva*. Mas allá de reconocer que la pena es coacción y consecuencia por el ataque a la vigencia de la norma, no se puede negar que produce “una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de la libertad” pues el sujeto preso no podrá cometer delitos fuera del recinto penitenciario¹⁶. En tales circunstancias la pena funciona también como medida de aseguramiento que se dirige no en contra de la persona en derecho sino en contra del *individuo peligroso*. Esto quizás se advierte mejor si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad¹⁷, con lo cual se empieza a desarrollar una especie de prevención futura por hechos potencialmente peligrosos, por la tendencia a cometer hechos delictivos de considerable peligrosidad, ante lo que deviene necesario la imposición de una medida de seguridad. Se estaría luchando contra un peligro utilizando no el *derecho penal del ciudadano* sino un *derecho penal del enemigo*.

El profesor JAKOBS expresa que por *Derecho* se denomina al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y obligaciones, en tanto que la relación con un *enemigo* no se determina por el derecho sino por la coacción. Recordando que de acuerdo con KANT todo derecho se vincula a la autorización para emplear coacción y la coacción mas intensa sin duda es la que ofrece el Derecho Penal, se podría así argumentar que cualquier pena y hasta la legítima defensa se dirige contra un *enemigo*. Para mantener la legitimidad de tal afirmación recurre a otros destacados filósofos que resaltan la relación entre el individuo o el ciudadano y el Estado a través del contrato social, mismo que se vulnera cuando el delincuente infringe el contrato, y como deja de vivir con los demás dentro de una relación jurídica, recuerda que ROSSEAU afirmaba que cualquier malhechor que ataque al “derecho social”, deja de ser “miembro” del Estado porque se declara en guerra con éste, y consecuentemente “ al culpable se le hace morir mas como enemigo que como ciudadano”¹⁸. Cuando el individuo abandona el contrato que ha adquirido como ciudadano y como ser humano pasa a una ausencia completa de derecho, como expresara FICHTE, otros de los filósofos que cita JAKOBS, para quien se construye un contrato de penitencia, salvo en el caso de los delitos atroces en que se mantiene la privación de derechos, y hasta la ejecución del criminal, tiene que verse no como una pena sino sólo como un instrumento de seguridad. Apreciamos que el ciudadano con facilidad se convierte en *enemigo* y en esa definición pierde todos sus derechos.

¹⁶ ¹⁶ JAKOBS Gunther , CANCIO MELIA Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson- Civitas, Madrid, 2003. p.23.

¹⁷ JAKOBS Gunther, en ob. cit. p. 24.

¹⁸ JAKOBS Gunther, en ob. Cit. p. 26-27.

Habría que plantearse si el ordenamiento jurídico debe o no mantener dentro del llamado Derecho también al criminal, tanto si aceptamos que el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, para lo cual es imprescindible que no pierda su *status* de ciudadano y de persona, como para que cumpla con reparar el agravio inferido. Si es expulsado de la sociedad – o si se despide por su hecho – quedaría relevado del cumplimiento de sus deberes. Otro filósofo del contrato social como HOBBS, se refería a un *contrato de sumisión*, junto al cual aparece en igualdad de derecho la sumisión por medio de la violencia. En principio HOBBS deja al delincuente en su rol de ciudadano, sin embargo la situación cambia cuando se trata de una alta traición pues aquí se va a producir una rescisión de la sumisión, lo que equivaldría a una recaída en el estado de naturaleza, por lo que ya no cabe un castigo como súbdito sino como *enemigo* para todos los que incurran en tal delito.

JAKOBS recuerda que para ROSSEAU y FICHTE todo delincuente es *de por sí* un enemigo, para HOBBS al menos el reo de alta traición, en tanto que para KANT toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana¹⁹, y si se presenta el caso de que el individuo no se deja obligar, me amenaza constantemente, y si persiste en no entrar conmigo en un estado comunitario-legal debe abandonar mi vecindad. Ya no se lo puede mas tratar como persona y como dice el mismo KANT se lo puede tratar “como un enemigo”. HOBBS igualmente despersonaliza al reo de alta traición pues éste niega por principio la constitución existente, de manera que tanto HOBBS como KANT reconocen en principio un derecho penal del ciudadano para quienes no delinquen de modo persistente, y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio, el mismo que pierde el *status* de persona por su conducta persistentemente desviada. Nos vamos a encontrar con que el Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que refiere al criminal - que no fuese contumaz - que seguiría teniendo el concepto de persona, pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido porque el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a los reincidentes, surgiendo la custodia de seguridad como una institución jurídica. Se termina por reconocer el derecho de los ciudadanos a reclamar al Estado que tome las medidas adecuadas, porque tienen un derecho a la seguridad. *El derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.* Esta coacción puede quedar limitada en dos circunstancias, en la una, el Estado no debe excluir al enemigo de todos los derechos, que si bien queda sometido a la custodia de seguridad, sigue conservando la calidad de propietario de cosas, en la otra, es conveniente no cerrar la puerta para un posterior acuerdo de paz. *El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo combate peligros.*²⁰

HOBBS, reconoce a todos los seres humanos un *ius naturale* en el estado de naturaleza, en el que no existe aún una *obligatio*, es decir ejerce una libertad

¹⁹ Cf. JAKOBS, ob. cit. p. 29-30.

²⁰ Cf. JAKOBS, ob. cit. p. 33.

que no tiene límites normativos, sino únicamente circunscrita por la violencia física de cada individuo, de hacer y dejar de hacer lo que se quiera con tal de que se pueda. Esto nos lleva a reconocer que los delitos solo son posibles en una comunidad ordenada en el Estado, de la misma manera que lo negativo sólo puede ser determinado si previamente se define lo que es positivo. En ocasiones el delito aparece como un desliz reparable y en otras se tiene la percepción de que es irreparable. KANT proponía que cualquier persona puede obligar a otra a entrar en una constitución ciudadana, aún más vamos a encontrar reglas del Derecho penal que ante una defraudación duradera de la confianza ciudadana, hace que se deje de tratar al delincuente como ciudadano para empezar a tratarlo como enemigo, llegando a negarle su calidad de persona o sujeto de derechos. Esto es fácilmente perceptible en los casos de criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada como en el tráfico de personas, de prostitución y pornografía infantil – juvenil, y otro tipo de infracciones penales calificadas como “peligrosas”, en donde tiene carta de ciudadanía el tráfico o comercio de sustancias tóxicas ilegales o prohibidas.

Ante estas manifestaciones que son sin duda de macro-criminalidad, ya desde la incorporación a una organización delictiva (terrorismo, criminalidad organizada y hasta en la conspiración para delinquir) hay un apartamiento de los derechos que le asisten al ciudadano como persona. La propuesta se dirige no a la compensación de un daño para mantener la vigencia de la norma, sino la de eliminar un peligro que se hace efectiva mediante la *eliminación de un enemigo* por eso la punibilidad se retrotrae al ámbito de la preparación y no al de la ejecución – con lo cual se rompe la punibilidad que estudiamos en el proceso del *iter criminis* -, y además busca el aseguramiento frente a hechos futuros y no frente a sucesos ya producidos ²¹. Habría que pensar con KANT en que un individuo que no admite entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios que son inherentes a la persona. El estado de naturaleza está ausente de normas y por ende quien gana la guerra es quien determina lo que es o no norma, y el que pierde debe someterse a lo que determine el ganador. A raíz de los sucesos del 11 de septiembre del 2001 hay una redefinición del concepto del terrorismo y del terrorista, a quien se empieza a mirar como el que rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y pretende la destrucción de ese orden. La honda expansiva de la punibilidad pretende la aplicación extraterritorial y hasta universal de la ley penal por parte de cualquier Estado que declare que tales actos son delitos. Cuestionando esta propuesta expansiva GRACIA MARTIN, dice que los *enemigos* son definidos como diferentes a los ciudadanos, “las actividades y la ocupación profesional de tales individuos no tienen lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquellas son más bien la expresión y el exponente de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del Derecho y que está dedicada a actividades inequívocamente `delictivas`”²², refiriéndose como tales a las organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc.

²¹ Cf. JAKOBS, ob. cit. p. 40.

²² GRACIA MARTIN, en op. cit. p. 6.

El prof. JAKOBS dice que quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos “guerra” y “proceso penal”, y que quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho – reacción frente a hechos exteriorizados y no frente a los actos preparatorios, respeto a los derechos del sujeto en el proceso penal – debería llamar de otra manera a aquello que hay que hacer contra los terroristas, por lo que es más propio llamar Derecho penal del enemigo²³. Nosotros recordamos que se habla también de un derecho penal de la *emergencia* y de un sistema policial de “tolerancia cero”, y que en tales circunstancias se produce un uso instrumental del derecho, que además cumple el rol simbólico de la *guerra contra el enemigo*. A este enemigo se lo va a combatir por su peligrosidad, es así diferente el trato al homicida a quien se va a penar por lo que ha realizado en tanto que al cabecilla de una asociación terrorista se lo pena por el solo hecho de ser parte de la organización, es decir antes de la comisión de un hecho realmente delictivo. En la expresión del mismo JAKOBS, materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada a la que se denomina “pena” (sic).

Este trato diferenciado se irradia al mismo proceso penal, donde la calidad que se le reconoce al imputado de “sujeto procesal” y por ende sujeto de garantías del debido proceso como las de la tutela efectiva, asistencia legal, inviolabilidad de la defensa, incoercibilidad, derecho al contradictorio, a la práctica de pruebas, a que se le reconozca su calidad constitucional de inocente, aparece contradicha cuando adquiere el estigma de *enemigo*. Al parecer las teorías del etiquetamiento y del estigma que las estudiamos en las corrientes criminológicas modernas tienen aquí plena aceptación, de manera que la primera respuesta es el encarcelamiento y la prisión preventiva inmotivada y prolongada, pues por la calidad de *enemigo* se le niega el derecho a una defensa efectiva. Se pueden producir situaciones de abuso y compelimiento, como la coacción física y/o psicológica previa para las extracciones de sangre, la interceptación de las telecomunicaciones, intervención de agentes encubiertos. Como expresa JAKOBS, “al igual que en el derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado va aboliendo derechos de modo jurídicamente ordenado”²⁴. Esto es más grave cuando se trata de casos calificados como de terrorismo, en que se utiliza la incomunicación, la dificultad de acceso con su defensor, esto se pone en mayor evidencia a raíz del 11 de septiembre del 2001 en que se produce una verdadera declaratoria de guerra y se empieza a aplicar un procedimiento de guerra. El objetivo busca la cooperación internacional para destruir las fuentes de los terroristas, en ocasiones tomarlos presos, y hasta llegar a matarlos aunque para ello se sacrifiquen vidas inocentes de terceros, homicidio al que con eufemismo se lo califica como *daño colateral*. Se ha dado paso a una verdadera guerra para perseguir a los delitos y para ejecutar a los delincuentes en razón de ser *el enemigo*.

²³ Cf. JAKOBS, ob. cit. p. 42-43.

²⁴ Cf. JAKOBS, ob. cit. p. 45.

Hay que estar prevenidos en los procesos de legislación para evitar que bajo el concepto de protección de la *seguridad pública* o del reclamo por una mejor *seguridad ciudadana* se produzca una verdadera punición de actos preparatorios, lo que lleva a penar las conductas planeada aunque no ejecutada, por lo que no se sanciona un daño a la norma sino un eventual hecho futuro, es decir el peligro de daños futuros, rasgo propio del Derecho penal del enemigo²⁵. El problema no termina solo con el llamado combate contra el terrorismo con esta estrategia, sino que se va a irradiar a la planificación de *cualquier* delito, caso en el que el resultado es mas dañino para el Estado de Derecho, y como dice JAKOBS, una gran parte del Derecho penal del ciudadano se entremezcla con el Derecho penal del *enemigo*. Se corre el riesgo incluso de quedarnos con declaraciones de respeto a los derechos humanos de reconocimiento universal, sin un respeto real y efectivo, porque aunque establecidos no se encuentran adecuadamente asegurados. Son interminables los casos comprobados de violaciones de derechos humanos y esto ocurre en muchas ocasiones mediante la utilización de un Derecho penal del enemigo cuyo velo de hipocresía debe ser puesto al descubierto. Ya conocemos en estos días, la respuesta oficial frente a las denuncias fundamentadas que ha realizado Amnistía Internacional, contra la política oficial de EE. UU. en el trato a los presos calificados como *enemigos de guerra*, y las condiciones infrahumanas en que se encuentran en cautiverio, como ocurre con los presos calificados como *terroristas* y por ende como *enemigos* que se encuentran en las cárceles de Guantánamo o de Irak.

De la importante recensión que hace el profesor JAKOBS²⁶ a uno de los temas centrales de la política criminal del Siglo XXI, debemos mencionar que en el Derecho penal del ciudadano la función declarada es la de la *corrección*, en tanto que en el Derecho penal del enemigo es la *eliminación de un peligro*. En el Derecho natural de argumentación contractual, todo delincuente es un *enemigo* como dicen ROSSEAU y FICHTE, pero es preferible mantener el status de ciudadano para aquellos que según HOBBS y KANT, *no se desvían por principio*. Quien por principio se conduce de modo desviado sin garantía de un adecuado comportamiento, debe ser tratado y combatido como *enemigo*, en esta circunstancia hay un reclamo ciudadano por su derecho a la seguridad, y a la postre el *enemigo* es excluido. Este trato diferenciado se irradia incluso al campo del derecho sustantivo en donde se va a producir un recorte de garantías constitucionales y procesales, que son características de un Estado de derecho y de un Derecho del ciudadano. Un Derecho penal del enemigo delimitado es menos peligroso, que mezclar en un todo un Derecho Penal del ciudadano con un Derecho penal del enemigo. La búsqueda de un sistema de cooperación internacional y hasta de justicia universal para entronizar un Derecho penal del enemigo, llega en más de una ocasión a vulneración de derechos humanos.

Dónde ubicar este fenómeno emergente del Derecho penal del enemigo, dentro de esa gran construcción que es la teoría del Derecho penal es el punto a dilucidar? En las consecuencias político- criminales van a estar las diferencias, pues o se

²⁵ Cf. JAKOBS, ob. cit. p. 50.

²⁶ Cf. JAKOBS, ob. cit. p. 55-56.

integra este fenómeno dentro de la estructura del ordenamiento jurídico ordinario, o se lo expulsa del Derecho penal ordinario (el Derecho penal del ciudadano) para darle residencia propia es un Derecho penal de la *emergencia* que acude incluso a un proceso penal de excepción. Probablemente en nuestra región y me refiero a América Latina, el ejemplo lo han proporcionado en su momento tanto Perú, para el juzgamiento de la cúpula de la guerrilla maoísta de Sendero Luminoso, con un régimen penal de excepción y jueces sin rostro, y Colombia con un conflicto interno que deja de ser de baja intensidad, pero al que se lo pretende combatir igualmente con un Derecho penal del enemigo. En el caso peruano, el reclamo oficial de EE.UU. se produjo con ocasión del juzgamiento breve y sumario y sin respetar garantías propias de un Estado de derecho y de un Derecho penal del ciudadano, de una norteamericana de profesión periodista a la que se vinculó con la guerrilla de Sendero Luminoso. Como dice CARLOS PARMA “el derecho penal de la emergencia es siempre anti-liberal y anti garantista, contrariamente al derecho penal propio del Estado de derecho que es esencialmente liberal y garantista, (al igual que el derecho internacional humanitario)”.²⁷

El aporte del profesor Manuel Canció Meliá.- El profesor de la Universidad Autónoma de Madrid empieza por recordarnos que la reintroducción macabra de este “Derecho Penal del enemigo” es consecuencia principalmente de los acontecimientos del 11 de septiembre del 2001²⁸. Su propuesta se dirige a examinar este concepto para encontrar su significado para la teoría del Derecho Penal y evaluar sus aplicaciones desde la política- criminal, para esto propone esbozar la situación global de la política criminal en el momento actual, para luego abordar el contenido y la relevancia del concepto de Derecho penal del enemigo.. Como Derecho positivo, este Derecho penal del enemigo, forma parte nominalmente del sistema jurídico-penal real, afirmando que “Derecho penal del ciudadano” es un pleonasma, y “Derecho penal del enemigo”, una contradicción en los términos.²⁹

Al referirse al estado actual de la política-criminal, considera que esta puede resumirse utilizando el concepto del profesor JESÚS- MARIA SILVA SANCHEZ, de la Universidad Pompeu Fabra, que caracteriza a política criminal de las sociedades postindustriales, como la “expansión” del Derecho penal.. Esto se corrobora por la honda expansiva que caracteriza las nuevas formas de criminalidad que se van incorporando a los cuerpos normativos penales, que llega en ocasiones a la propuesta de verdaderos cuerpos legales calificados como antiterroristas, con supuestos de criminalización de actos preparatorios, y lesiones a bienes jurídicos con penalizaciones excesivamente rigurosas. CANCIÓ MELIÁ califica tal postura como de un “Derecho penal de la puesta en riesgo”, de características antiliberales. Esta evolución político-criminal y su honda expansiva, se resume en dos fenómenos: a) el derecho penal simbólico, y, b) el resurgir del punitivismo. Tanto la evolución simbólica como el aumento de la punibilidad constituyen el linaje del Derecho penal del

²⁷ Cf. PARMA Carlos, en op. cit. p. 7.

²⁸ Cf. CANCIÓ MELIÁ, en ob. cit. p. 60.

²⁹ Cf. CANCIÓ MELIÁ, en ob. cit. p. 61.

enemigo³⁰. Hay que estar precavidos de entender bien que el concepto de “simbólico” no elude el convencimiento de la dureza “muy real y nada simbólica” de las experiencias que sufre quien es sometido a un sistema penal “duro”. Sin duda, tanto por la dureza como por las condiciones en que es cumplida, la pena me parece en este caso un acto de venganza y la imposición de un daño concreto que tiene poco de “simbólico”. En casos como este, en lo personal no encuentro legitimación en los predicados de la prevención general o especial, y la única explicación - no justificación - debemos encontrarla en la ideología de la retribución. Como bien expresa CANCIÓ MELIÁ, cuando se usa en sentido crítico el concepto de Derecho penal simbólico, hacemos referencia a que “determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y bien decidido”, agregando que el Derecho penal simbólico tiene su descendiente, que es el Derecho penal del enemigo.³¹

La expansión no se limita a incrementar los tipos penales de la parte especial para amplificar el radio de aprehensión del Código Penal, sino que se completa incrementando las escalas punitivas, con lo cual se destruyen los movimientos de reformas en la línea de un *Derecho penal mínimo*. Grave resulta comprobar que en esta tendencia, no sólo participan los denominados sectores de la derecha sino inclusive los calificados como de izquierda o progresistas, esto se produce porque el discurso de *ley y orden* es redituable políticamente, es el de menor esfuerzo y el de mayor aceptación ciudadana. Resulta claro que no se pueden separar punibilidad y derecho penal simbólico, debiendo tener presente el rédito político que produce un uso instrumental de esta propuesta de derecho penal simbólico, que es una propuesta que permite incluso seguir manteniendo el ejercicio del poder político.

En la opinión de JAKOBS,³² el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: a.- Hay un adelantamiento de la pena a estadios previos a la comisión del delito, que ni siquiera están en el plano de la tentativa sino de los actos preparatorios, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva porque toma como punto de referencia un hecho futuro, en lugar de ser retrospectiva que es lo normal, es decir referida a un hecho pasado o cometido. b.- Las penas son desproporcionadamente altas en esos estadios previos. c.- Las garantías procesales son recortadas y hasta suprimidas. El catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, JESUS- MARÍA SILVA SANCHEZ³³, ha incorporado el fenómeno del Derecho penal del enemigo a su propia visión político-criminal. En el marco del ordenamiento jurídico penal actual se diferencian dos *velocidades*. La primera *velocidad* se refiere al Derecho penal en el que se siguen imponiendo penas privativa del derecho a la libertad como ha sido tradicional, aquí se mantienen vigentes los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos (como los del debido proceso). La segunda *velocidad* está constituida por aquellas infracciones en las

³⁰ Cf. CANCIÓ MELIÁ, en ob. cit. p. 65.

³¹ Cf. CANCIÓ MELIÁ, en ob. cit. p. 68.

³² Cf. CANCIÓ MELIÁ, en ob. cit. p. 79- 81.

³³ Cf. CANCIÓ MELIÁ, en ob. cit. p- 82-83.

que se imponen penas pecuniarias o restrictivas de determinados derechos (sanciones de inhabilitación, de suspensión, de clausura, de inhabilitación), las propuesta de un derecho penal administrativo se vienen discutiendo. Frente a estos planteamientos, el Derecho penal del enemigo se presenta como la tercera *velocidad*, en el que van a coexistir la imposición de penas privativas de la libertad, y la aplicación negativa de los principios político- criminales y las reglas de imputación, porque se llegan a penalizar los estadios previos y a recortar garantías procesales.

GRACIA MARTIN, coincide en identificar las regulaciones típicas de un Derecho penal del *enemigo*, sintetizadas en: 1) la anticipación de la punibilidad a actos *preparatorios* de hechos futuros, como podría ser la sola pertenencia a una organización criminal como en el caso del terrorismo; 2) desproporcionalidad de las penas, con la imposición de penas sumamente altas para actos *preparatorios* o de tentativa, en comparación con delitos consumados, llegándose a agravaciones desmesuradas por la sola pertenencia a una organización calificada como delictiva; 3) recuerda que hay la tendencia reconocida por el propio JAKOBS, de llamar a esta legislación como “leyes de lucha , o de combate” , lo cual representaría “pasar de una legislación penal a una legislación de combate” ; 4) que hay una restricción de garantías y derechos *procesales* de los imputados, cuestionándose la presunción de inocencia, dando paso a la licitud de la prueba prohibida, ampliándose plazos para la detención policial, la interceptación de las comunicaciones sin resguardo alguno y hasta la legitimación de la tortura; y, 5) se producen regulaciones en el Derecho *penitenciario* que significan recorte de determinados beneficios, desde los que tienen que ver con la clasificación y ubicación de los internos, hasta las posibilidades de excarcelación anticipada.³⁴

Este Derecho penal del enemigo, es una herramienta de mercadotecnia utilizada hábilmente por los agentes políticos y sus secuaces, que termina conduciéndonos a un nuevo derecho penal de autor en pleno siglo 21, pues se busca identificar y definir previamente al *enemigo* a quien se debe destruir incluso por sus pensamientos, lo cual hace surgir la incompatibilidad del derecho penal del enemigo con el principio del hecho³⁵, vale decir con un derecho penal de acto.

Debemos preguntarnos si esta gran *cruzada* contra el *enemigo*, ha destruido al enemigo o al menos limitado su escalada de crecimiento?

Las reflexiones del prof. Luigi Ferrajoli.- El profesor de la Universidad de Camerino en un discurso premonitorio³⁶, empieza por preguntar ¿que ha cambiado a partir del 11 de septiembre?, para luego afirmar, “es difícil negar la absoluta insensatez de esta guerra. Si la guerra tenía como fin golpear a Bin Laden y a su red terrorista, entonces no solo ha fracasado, sino que ha producido como era del todo

³⁴ GRACIA MARTIN, en op. cit. p. 10-11.

³⁵ Cf. CANCIÓ MELIÁ, en ob. cit. p. 100.

³⁶ FERRAJOLI Luigi, *Las razones del pacifismo*, publicado en Revista Jueces para la Democracia, No. 50, 06/10/2004.

previsible, efectos exactamente opuestos: la popularidad de Bin Laden y se las sectas fundamentalistas crece entre las masas islámicas; la situación del medio oriente desde Pakistán a Israel es mas explosiva que nunca; la inseguridad del mundo y los peligros de nuevas agresiones por parte de las organizaciones terroristas se hacen cada día mas graves y alarmantes”. Coincidimos en que la agresión terrorista requiere de una adecuada respuesta, que no ha sido precisamente la guerra de ocupación en contra de Irak, pues ésta ha demostrado que no ha sido el mejor método para capturar a los terroristas, sino que por el contrario, los ha reforzado. Sucesos como los del 11 de septiembre han sido masacres horrendas que han conmocionado e indignado a toda la conciencia del mundo civilizado. Al final debemos reconocer que los actos terroristas han puesto en crisis la ilusión de la seguridad y de la invulnerabilidad de nuestro mundo. Empezamos a vivir la era del *miedo* frente a un enemigo que nos ha vuelto invisible, y que a ratos se puede materializar en un monstruo que hace explotar un avión, o que utiliza armas químicas o bacteriológicas, que al mismo tiempo que son previsible son al mismo tiempo no susceptibles de prevención.

Una visión holística del fenómeno del terrorismo, explica el fracaso de la guerra emprendida, y que no es cierto que para gobernarlo en un ambiente de paz, es suficiente la aparente superioridad militar y geopolítica de Estados Unidos o de la OTAN. Hay que reconocer que los atentados terroristas nos dejan un importante mensaje, ya no cabe separación entre “ política interior” y “política exterior”, pues la única política racional es la que propone JÜRGEN HABERMAS como “*política interior del mundo*”, sobre todo en lo que respecta a la seguridad frente al terrorismo, debiendo acudir a medidas represivas y preventivas idóneas para enfrentar el terrorismo, pues la seguridad en el mundo es indivisible y la inseguridad es tan global como el mercado y la economía. No hay que olvidar que hay un componente de odios y conflictos que son también factores desencadenantes de la inseguridad, y cuyas causas es necesario entender y remover, lo cual demanda una política interior del mundo, para afrontar los otros problemas vitales del planeta: la pobreza, el hambre, las enfermedades y las guerras que afligen a mas de la mitad del género humano y después los problemas de la protección del ambiente, la criminalidad internacional y la producción y el comercio de las armas(sic).³⁷

Ha sido equivocado responder al terrorismo como un acto de guerra, como en el caso Pearl Harbor, cuando debe ser interpretado como un crimen contra la humanidad, que demanda tanto la captura y sanción de los culpables como el descubrimiento y la difícil neutralización de la compleja y ramificada red de la organización criminal. La única respuesta sigue siendo la inmoralidad de una guerra, en la que los países mas ricos del planeta siguen bombardeando y poniendo en fuga a millones de desesperados hambrientos, que como lo prevé la Oficina de refugiados de la ONU, están condenados a morir de hambre y de frío. Debe operar urgentemente una verdadera policía planetaria, que en solidaridad con los países afectados y en rechazo a los sucesos del 11 de septiembre del 2001, del 11 de marzo del 2004 y del reciente del 7 de julio del 2005, permita la movilización de las policías y de los servicios

³⁷ FERRAJOLI Luigi, en op. cit.

secretos de decenas de países, con el objeto de lograr la captura de los culpables y la identificación de la red de sus secuaces, sin el clamor y la espectacularidad de la guerra, sino al contrario, con los métodos bastante mas eficaces del secreto y la coordinación de las investigaciones, el uso de los arrepentidos, la reconstrucción del mapa completo de las organizaciones terroristas, su aislamiento político y su división interna, y obviamente con un empleo de la fuerza dirigido a desarmar a sus componentes, una vez identificados, y a ponerlos a disposición de la justicia³⁸. La guerra solo ha agravado los problemas que pretendía resolver, pues la respuesta ha sido la del fundamentalismo exacerbado, elevando al terrorismo a la categoría de Estado beligerante, con lo cual crímenes horrendos empiezan a ser parte de una guerra santa, en la que Bin Laden aparece a los ojos de millones de musulmanes, como un jefe político, y su banda de asesinos como la vanguardia de una masa de millones de fanáticos.

FERRAJOLI expresa que hay que negarle a los terroristas el estatuto de “beligerantes” y confinarlos en el de “criminales”, calificando sus agresiones no de actos de guerra sino de crímenes contra la humanidad. Debe respetarse el papel del derecho como factor de paz y de civilización, instrumento efectivo del tránsito del estado de guerra al estado de derecho, de la sociedad salvaje a la sociedad civil. A continuación dice “recuérdese que en Italia, hace mas de veinte años, en la etapa del terrorismo, todos – derecha e izquierda, críticos y defensores de las leyes de emergencia, partidarios y adversarios de la negociación con los terroristas- concordamos en negarles el estatuto de `combatientes` y, por esto, en el rechazo de la lógica de guerra que ellos querían imponer a nuestro país. Fue la distinción entre derecho y guerra, entre pena y represalia bélica y, por tanto, el rechazo de cualquier simetría entre terrorismo y respuesta institucional, lo que permitió aislar a los terroristas y finalmente vencerlos”.³⁹

En la continuación de esta *crónica de terrorismo anunciado* el 7 de julio del 2005 se produce un grave y repudiable acto terrorista en Londres cuyos, primeros reportes mencionan 37 muertos y 700 heridos, consecuencia de tres explosiones en el tren subterráneo y una que destrozó un autobús en el centro de la ciudad. La ciudad quedó convertida en una zona de guerra, con fuerzas policiales apostadas en sitios clave, hospitales desbordados y calles sin tráfico. Los atentados fueron reivindicados por Al Qaeda y quedaron vinculados de inmediato con la intervención británico-estadounidense en Irak y en Afganistán. Los identificados como responsables de este acto terrorista, que se suma a los del 11 de septiembre de Estados Unidos y del 11 de marzo en España, proclamaron la continuación de una operación santa, amenazando a los gobiernos italianos y danés “y a los demás gobiernos de los cruzados que retiren las tropas de Irak y de Afganistán sino quieren sufrir el mismo castigo”. En otro recuadro de la noticia el *gran padrino* de la cruzada, el presidente de Estados Unidos George W. Bush, declaró la alerta naranja en EE.UU. y arengó seguir la guerra⁴⁰. Este atentado

³⁸ FERRAJOLI Luigi, en op. cit.

³⁹ FERRAJOLI Luigi, en op. cit.

⁴⁰ Diario EL UNIVERSO, viernes 9 de julio del 2005, edición final, año 84, No. 297. p. 8^a, 9^a, 10^a.

se produce en circunstancias en que se celebraba la cumbre del G-8 en Escocia, vale decir, la reunión de las denominadas superpotencias del siglo 21, siglo identificado con la impronta de una imparable escalada terrorista.

Hay que pensar en una respuesta racional y coherente, retomando el pacto internacional de convivencia, y poniendo en práctica el Capítulo VII de la Carta de la ONU, referido a la Acción en Caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamientos de la Paz o Actos de Agresión, para instituir una fuerza de policía internacional en grado de intervenir, siempre y solamente, contra las amenazas a la paz y a la seguridad y contra las violaciones de los derechos humanos y de la legalidad internacional. Hay que evitar que los Estados agredidos se conviertan en Estados agresores, con lo cual pasan a ser etiquetados como “Estados-canallas” o “Estados criminales”. A la vista están los resultados fallidos, que como dice FERRAJOLI ⁴¹, “podrían haberse evitado con la intervención bastante mas creíble y controlada de una fuerza militar de la ONU: millares de víctimas inocentes, la devastación de los países bombardeados, la ruina de sus economías, la agravación de gran parte de los problemas que las guerras habían pretendido resolver. La guerra no puede ser por definición, ni una sanción ni una reparación de las violaciones del derecho: porque no golpea a los responsables sino sobre todo a los inocentes; porque es por naturaleza una violencia desproporcionada y descontrolada; porque ella misma está en contradicción con el derecho que es, a su vez, su negación”.

Lamentablemente prima una onda expansiva de mantenimiento de un poder geopolítico y militar liderado por las autollamadas grandes potencias, que nos deja poco espacio para consolidar propuestas mas racionales, ello explica el fracaso de la ONU, se hace difícil respetar la garantía de lo que *no es lícito hacer* como las guerras o los crímenes contra la humanidad, y es igualmente inalcanzable la propuesta de lo que *no es lícito no hacer*, como las propuestas para asegurar los mínimos vitales. No hay un discurso real a favor de la paz y la seguridad mundial frente a un terrorismo fanático e irracional, que ha enfrentado con destrucción y muerte la guerra alimentada por las superpotencias, que han recurrido a grandes ejércitos y a armas de destrucción masiva en esta confrontación de cruzados y fundamentalistas. Retomamos la ilusión de un desarme progresivo de los Estados, de la erradicación de las armas a través de la prohibición de su producción y tenencia, y de la necesidad de un monopolio jurídico de la fuerza a escala internacional, el principal valladar es que el comercio de las armas se ha convertido en la primera economía mundial subterránea estimada en mas de 800 mil millones de dólares por año, y esa es su fortaleza!

Algunas conclusiones.-

Hay que deslegitimar cualquier propuesta a favor del *Derecho penal del enemigo* porque el mismo constituye la mas perversa negación del Estado de Derecho, y permite consolidar un Estado Gendarme o Policial inadmisibile, ni aun con el pretexto de que el *enemigo* se ha auto excluido voluntariamente y que en consecuencia ha

⁴¹ FERRAJOLI Luigi, en op. cit.

renunciado a cualquier derecho. Esta exclusión es un acto de barbarie y totalitarismo, y hay que impedir que tome carta de ciudadanía una propuesta que termina convirtiéndose en auténtico *Terrorismo de Estado*. Como apunta GRACIA MARTIN, “el Derecho penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad de ser humano en ningún caso”⁴²

Hay que trabajar en la propuesta de decirle NO al *Terrorismo de Estado*, resultando un formidable ejemplo el fallo del 14 de junio del 2005 de la Corte Suprema de Argentina, que al declarar la nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, abre el camino hacia la verdad y la justicia⁴³. Las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida pretendieron institucional la impunidad en casos de violaciones a derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, incluidos casos de secuestro, desaparición forzada y tortura, perpetrados por genocidas que utilizaron de manera perversa el *Derecho penal del enemigo* durante los gobiernos militares que rigieron Argentina entre los años 1976 y 1983.

Las leyes de amnistía se convierten en un verdadero blindaje para el *Derecho penal del enemigo* encubriendo crímenes de lesa humanidad como desapariciones forzadas y prácticas sistemáticas de tortura que son contrarias a normas internacionales de derechos humanos o de Derecho Internacional Humanitario y contribuyen a consolidar la impunidad. Parte de la nueva historia para la justicia penal argentina se empieza a escribir, pues el poder judicial tiene el grave compromiso histórico de proseguir las investigaciones y el enjuiciamiento de los miles de casos de desapariciones, torturas y ejecuciones extrajudiciales que se mantienen impunes después de 30 años. Este debe ser el mejor mensaje para los depredadores! Cuyo número de víctimas se calcula es de 30.000 casos.

Sigue pendiente el cierre de la cárcel de Guantánamo a la que Amnistía Internacional calificó como “gulag” con el consiguiente enojo del Presidente de EE.UU., probablemente el ideólogo mas importante del *Derecho penal del enemigo* en este siglo. Como dice A.I. “la Historia está llena de personas que permanecieron en silencio ante los abusos. Con ello la única causa a la que contribuyeron fue permitir que se cometieran mas abusos con impunidad”⁴⁴. La referencia a Guantánamo en el informe anual 2005, era parte de la crítica a violaciones a derechos Humanos perpetradas en 149 países en todo el mundo, porque sin duda en Guantánamo se cometen abusos de manera sistemática como parte de una propuesta de *Derecho penal del enemigo* que debe ser denunciada y combatida, pues los malos tratos son reales y muchos detenidos se encuentran incomunicados sin formula de juicio, porque han sido etiquetados previamente como *terroristas*. El propio secretario de Defensa Donald Rumsfeld, aprobó un memorando en diciembre de 2002, que permitía el uso

⁴² GRACIA MARTIN, en op. cit. p. 42.

⁴³ *Amnistía Internacional*, en La Revista, No. 74, agosto-septiembre 2005.

⁴⁴ *Amnistía Internacional* en La Revista, No. 74, agosto-septiembre 2005.

de medios de interrogatorios ilegales, como técnicas de “estrés y padecimiento”, el aislamiento prolongado, desnudar a las víctimas y amenazarlas utilizando perros en la Bahía de Guantánamo.

La confusión es de la magnitud que a raíz de los sucesos del 7 de julio del 2005 se está pensando en una nueva definición de lo que es el *terrorismo*, hay la propuesta del control del flujo de mensajes de correo electrónico y la interceptación de llamadas telefónicas sin la necesidad de orden judicial previa, la instalación de más cámaras de seguridad y la expulsión de líderes radicales. En Italia se piensa ampliar el plazo de la detención provisional de 12 a 24 horas, proteger a quienes quieren testificar en actos de terrorismo y expulsar del país a extranjeros. En Francia se van a instalar 4.000 cámaras de seguridad con la protesta ciudadana por invadir la privacidad, y el Consejo de Europa, organismo de derechos humanos, ha querido impulsar la “Convención sobre la prevención del terrorismo”. Sigue la discusión porque para algunos es terrorismo todo acto que no solo vaya contra la población civil sino también contra el Estado, mientras otros quieren establecer que no todo grupo armado irregular es terrorista.⁴⁵

Se trata de acudir al *Terrorism Act* inglesa, impulsada hace algunos años por Tony Blair, que dice que terrorismo es la realización o la amenaza de una acción que tenga por finalidad influir al gobierno o intimidar al público o parte de él”, añade que eso puede darse con el propósito de promover una causa “política, religiosa o ideológica”. Hay que recordar que como contrapartida, que en enero de 2005 la jueza italiana Clementina Forleo, reconoció la diferencia entre los grupos terroristas y otros grupos irregulares, al determinar que tres norafricanos que permanecían detenidos en Italia y que supuestamente estaban vinculados a Al Qaeda. No podían ser acusados de terrorismo por tener vínculos con la resistencia afgana e iraquí, pues “alguien que comete ataques en el contexto de un conflicto armado, sino involucra a civiles, no es terrorista”, aclarando la jueza que “la actividad guerrillera o la violencia que tiene lugar, en el contexto de un conflicto armado, aun cuando esté llevada a cabo por fuerzas armadas no institucionales, no puede ser perseguida, ni siquiera por la ley internacional, a menos que se violen leyes humanitarias internacionales”.

En una reciente conferencia el profesor ZAFFARONI, expresa “penalistas impresionados por hechos de cierta brutalidad ha habido muchos, y lo que caracteriza fundamentalmente la propuesta de Jakobs es su extrema sinceridad (de buena fe), que ha desatado una suerte de escándalo en el mundo jurídico. En todas las épocas en el derecho Penal se ha tratado de eliminar a los delincuentes que cometían delitos muy graves... Esto es algo que transita toda la historia del Derecho Penal, y en definitiva, nada muy diferentes es lo que nos propone Günther Jakobs”.⁴⁶

⁴⁵ Revista VISTAZO, *Estados policiales*, No. 912, agosto 18/05. p. 32-33.

⁴⁶ ZAFFARONI Eugenio Raúl, conferencia, “El Derecho penal del enemigo”, dictada en Mendoza, el 19 de agosto de 2005, cit. por Carlos Parma, en op. cit. p. 21.

Por nuestra parte decimos que el respeto al Estado de Derecho debe ser total y sin limitación alguna. No es posible concebir un Estado de Derecho a medias, o es Estado de Derecho o no es Estado de Derecho. Hay que tomar muy en serio el mensaje del profesor Parma de la Universidad de Mendoza, que en memorable jornada dijo, “me declaro *enemigo del Derecho penal del enemigo*”.⁴⁷

www.iuspenalismo.com.ar, Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología. Director: Matías Bailone. 2006-7, Buenos Aires, Argentina.

BIBLIOGRAFIA

DEL OLMO Rosa, *La detención – desaparición en América Latina: ¿ crimen o castigo?*, en Criminología Crítica, I Seminario, Medellín, Colombia, 1985.

RIPOLLES José Luis, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP) 06-04 (2004). <http://criminet.ugr.es/recp>

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.*, Trotta, Madrid, 1998.

FERRAJOLI Luigi, *Las razones del pacifismo*, publicado en Revista Jueces para la Democracia, No. 50, 06/10/2004.

GRACIA MARTIN Luis, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”*, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP) 07-02 (2005), p. 4. <http://criminet.ugr.es/recpc>.

MUÑOZ CONDE Francisco, *¿Hacia un derecho penal del enemigo?*, publicado en el País, el 15 de enero del 2003.

JAKOBS Gunther, CANCIO MELIA Manuel *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003, p. 137.

ZAFFARONI, Eugenio- ALIAGA, Alejandro- SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires. 2000.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Criminología*, Offset Graba, Guayaquil, 1986.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Derecho Penal y Criminología*, Offset Graba, Guayaquil, 1988.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Cárcel y Drogas. De la represión a la legalización*. Edino, Guayaquil, 1994.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, Offset Graba, Guayaquil, 1996.