

HIS PROVIDE ET PRO...

Revista

Enero 2012

29

El



tirant lo blanch

Revista Penal

Número 29

Sumario

Doctrina

– La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, por <i>Gustavo A. Arocena</i>	5
– La “ineficacia” de la prueba ilícita en el proceso penal italiano: entre el principio de taxatividad y la ponderación de intereses, por <i>Carlotta Conti</i>	29
– La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales, por <i>M^a José Cuenca García</i>	48
– Incertidumbres y callejones sin salida en la elaboración de la doctrina italiana en materia de dolo eventual, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	69
– Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet, por <i>Fátima Flores Mendoza</i>	75
– ¿Existe el principio de <i>la ley especial deroga la ley general</i> en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, por <i>Pablo Hernández-Romo Valencia</i> y <i>José Luis González Cussac</i>	87
– Responsabilidad penal del asesor jurídico, por <i>Diego-Manuel Luzón Peña</i>	97
– El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno (“derecho penal del enemigo”), por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	115
– Un problema de técnica-legislativa: las cláusulas innominadas en la reforma del Derecho penal económico, por <i>Irene Navarro Frías</i>	127
– El fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización en los delitos dolosos e imprudentes, por <i>Luciana de Oliveira Monteiro</i>	145
– La teoría de los delitos de infracción de deber —Fundamentos y consecuencias— por <i>Raúl Pariona Arana</i> ..	167
– La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código penal de 1973 a la reforma de 2010, por <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i>	178
– Historia y Dogmática del Derecho penal fragmentario, por <i>Thomas Vormbaum</i>	203
Sistemas penales comparados: Delitos contra la seguridad en el tráfico rodado.....	223
Bibliografía: Notas bibliográficas sobre la tortura, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	265
In Memoriam: Hans Joachim Hirsch, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	272
Crónicas	
– El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, por <i>Salvador Herencia Carrasco</i>	277
– Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (Alemania) 5-16 de septiembre de 2011, por <i>John E. Zuluaga</i>	289
Noticias	294



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Georg Steinberg y Martina Kratz (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Alejandro Rodríguez Barilla (Guatemala)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Gastón Chaves Hontou (Uruguay)
Giuseppe Amara (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



El derecho en la guerra contra el terrorismo.

El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno (“derecho penal del enemigo”)¹

Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España

Revista Penal, n.º 29.— Enero 2012

SUMARIO: *Luego de los ataques ocurridos en Nueva York el 11 de setiembre de 2001, el ámbito propio de las categorías del derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho penal interno se ha vuelto difuso. La reacción del Gobierno de los Estados Unidos contra esos ataques mediante la invasión de Afganistán e Irak y la adopción de una serie de medidas como la Ley Patriótica, el establecimiento de tribunales militares y la detención de los llamados “enemigos combatientes” en Guantánamo, podría decirse que ha provocado una expansión de estas ramas del derecho mas allá de sus fronteras tradicionales, a la par que comporta una limitación del ejercicio de las libertades civiles y los derechos humanos.*

El propósito de este artículo se centra primeramente en un análisis comparativo entre el derecho de la guerra y el derecho penal internacional, y en segundo lugar, partiendo de esa comparación, me propongo cuestionar si en caso de necesidad, cuando la seguridad interna y externa de un Estado se encuentra en peligro, es preciso contar con un derecho penal interno especial (“Derecho penal del enemigo”), con el fin de luchar, prevenir y castigar los ataques terroristas masivos contra la población civil.

Abstract: *AFTER THE EVENTS OF SEPTEMBER 11. 2001 IN NYC THE CATEGORIES OF THE LAW OF WAR, INTERNATIONAL CRIMINAL law and criminal law have become blurred. The reaction of the US administration to the attacks of september 11. with the invasion of Afghanistan and Iraq as well as the creation of the Patriot Act, Military Commissions and the detention of so-called “enemy combatants” in Guantánamo has arguably led to an extension of those branches of the law beyond their traditional limits, and at the same time encroached on the reach of civil liberties and human rights in practice.*

The aim of my paper is firstly a comparative analysis between the law of war and international criminal law, and secondly, building on that comparison, to query whether in the case of necessity, when the external and internal security of a state are in danger, we need a special national criminal law (“Enemy Criminal Law for Enemies”), to fight, prevent and punish terrorist/mass attacks on civil populations.

¹ Versión española de la ponencia presentada al Third International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era sobre Terrorismo celebrado en Pekín en octubre de 2011, con el título “Law and War on Terror”. Traducción del texto original en inglés de M. Verónica Yamamoto.

I. El derecho en la “guerra contra el terrorismo”

¿Es el terrorismo un crimen que requiere una respuesta judicial, o un ataque (cuasi militar) que exige consecuentemente una respuesta militar?

Siguiendo el antiguo adagio romano: “*Inter arma, silent leges*” (“cuando las armas hablan, las leyes se silencian”), podría decirse que Justicia y Guerra son ideas incompatibles. Si los asesinatos masivos de personas comportan crímenes individuales (por ejemplo, Mc Veigh en Oklahoma en el año 1995, Breivik en Oslo en 2011), entonces la detención y enjuiciamiento de los responsables por los Tribunales de justicia nacionales pareciera ser la respuesta adecuada. Pero si el asesinato masivo de personas se considera un crimen de guerra, entonces la Justicia que puedan imponer los tribunales nacionales de un Estado, parece una medida irrelevante y resultaría preferible una campaña militar. Una vez que entramos en guerra, debemos llevar a cabo nuestra política nacional sin preocuparnos de los matices de las escalas morales finamente balanceadas.

Un mes después de los ataques del 11 de setiembre de 2001, George P. Fletcher publicó un artículo en el Washington Post donde refiriéndose a la clasificación del ataque, planteó la siguiente cuestión inquietante:

“¿Fue un crimen que reclama justicia, o un ataque exigiendo una declaración de guerra?”².

Nueve años después de esos mismos ataques, Jeremy Waldron planteó otro interrogante perturbador:

“¿Por qué los llamamos asesinos? ¿Por qué no hablamos de ‘bajas en una guerra’?... Si lo que aquí tenemos es una guerra, se podría decir que deberíamos entonces emplear otros términos para describir estos asesinatos —otros conceptos que sean más apropiados para calificar los asesinatos ejecutados en tiempos de guerra—”³.

Para responder a estos interrogantes, debemos analizar el problema de la llamada “guerra contra el terrorismo” desde tres puntos de vista: El del derecho de la guerra,

el del derecho penal internacional, y el del derecho penal (interno). Durante los últimos diez años estas ramas del derecho relacionadas con el terrorismo se han vuelto difusas⁴, y podría decirse que ello ha conducido a su expansión mas allá de las tradicionales fronteras, a la par que simultáneamente se ha limitado el alcance de las libertades civiles y los derechos humanos en su ejercicio. El propósito de este artículo se centra, en primer lugar, en un análisis comparativo entre el derecho de la guerra y el derecho penal internacional, y en segundo lugar, partiendo de esa comparación, me propongo cuestionar si en caso de necesidad, cuando la seguridad interna y externa de un Estado se encuentran en peligro, se precisa un derecho penal interno ad hoc (“Derecho penal del enemigo” - Feindstrafrecht), para luchar, prevenir y castigar los ataques terroristas masivos sobre la población civil.

II. La guerra contra el terrorismo y el derecho de la guerra

El primer interrogante que debemos enfrentar es si los actos de terrorismo pueden considerarse crímenes de guerra. En caso afirmativo, se plantea entonces otra pregunta: ¿puede aplicarse a esos actos el derecho de la guerra? Si suponemos que el ataque a las Torres Gemelas de Nueva York fue al mismo tiempo una violación deliberada de las leyes y costumbres que rigen los conflictos armados, esto es, del derecho internacional de la guerra, debemos considerar que también en este caso existen reglas, leyes y costumbres que distinguen los actos conforme al derecho de la guerra y actos contrarios al mismo. La guerra no es un vacío legal, existe un conjunto de leyes que declara prohibidos ciertos comportamientos con el fin de limitar los efectos perjudiciales de los conflictos armados, tanto sobre quienes participaron en él como sobre quienes no lo hicieron⁵.

Sin embargo, a la hora de definir los actos terroristas como actos de guerra siempre concurren dificultades⁶.

2 George P. Fletcher, Washington Post, 12/10/01. Véase también Fletcher, *Romantics at war*, Princeton University Press, 2002.3.

3 Jeremy Waldron, *Torture, Terror and Trade-offs*, Philosophy for the White House, Oxford University Press, New York, 2010, 80.

4 Ulrich Sieber, *Blurring the categories of criminal law and the law of war. Efforts and effects in the pursuit of internal and external security*, en Criminal Law between war and peace, Justice and Cooperation in criminal matters in international military interventions, Proceedings of the XV International Congress of Social Defense, Stefano Mancacorda, Adán Nieto (eds.), Manuel Maroto (coord); Daniel Scheunemann, ediciones de la Universidad Castilla La Mancha, Cuenca 2009, 36: “La aplicación del derecho de la guerra luego de los ataques del 11 de setiembre de 2001, ha desafiado las categorías fundamentales del derecho y la política que también son esenciales para el derecho penal, a saber, la distinción entre delito y guerra, la distinción entre seguridad interna y externa, y —en consecuencia— la distinción entre derecho penal y el derecho de la guerra”.

5 Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2° ed. 2009, 347. Acerca del derecho internacional de la guerra y los Crímenes de Guerra, véase también, Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, München 2006, 230.

6 No existe una definición de terrorismo unánimemente aceptada; algunos autores enfatizan la organización y el “proyecto estratégico” como elemento fundamental de la definición (así, por ejemplo, Manuel Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e*

La primera dificultad se presenta cuando un ataque que ha provocado enormes daños y el asesinato de muchas personas, ha sido cometido por un sujeto desvinculado de un grupo o cualquier tipo de organización terrorista, sin perjuicio de que su ideología y propósitos puedan coincidir con la de ese grupo u organización terrorista. Así, por ejemplo, si la conducta de Timothy Mc Veigh en Arkansas en el año 1999 o la de Andrev Breivik en Noruega en julio de 2011, son reputados sólo crímenes masivos perpetrados por personas individuales, debe procederse a su detención y juzgamiento bajo las reglas y leyes de la justicia nacional ordinaria.

Pero es también problemático considerar como actos de guerra a los actos de terrorismo cometidos por individuos vinculados con grupos organizados, cuando esos grupos no están afincados en un territorio específico sino dispersos por todo el mundo. Éste es por ejemplo el caso de Al Qaeda. Para incluir a grupos como éste en el ámbito del derecho de la guerra, la estructura entera del derecho internacional ya había comenzado a modificarse, aún antes de los ataques del 11 de setiembre de 2001. Al tiempo que el sistema del ordenamiento internacional evolucione, los Estados individuales irán perdiendo importancia. Las organizaciones que cuentan con ejércitos y poseen funciones al igual que el Estado, se convertirán en los agentes y los objetivos de la guerra. El término “política de una organización” utilizado por el art. 7 (2) (a) del ETCP en la definición de los Crímenes contra la Humanidad, incluye ciertamente a los grupos de personas que gobiernan un territorio específico, o en cualquier caso puedan movilizarse libremente dentro de sus fronteras. Sin embargo, como señala Werle, este elemento territorial no es un requisito necesario. En última instancia, cualquier grupo de personas puede ser caracterizado como una organización si posee a su disposición, en recursos materiales y humanos, el potencial de cometer un ataque extendido y sistematizado contra una población civil. En adición a las unidades paramilitares, Werle incluye a las “organizaciones terroristas particulares”⁷⁷. Ello

significa, como Sieber explica, que “a diferencia de las guerras tradicionales, estas ‘nuevas’ o ‘pequeñas’ guerras ya no tienen lugar entre Estados territoriales, sino que mas bien son conflictos asimétricos entre Estados territoriales y redes que usualmente están organizadas internacionalmente”⁷⁸.

Se puede ver entonces que el derecho internacional está transformándose en dirección a reconocer como sujetos de derecho internacional a todas las entidades colectivas que cometen crímenes de agresión mas allá de los límites territoriales reconocidos.

Sin embargo, aún si los ataques del 11 de setiembre de 2001 fueran reputados como un acto de guerra y no sólo como un ataque terrorista, y por consiguiente la reacción contra ellos involucraría la declaración de guerra, aún en ese caso debe cumplirse con un conjunto de reglas, leyes y usos. La teoría del derecho internacional ha desarrollado en el último siglo una distinción relevante dentro del derecho de la guerra entre el *ius ad bellum* (sólo guerra) y el *ius in bello* (justicia en el curso de guerra). El primero se vincula con la justificación de la decisión de ir a la guerra; el segundo con cómo la guerra debe ser conducida⁷⁹.

a) El *ius ad bellum*, esto es, la acción militar, está justificada de acuerdo al art. 51 de la Carta de Naciones Unidas si el Consejo autoriza el uso de la fuerza militar para restablecer la paz y la seguridad colectiva. En caso de ausencia de autorización del Consejo de Seguridad, la Carta de Naciones Unidas admite el empleo de la fuerza militar con el fin de defenderse legítimamente, sólo en casos en que se produzca un “ataque armado”.

Un caso de la primera posibilidad fue la invasión de Afganistán por las tropas estadounidenses luego del 11 de setiembre de 2001, acción militar que se llevó a cabo con la autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para destruir las bases del grupo terrorista Al Qaeda.

Un ejemplo del segundo caso que representa un supuesto problemático fue la invasión a Irak por las tropas norteamericanas y sus Aliados, en legítima de-

injusto, Madrid 2010; un resumen de su opinión en: *Terrorism and criminal law: the dream of prevention, the nightmare of the rule of law*, en New Criminal Law Review, 2011); otros autores destacan la obtención de metas políticas a través de métodos violentos (así, por ejemplo, Mark Zöller, *Terrorismusstrafrecht, ein Handbuch*, 2009 —véase mi comentario a ambos, en Revista Penal, 2011—). Véase también Waldron, *Torture Terror and Trade-offs*, 49/79, quien destaca que “el asunto no es definir el terrorismo, sino entenderlo”; sin embargo este autor intenta mantenerse alejado del “interrogante acerca de si la violencia debe estar dirigida hacia inocentes o civiles o no combatientes”, y en 81, explica que “la doctrina militar del terrorismo es crear miedo y pánico en una población”.

⁷⁷ Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law* cit., 663.

⁷⁸ Sieber, *Blurring the categories*, en Criminal Law between War and Peace, 38.

⁷⁹ Sobre estas distinciones que estructuran el derecho de la guerra véase Fletcher/Ohlin, *Defending Humanity, When Force is justified and why*, 2008 20; Waldron, *Torture, Terror and Trade-offs*, 86/97; 93/94.

fensa “preventiva” y apoyada en el argumento presentado por el General norteamericano Colin Powell ante Naciones Unidas revelando evidencia de que Saddam Hussein todavía se encontraba activo produciendo armas químicas y de destrucción masiva, que comportaban una amenaza no sólo contra la seguridad de Estados Unidos, sino también contra la seguridad de la Humanidad entera. Luego de la invasión, se designó específicamente una unidad militar especial para llevar un seguimiento en algunos lugares de Irak, con el objetivo de rastrear estas armas de destrucción masiva, que, sin embargo, nunca fueron encontradas. La evidencia presentada por el General Colin Powell era completamente falsa y la invasión de Irak apoyada en esa falsa información, perpetrada sin la autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, comportó una acción completamente ilegal. Se llevó a cabo así una guerra de agresión, cualquiera hayan sido los motivos previos invocados, incluso suponiendo que el General Powell y el Presidente Bush hubieran albergado su más sincera creencia en las sospechas difundidas¹⁰.

Ahora bien, entre una y otra posibilidad, se presenta un tercer caso problemático del *ius ad bellum*: la invasión de un país con el propósito de ayudar a grupos minoritarios oprimidos que han sufrido un régimen opresivo (guerras de liberación nacional), o en caso de guerra civil brindando fuerza o ayuda a una de las partes del conflicto. Esta “defensa de terceros” fue también invocada por el Gobierno estadounidense para justificar la invasión a Irak, y recientemente para justificar la intervención de otros Estados en la guerra civil de Libia; aunque ello haya ocurrido hasta la fecha en la guerra civil de Siria (mientras escribo esto, en julio/agosto de 2011, estos conflictos se están desarrollando).

Desde siempre, la retórica de la legítima defensa ha sido invocada en muchas ocasiones y manipulada para justificar toda clase de agresiones, convirtiéndose en uno de los conceptos de los que más se ha abusado en los conflictos internacionales durante todo el siglo XX: “La invocación de legítima defensa comporta siempre pretextos más útiles para apuntar contra el extranjero, el diferente o el despreciado”¹¹. Todos conocemos esta retórica empleada por el Gobierno Nacional Socialista alemán para justificar el Holocausto de los Judíos o la

invasión de Polonia y la Unión Soviética; y del mismo modo, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el Gobierno norteamericano invocó estos argumentos en sus ataques contra Vietnam y más recientemente contra Irak.

b) El *ius in bello*. El derecho de defendernos frente a nuestros enemigos es incontrovertible y de ninguna manera puede ser cuestionado. Sin embargo, cómo podemos ejercerlo comporta un interrogante diferente. La teoría del derecho internacional ha desarrollado el *ius in bello*, esto es, la justicia en la conducción de la guerra. Algunos autores niegan la distinción entre *ius ad bellum* y *ius in bello*, al señalar que si la guerra es injustificada e ilegal, todo lo que se realiza en el curso de la beligerancia deviene injustificado e ilegal. Más esto no es cierto, toda vez que “es posible llevar adelante una guerra de un modo injusto, de la misma forma que es posible conducir una guerra injusta de manera justa”¹².

Independientemente de la justicia de la guerra, incluso si se trata de una guerra de agresión, existen algunas normas dentro del derecho de la guerra. Por ejemplo, “las normas sobre la población civil”, prohíben los ataques directos contra personas no combatientes o civiles, regulaciones cuyos principios básicos están establecidos en los artículos 48 y 51 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I). Desde la adopción de los Convenios de Ginebra en 1949 se ha reconocido una más rigurosa distinción entre combatientes y civiles, pudiendo afirmarse a partir de estos instrumentos que el terrorismo es malo en general; no sólo porque utiliza la fuerza y la violencia para alcanzar sus objetivos políticos, sino porque simultáneamente casi toda la población civil se convierte en objetivo de ataques armados, creando miedo y pánico (terror) en una población, mediante el asesinato masivo de personas protegidas tanto por el derecho de la guerra como por las leyes ordinarias que castigan el homicidio¹³.

Sin embargo, en relación con los combatientes que luchan del lado del enemigo en un conflicto armado, existen disposiciones que prohíben, por ejemplo, el uso de armas químicas contra ellos, el asesinato luego de la rendición, o la tortura. En el Estatuto de

10 Fletcher/Ohlin, *Defending Humanity*, 171.

11 Fletcher/Ohlin, *Defending Humanity*, 3.

12 Fletcher/Ohlin, *Defending Humanity*, 11.

13 Waldron, *Torture, Terror and Trade-offs*, 81.

Roma¹⁴, por ejemplo, existen disposiciones especiales en torno de los crímenes de guerra que prohíben el homicidio doloso de combatientes que se han rendido o su sometimiento a tortura, o de las “personas protegidas” por virtud de su status de no combatientes frente a la amenaza de hostilidades. Según estas normas no es difícil de considerar como crímenes de guerra el asesinato del Jefe de Al Qaeda, Bin Laden, por el accionar de un comando militar especial norteamericano en momentos en que ya se encontraba detenido y desarmado, o la tortura de detenidos y prisioneros de la guerra contra Afganistán en Abug-Ghraib o en la Bahía de Guantánamo. Así también el derecho humanitario incorporado en los Convenios de Ginebra posee normas obligatorias que prohíben el establecimiento de tribunales militares¹⁵.

En franco contraste con estas normas y la legislación interna concordante, algunos Estados permiten el asesinato selectivo de presuntos terroristas o el sometimiento a tortura de personas sospechadas de haber instalado “ticking bombs”¹⁶, así como también rendiciones y secuestros de personas llevados a cabo en circunstancias extraordinarias e irregulares, como el secuestro de sospechosos terroristas en el territorio de otros Estados soberanos o su entrega a otros Estados con regímenes simpatizantes, donde son detenidos y torturados en prisiones secretas en completo incumplimiento de los estándares establecidos bajo el Estado de Derecho¹⁷.

III. La guerra contra el terrorismo y el derecho penal internacional

Cómo juzgar a los individuos responsables de los crímenes y bajo qué categorías y principios debe en-

cuadrarse su juzgamiento constituye otro interrogante, que incide de lleno en el derecho penal internacional.

Una forma de proceder sería bajo la vigencia de los tratados internacionales básicos sobre derechos humanos que dan fundamento a una serie de principios universales reconocidos (customary law). Sin embargo, la tarea de armonizar la jurisprudencia de los Estados individuales de manera que se adecuen a los estándares internacionales está recién en camino de formación y su más reciente pináculo ha sido hasta la fecha la creación de la Corte Penal Internacional.

Los principios generales de la responsabilidad penal reconocidos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional podrían eventualmente convertirse en un estándar universal que ejerza influencia en los países del mundo en sus esfuerzos por reformar y mejorar la legislación.

Tras la Revolución Francesa, las sociedades democráticas han desarrollado una serie de principios o grupos de conceptos básicos (con sus correspondientes distinciones) a fin de armonizar las tensiones existentes en los sistemas legales democráticos. Las distinciones entre derecho material y formal o de procedimiento, entre actos y omisiones, entre eventos causados por la acción humana y los meramente fortuitos, entre conducta y sujeto activo, entre justificación y exculpación, tentativa y delito consumado, autoría y participación, etc., representan grupos de polos opuestos. Podría decirse que la atracción y la repulsión entre estos extremos es común a todos los sistemas legales comprometidos en la discusión de los interrogantes básicos en torno de la responsabilidad criminal y, en este contexto, también la atención se dirige a la reflexión sobre cómo conducir la lucha contra el terrorismo¹⁸.

14 Véase art. 8.

15 Véanse las decisiones de la Corte Suprema estadounidense acerca de la situación legal de los detenidos en Guantánamo, cfr. Rasul v. Bush, 124 S. Ct. 2686 (28.06.2004); Hamdi v. Rumsfeld, 124 S. Ct. 2633 (28.06.2004), Rumsfeld v. Padilla, 124 S. Ct. 2711 (28.06.2004), Hamdan v. Rumsfeld, 126 S. Ct. 2749 (2006), y mis comentarios sobre ellas, *La situación de los presos de Guantánamo: Entre tortura y Estado de Derecho*, Teoría y Derecho, 3, Valencia 2008 (así como también en Nueva Doctrina Penal, 2, Buenos Aires, 2008). Desde el punto de vista histórico véase el interesante trabajo de Rehnquist, William H. Rehnquist, *All the Laws but one: Civil liberties in wartime*, 1998.

16 Véase la decisión de la Suprema Corte de Israel HCJ 769/02 of 13.12.2006. También algunos autores admiten la tortura no letal (por ejemplo: “una aguja esterilizada que se inserta bajo las uñas para producir dolor insoportable sin ninguna amenaza a la salud o a la vida” (así Alan Dershowitz, *Why terrorism works: Understanding the Threat, responding to the Challenge*, Yale University Press 2002, 148) para obtener información del sospechoso de haber instalado una “ticking bomb” que puede conducir a la salvación inmediata de vidas. En contra de esta opinión, véase Waldron, *Torture, Terror and Trade-offs*, 217/222; Kai Ambos, *Terrorismo, tortura y Derecho penal, Respuestas en situaciones de emergencia*, Atelier Estudios jurídicos, Barcelona 2009; Muñoz Conde, *La situación de los presos de Guantánamo*.

17 Para más información acerca de esta “extraordinaria e irregular rendición y secuestro” véase Sieber, *Blurring the categories*, 62/63.

18 Véase George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998 (versión española de Francisco Muñoz Conde, Valencia 1997); así como mi artículo *Universalizing Criminal Law*, in Tulsa Law Review, 2005; también: *Is it possible an Universal System of Criminal Law?*, en He Bingsong (edit.), *Reflection and reconstruction of the Theoretical System of Criminal Law in the Age of Globalization*, Pekin 2008.

¿Por qué razón no podemos pensar que Bin Laden pudo haber sido detenido y juzgado por la justicia nacional o internacional, en lugar de haber sido asesinado?

Sin embargo, no sólo los responsables individuales de los actos de terrorismo contra el Estado deben ser acusados y juzgados por la justicia nacional o internacional, también los responsables individuales del Terrorismo de Estado, sobre todo cuando dentro del propio Estado no se dan las condiciones objetivas para juzgarlos en un juicio imparcial y justo. Así, por ejemplo, Muhamad Gadaffi, después de haber sido detenido, debería haber sido entregado para ser juzgado ante un Tribunal internacional por los crímenes que hubiera podido cometer durante su largo régimen dictatorial, en lugar de haber sido brutalmente asesinado por sus adversarios en el momento de su captura, lo que demostró la incapacidad de los que acababan de derrocarlo para asegurarle un juicio imparcial y justo en su propio país (*adición posterior del autor tras los sucesos ocurridos en Libia en otoño de 2011).

Otro ejemplo paradigmático en esta materia, que muestra la imposibilidad de que en casos similares los antiguos dictadores puedan ser juzgados imparcialmente por los tribunales integrados por los enemigos que acaban de derrocarlos, fue el enjuiciamiento y ejecución de Saddam Hussein, arrestado en una operación conjunta entre efectivos kurdos iraquíes y el ejército estadounidense, y que luego fue juzgado por un Tribunal Penal Iraquí integrado por enemigos personales que no dudaron naturalmente en condenarlo a muerte tras una farsa de juicio. Sin embargo, no cabe duda de que si hubiera sido acusado y juzgado ante la Justicia Internacional, hubiera podido tener un juicio imparcial y justo, en el que probablemente hubiera sido condenado entre otras cosas por el ataque con armas químicas a la ciudad Kurda de Halbaja que puede perfectamente reputarse un Crimen contra la Humanidad.

En ambos casos, la ausencia de un juicio imparcial y justo en el Estado donde los delitos fueron perpetrados debió haber conducido a la intervención de la Justicia Internacional y no al asesinato del antiguo dictador a manos de incontrolados o su enjuiciamiento y condena muerte por un tribunal nacional no imparcial, integrado por enemigos del dictador. Pues, en casi todos estos ca-

sos, al finalizar las guerras civiles, cuando los líderes políticos del grupo de los perdedores son acusados y juzgados por un tribunal no imparcial, normalmente el ejercicio de sus derechos y garantías se encuentra en peligro o se presenta como absolutamente imposible, principalmente debido a que los juzgadores pertenecen al bando de los vencedores. Y lo mismo puede decirse en general cuando se trata del enjuiciamiento de personas del grupo de los vencidos, por Crímenes de Guerra o Crímenes contra la Humanidad, y la acusación formal es efectuada por sujetos del bando de los vencedores. Para castigar satisfactoriamente los ataques masivos a la población civil, sólo la Justicia impartida por un Tribunal Internacional puede ser una Jurisdicción imparcial, en condiciones de aplicar las normas que rigen en un Estado de Derecho y respetar los derechos humanos fundamentales reconocidos por los tratados internacionales, buscando en lugar de la venganza, sólo la Justicia, una Justicia aplicable a todos por igual, vencedores y vencidos, y no sólo a los vencidos.

Aunque la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma se encuentra ya en funcionamiento, su jurisdicción no ha sido aceptada por todos los Estados, entre ellos por los Estados Unidos de América. Sin embargo, recientemente, los Estados Unidos renunciaron a ejercer su derecho de veto como miembro permanente del Consejo de Seguridad para permitir que la CPI pueda juzgar los crímenes de guerra de Darfur, en el Oeste de Sudán¹⁹. Como todos sabemos, los Estados Unidos han socavado activamente el proceso de estructuración y funcionamiento de la CPI, al firmar alrededor de 100 tratados bilaterales acordando con los Estados cocontratantes no entregar ciudadanos estadounidenses a la CPI. Desde Washington se alega el temor de que la Corte pueda promover acusaciones infundadas contra ciudadanos o soldados norteamericanos. Mientras tanto, 90 países han ratificado el tratado base de la CPI, el Estatuto de Roma, incluyéndose a todos los aliados americanos en la Unión Europea. De todos modos, la CPI está y en pleno funcionamiento, y como el caso Darfur y otros muchos más demuestran, está en condiciones de juzgar Crímenes contra la Humanidad cometidos en varios países²⁰.

19 Véase George P. Fletcher/Jens David Ohlin, *Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), 539-561; también Claus Kress, *The Darfur Report and Genocidal Intent*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), 562-578.

20 Véase Fletcher/Ohlin, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), 561: "The US to abstain from the Security Council referral —instead of exercising its veto, as many had expected— ensures at least a limited future for the ICC".

Con todo, hay naciones en el mundo cuyas regulaciones legales permiten la aplicación de los principios del derecho penal internacional contenidos en el Estatuto de Roma, y ratificados en dichas naciones, así como su propio Derecho nacional para juzgar ataques terroristas cometidos en sus propios territorios. En este sentido no cabe duda de que los ataques del 11 de setiembre de 2001 a las Torres Gemelas en Nueva York, o el ataque del 11 de marzo de 2004 a la Estación de trenes Atocha en Madrid, o en el Subterráneo de Londres el 7 de julio de 2005, o en Moscú el 24 de enero de 2011, pueden ser juzgados por los tribunales nacionales, siempre que se respeten los principios básicos y los derechos fundamentales reconocidos nacional como internacionalmente.

Además los Crímenes contra la Humanidad son considerados parte del *ius cogens* —el rango más elevado en las normas legales internacionales—. De ese modo, constituyen una regla inderogable del derecho internacional. Esta jerarquía implica que los Crímenes contra la Humanidad se encuentran sujetos a la jurisdicción universal, esto es que todos los Estados pueden ejercer su jurisdicción en perseguir a los agresores, sin que sea determinante el lugar de comisión del delito. También comporta la regla que todos los Estados tienen el deber de perseguir o extraditar; que ninguna persona acusada por ese delito puede invocar la “excepción de delito político” para evitar la extradición y que los Estados tienen el deber de asistirse mutuamente en asegurar la obtención de la prueba necesaria para fundar una acusación.

Hasta aquí puede concluirse: 1) Frente a un ataque llevado a cabo por redes organizadas como Hezbollah o Al Qaeda, puede esperarse una respuesta militar bajo la forma de legítima defensa, según la Carta de Naciones Unidas; en este caso según las normas del derecho internacional relativas a la guerra, el derecho humanitario y demás. 2) Los responsables individuales de este ataque deben ser acusados y juzgados de acuerdo a las normas del derecho penal internacional o del derecho penal interno, pero respetando los derechos humanos reconocidos por el Estatuto de Roma, las Convenciones Internacionales y el imperio de la ley. El hecho de estar librando o participando de un conflicto bélico no debería tener consecuencias negativas para la cuestión de los derechos humanos fundamentales, y así lo ha

reconocido recientemente la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Hamdi, Rasul, Padilla y Hamd, y los detenidos en la Bahía de Guantánamo²¹.

Sin embargo, no puede negarse que la futura evolución del derecho internacional y del derecho penal internacional enfrenta difíciles desafíos en el área de la protección de la esfera individual de las personas. Se afirma que no es de esperar que los terroristas actuales presten atención a las Convenciones de Ginebra, que torturarán y matarán rehenes y prisioneros, que no tendrán más consideración por la vida de civiles en el futuro que la que tuvieron el 11 de setiembre de 2001 en Nueva York, el 11 de marzo de 2004 en Madrid, el 7 de julio de 2005 en Londres o 24 de de enero de 2011 en Moscú, esto plantea un grave problema ético: ¿Podemos seguir manteniendo los principios tradicionales consagrados en las Convenciones de Ginebra y en las declaraciones universales de derechos humanos, protegiendo a los civiles que no participan de las hostilidades de los actos bélicos? Más de uno dirá que si nuestro enemigo no cumple las reglas establecidas, también nosotros deberíamos adoptar el mismo nivel de brutalidad por él empleada. Sin embargo, no debemos sucumbir a esta tentación. En mi opinión, incluso en este tipo de situaciones extremas, en todo caso debe prevalecer el compromiso con los principios de decencia en la guerra incluso si estamos envueltos en una lucha contra un enemigo bárbarico. Ciertamente, en el fragor de la batalla algunos de los matices y distinciones propias del Imperio de la Ley serán indudablemente dejados de lado. Será lamentable que se incumplan las distinciones legales tradicionales y que éstas se dismantelen bajo la presión de nuevas realidades. Ésta es una de las muchas razones para sentir pesar en el presente estado de tensión, pero de ninguna manera debe importar una razón para admitir el colapso del Imperio de la Ley, la violación de los derechos humanos fundamentales y de los principios de derecho internacional y de derecho penal internacional.

IV. “La guerra contra el terrorismo” dentro del derecho penal interno: ¿necesitamos un “derecho penal del enemigo”?

Otros juristas ven la guerra y el delito como aspectos de un mismo sistema de represión, en el que los criminales son considerados “enemigos”.

21 George P. Fletcher, *Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of War: Hamdi, Padilla, and the Detainees in Guantánamo Bay*, en *Journal of International Criminal Justice*, 2 (2004), 953-956. Véase también Hisakazu Fujita, *International Humanitarian Law: “War on terror”*, en *Isil Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, vol. III, 2003, 59; Christiane Wilke, *War v. Justice, Terrorism Cases and Political Justice in US Courts*, *Politics & Society*, Vol. 33, n° 4 diciembre, 2005, 637-669; y Muñoz Conde, *La situación de los presos de Guantánamo*.

Aproximadamente dos años antes del ataque del 9/11, en el año 1999, un jurista alemán, Günther Jakobs²², planteó la cuestión de si en casos de necesidad, cuando la “seguridad cognitiva”, por ejemplo, la seguridad sobre la vida normal, se encuentra en peligro, necesitamos un especial “Derecho penal para o contra el enemigo”, un “Derecho penal del enemigo” (“Feindstrafrecht” en alemán, “Enemy criminal law” o “criminal law for enemies”, en inglés), en donde el Estado no protege a sus ciudadanos, sino que esencialmente pelea contra sus enemigos.

Según Jakobs este “derecho penal del enemigo” consiste en lo siguiente:

1. La criminalización de conductas que no plantean ningún peligro real para los bienes jurídicos protegidos legalmente.
2. El incremento en la severidad de los castigos mas allá de la idea de proporcionalidad, aplicando incluso “penas draconianas”.
3. Abolición o compromiso serio de los derechos del acusado bajo el principio del “debido proceso”.

George Fletcher describe la posición de Jakobs identificando las siguientes notas características del “Feindstrafrecht”:

“(1) La expansión del umbral de responsabilidad de los individuos, como en la doctrina de la *conspiracy*; (2) La atribución de responsabilidad criminal y la consecuente imposición de una pena completa a pesar del temprano estadio de la ejecución del delito; (3) El avance de la función de la pena hacia campañas de prevención, particularmente en supuestos de crimen organizado; (4) La reducción de las garantías procesales”²³.

Ulrich Sieber —a partir de las categorías reconocidas por el sistema alemán—, describe los siguientes desarrollos que engloban este enfoque:

“A) La atribución de responsabilidad criminal en un temprano estadio en la ejecución de un delito en el campo del derecho penal sustantivo;

B) La expansión de medidas preventivas de vigilancia, la reducción de garantías legales, y la creación de competencias especiales en el contexto del proceso penal;

C) El aumento de las obligaciones de las personas jurídicas para colaborar tanto en la anticipación de los procedimientos penales como la independencia de tales procedimientos;

D) La creación de fuerzas entre instituciones e internacionales como parte de una nueva “arquitectura de la seguridad”; y

E) La introducción de nuevas medidas en derecho penal y derecho administrativo que limitan la libertad de las personas reputadas como peligrosas”²⁴.

Un tal “Derecho penal del enemigo” supondría, por tanto:

1. La criminalización de conductas que no plantean ningún peligro real a los bienes jurídicos protegidos: Esto puede significar: una aplicación mas temprana del derecho penal, criminalizando conductas que en circunstancias normales pueden considerarse simples expresiones de la “libertad de expresión” como mostrar afinidad o simpatía con ideas radicales en un artículo en un periódico, o en una conferencia en la universidad, creando de ese modo delitos de mero peligro abstracto, como los delitos de tenencia; enfatizar nuevos bienes jurídicos supra individuales

22 Véase Jakobs, en Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbessigung und Ausblick*, Munich 2000, 53 (hay versión al español de este artículo, publicado también entre otros lugares, y también en la versión española del volumen en el que se recogen las ponencias del Congreso de Berlin, Eser/Hassemer/Burkhardt, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, coordinación de Francisco Muñoz Conde, Valencia 2000, 53 ss. Esta teoría ha provocado una gran discusión en los países hispano hablantes, véase por ejemplo, *El Derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, coordinado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Diez, Madrid 2006; también en Italia, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, in Atti del Convegno “Delitto politico e Diritto penale del nemico”, a cargo de Alessandro Gamberini y Renzo Orlandi, Bologna 2007; y en Alemania, *Kritik des Feindstrafrechts*, editado por Thomas Vormbaum and Martin Asholt, Berlin 2009. En países anglo parlantes no ha tenido eco, pero véase la exposición en inglés por Carlos Gómez-Jara Diez, *Enemy combatants versus enemy criminal law: An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants*, en *New Criminal Law Review* 2008, 529/562. Mi postura hacia la teoría de Jakobs la he expresado en varios libros y artículos, véase por ejemplo, en español: Muñoz Conde, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Buenos Aires, 2007; *Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo*, México 2009; en alemán: *Über das Feindstrafrecht*, Berlin 2006; también en *Festschrift für Klaus Volk*, 2009, en *Kritik des Feindstrafrechts*; en francés: *Le droit pénal international est-il un «droit pénal de l'ennemi»?*, en *Revue de science criminelle et droit penal compare*, 2009. También existe una traducción al chino de mi ponencia presentada en la Conferencia de Jinan, Jinan, Shangdong noviembre 2006 (título en inglés, *Do we need an International Criminal Law for Enemies?*).

23 George Fletcher, *The Grammar of Criminal Law, American European, and International*, New York: Oxford University Press, 2006, nota 230, 138 (hay versión al español de Francisco Muñoz Conde, *Gramática del Derecho penal*, Buenos Aires, 2008, 240, nota 67).

24 Sieber, *Criminal Law between war and peace*, 40/41.

difusos como la “seguridad pública” o el “orden público”; facilitar la atribución de responsabilidad penal con instrumentos legales como la responsabilidad vicaria o estricta responsabilidad, la “conspiracy” para cometer delito, y casi criminalizar todas las actividades preparatorias de delitos vinculadas al terrorismo, como la provisión de apoyo a organizaciones terroristas, la participación en entrenamiento terrorista en el extranjero, etc.²⁵.

2. Aplicar penas draconianas puede significar: elevar la escala penal; introducir una medida de internamiento de seguridad tras el cumplimiento de la pena; aplicar prisión perpetua y pena de muerte para delitos que, aún en circunstancias normales, en países donde esas penas se encuentran legisladas, no se justifica su aplicación.
3. Abolir el derecho al “debido proceso” puede significar: admitir evidencia de oídas, o pruebas como resultado de monitoreo telefónico o visual de lugares privados o escuchas telefónicas sin orden judicial, técnicas de interrogatorio agresivas como la tortura; la extensión de la duración del arresto policial sin control judicial; el establecimiento de tribunales especiales (incluso tribunales o comisiones militares) para juzgar delitos relacionados con el terrorismo; la restricción del derecho del detenido de comparecer ante un juez (habeas corpus) o el derecho de asistencia legal, etc.

La expansión de diversas áreas del derecho producto de la legislación sobre las actividades estatales de inteligencia, el derecho policial, inmigratorio y penal conduce como resultado a su consideración como equivalentes funcionales, borrando sus competencias específicas bajo un nuevo paradigma de seguridad, interna y externa, en lugar de crear una nueva categoría de “derecho de la seguridad”, donde las diferencias entre la prevención y la represión también se vuelven difusas²⁶.

Pero entonces ¿qué es lo que hay de nuevo en el “Derecho Penal del Enemigo”?

Por supuesto, en la historia de la Humanidad siempre han existido casos de “Derecho Penal del Enemigo”. En la década de los años 20 y 30 del siglo pasado el famoso teórico del Derecho Carl Schmitt fue el primero en elaborar una distinción teórica entre “Freund und Feind”, “amigo y enemigo”, como una base para el desarrollo de dos clases diferentes de derecho: un derecho para los de adentro o ciudadanos normales y un derecho para los de afuera o enemigos²⁷.

Como bien señala el filósofo italiano Giorgio Agamben²⁸, esta teoría tan cara al nacionalsocialismo, fue la culminación de la moderna interpretación biológica y política del “Volksgemeinschaft”, “comunidad del pueblo, entendida como un todo racial basado en la superioridad de sólo una raza aria frente a los llamados ‘Untermenschen’, ‘razas inferiores’ y ‘comunidad extranjera’ (judíos, gitanos, personas asociales), no obstante hoy en día puede ser aplicado en un contexto diferente con el mismo objetivo de eliminación de otra clase de ‘enemigos’”.

El primer paso de esta política es la exclusión social y legal de los enemigos; esto es, la exclusión de los de afuera que no pertenecen a la comunidad y deben ser expulsados de ella, perdiendo su status de ciudadanos. Las leyes de Nuremberg de 1935 contra los judíos son un buen ejemplo de esta exclusión legal. Pero también otros ejemplos de derecho penal del enemigo son las leyes de inmigración y de policía vigentes hoy en día en muchos países que autorizan la detención de extranjeros sin una acusación formal y la subsecuente deportación cuando son considerados peligrosos porque muestran, por ejemplo, un cierto “perfil étnico”.

El segundo paso de esta exclusión es la eliminación física. El Nacionalsocialismo que rigió Alemania en la década de los años 30 y 40 del siglo pasado es un caso bien conocido por haber avanzado en el cumplimiento de este segundo paso en su guerra contra los enemigos, esto es la detención física y eliminación de aquellos designados “outsiders”, enemigos de la comunidad o extraños a la comunidad. Los campos de concen-

25 La reciente reforma del Código Penal español de 2010 en el campo de la criminalidad organizada y terrorismo es un modelo claro de esta tendencia, véase Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte Especial*, 18. ed., Valencia 2010, 916/936; Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo: Sobre las reformas habidas en Alemania en el campo del terrorismo*, véase Zöller, *Terrorismusstrafrecht*. Una buena descripción de las tendencias en la política criminal en la lucha contra el terrorismo en muchos países, en AAVV, *Terrorismo y Estado de Derecho*, Serrano Piedecosas y Demetrio Crespo (Directores), Madrid 2010; también Sieber, *Criminal Law between War and Peace*, cit.

26 Sieber, *Criminal Law between war and Peace*, 64.

27 Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 1922; también Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, transl. George Schwab, Chicago 1932.

28 Giorgio Agamben, *Homo sacer, El poder soberano y la nuda vida*, Valencia 2003, 147. Véase también Hannah Arendt, *The origins of Totalitarianism*, 1973.

tración, “Konzentrationslager”, Buchenwald, Dachau y Auschwitz comportan la coronación de una guerra total contra enemigos²⁹. Y aún más, no es exagerado pensar que el confinamiento prolongado de terroristas sospechados en la Bahía de Guantánamo constituye un mecanismo similar a la misma política de medidas extraordinarias especialmente diseñadas para enfrentar a los enemigos de la comunidad.

Pero el problema en las modernas sociedades democráticas es obviamente diferente. Como dijimos en relación con los límites del derecho de la guerra y el derecho penal internacional, ahora debemos ver también si este “Derecho Penal del Enemigo” es compatible con los derechos humanos y con los principios de las Constituciones democráticas vigentes en los Estados. Cuando las dictaduras emplean este tipo de “Derecho Penal del Enemigo” para criminalizar y perseguir a los opositores políticos, para abolir o restringir los derechos humanos, para torturar y matar personas que están contra el sistema, nadie dice que esto sea un uso correcto de la regla del imperio de la ley³⁰. Pero entonces ¿por qué precisamente debe ser diferente que las sociedades democráticas empleen estas mismas medidas?

Para Günther Jakobs estas diferencias entre amigo y enemigo están basadas en un enfoque funcionalista del derecho penal. Aquí no hay diferencias entre sistemas democráticos y antidemocráticos, cada sociedad tiene el derecho de asegurar un mínimo de seguridad, que él llama “seguridad cognitiva”, utilizando todos los medios necesarios contra los “outsiders” que permanentemente están amenazando su seguridad, pues deben ser considerados “enemigos” y los enemigos no tienen derecho a ser tratados como personas: “Feinde sind ak-

tuell Unpersonen”³¹ (“los enemigos son en realidad no personas”).

Una manera de entender estas políticas hacia el terrorismo consiste en partir de la consideración que estamos persiguiendo delitos, y al mismo tiempo que estamos envueltos en una guerra. Y en caso de guerra, se pueden utilizar todos los medios necesarios para derrotar a los combatientes del otro lado.

Sin embargo, a partir de que la expresión “Guerra” podría provocar cierto temor en algunas personas³², Jakobs propone emplear el concepto más técnico de “Feindstrafrecht”, “Derecho Penal del Enemigo” o “Derecho Penal para y contra enemigos”. No obstante, la idea subyacente es la misma. Para Jakobs el derecho es lo que es funcional dentro de un sistema social particular, independientemente de cómo ese sistema social esté constituido, sea bajo la forma democrática o antidemocrática.

Jakobs explica³³:

“Para aquellos a quienes la cuestión aparece incierta, una referencia al ataque del 11 de setiembre de 2001 puede ayudar a dilucidar rápidamente el asunto. Los delitos no dejan de serlo aún si son cometidos con intenciones radicales y a una gran escala. Pero ciertamente debemos preguntarnos si, a través de la estricta fijación a las categorías del delito, se impone al Estado un compromiso —por ejemplo la necesidad de respetar al delincuente como persona— lo cual se torna simplemente inapropiado cuando se trata de un terrorista, pues éste no justifica la expectativa del comportamiento personal general”.

En otras palabras —dice Jakobs— cualquiera que invoque al enemigo bajo el término burgués de “crimi-

29 En los años 40s del siglo pasado, durante el régimen nacional socialista en Alemania, un famoso jurista alemán, Edmund Mezger, propuso también un “Derecho Penal para enemigos” en un proyecto de código diseñado para eliminar a la gente que él llamaba “Extraños a la comunidad” o “Enemigos de la comunidad” (véase “Entwurf für die Behandlung der Gemeinschaftsfremde”, en Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4. ed., Valencia 2004. También hay una versión en alemán de este libro, *Edmund Mezger, Beiträge zu einem Juristenleben*, Berlin 2007, y una portuguesa *Edmund Mezger e o direito penal do suo tempo*, S. Paulo 2006).

30 Sobre el empleo del Derecho Penal para reprimir a los opositores políticos durante la dictadura del General Franco en España (1939/1975), véase mi artículo *Politische Straftat und Feindstrafrecht*, en Kritik des Feindstrafrechts, editado por Vormbaum and Asholt (también hay una versión en italiano en “Delitto politico e Diritto penale del nemico”, en Atti del Convegno “Delitto politico e Diritto penale del nemico”).

31 Jakobs, ob. cit. También Jakobs, *Zur Theorie des Feindstrafrechts*, en *Strattheorie und Strafgerechtigkeit*, Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog, Henning Rosenau/Sangyun Kim (edit.) 2010, 181, utiliza la palabra “Depersonalisierung” (“Despersonalización”) como característica del poder coercitivo (“Zwang”) del derecho, conceptualmente definido por él como “Fremdverwaltung” (“administración para extraños”).

32 George Fletcher, *The Grammar of Criminal Law*, 231, nota 142 (241, nota 71 en la versión española): “el empleo de la palabra “guer” no es enteramente apto debido a que la guerra es un “orden legal alternativo” que involucra sus propias reglas de reciprocidad y trato decente. Estas reglas se basan en la expectativa que la guerra termine y que uno debe vivir en paz con el antiguo enemigo. No existe una expectativa similar de vivir en paz con los delinquentes, y por tanto la guerra de la que aquí se trata es una guerra de eliminación”.

33 Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, Hörschrichterliche Rechtschprechung, 2003.

nal” no debiera sorprenderse si la palabra “guerra” y “proceso penal” se vuelven confusos.

Debido a este modo de pensar las políticas hacia el terrorismo, nos comprometemos en una guerra y entonces el derecho penal contra el terrorismo se convierte en un derecho de guerra dentro del derecho penal interno. Y en caso de guerra, se admite la utilización de todos los medios necesarios para derrotar a los combatientes del lado opositor. De ese modo, la guerra contra el terror se convierte en la máxima expresión del “Derecho Penal del Enemigo”.

Está claro que con esta posición la persecución de actos terroristas puede fácilmente convertirse en una excusa para promover una serie de medidas extremas adicionales que de hecho socavan el imperio de la ley en un sentido más general. Así se expresa, por ejemplo, Manuel Cancio Meliá:

“Creo que la actual respuesta del derecho penal al terrorismo está repleta de leyes inconstitucionales que imponen castigos crueles e inusuales, injustificadamente criminaliza actos que infligen un daño no claramente reconocible, y significativa e inexcusablemente limitan el derecho al debido proceso del acusado por delitos de terrorismo”³⁴.

Una cuestión diferente, que no pretendo aquí discutir, plantea el interrogante de si Jakobs utiliza la expresión “Derecho Penal del Enemigo” como enteramente descriptiva y carente de valoración, o está de acuerdo con él mismo, e incluso lo legitima³⁵. Cualquiera que sea la opinión que se tenga al respecto, en su tesis se observan unos márgenes de ambigüedad que pueden dar lugar a malentendidos, que han provocado que muchos autores³⁶, hayan entendido que su posición no es puramente descriptiva, sino también una recomendación para utilizar ambas clases de derecho penal: el derecho penal para ciudadanos normales, y el derecho penal especial para enemigos. En ese sentido se expresa, por ejemplo, Sieber: “este slogan no es simplemente usado para describir críticamente los actuales desarrollos

sino mas bien es formulado como una recomendación vinculada a los pasos que deben ser tomados; luego, los riesgos de abandonar las tradicionales barreras del derecho penal serían aparentes”³⁷.

Y también Fletcher señala: “Mi dificultad con Jakobs es que describe la inevitabilidad de “un derecho penal contra enemigos” sin condenar sus desarrollos y exhortando a su eliminación”³⁸.

En mi opinión a este respecto existen dos interrogantes importantes que Jakobs no ha respondido hasta hoy:

1. La primera pregunta es: ¿cómo puede definirse al enemigo?

O aún mejor: ¿cómo puede ser distinguido un ciudadano normal de un enemigo? Si todos los criminales son enemigos, el derecho penal en general es un derecho para enemigos y la “guerra contra el terrorismo” puede fácilmente convertirse en una “guerra contra el crimen”. Pero si sólo se trata de un grupo de criminales que llamamos enemigos, entonces deberíamos identificarlos. Y como hemos visto en el apartado II, incluso si asumimos que los ataques a las Torres Gemelas comportaron al mismo tiempo una violación deliberada del derecho de los conflictos armados, existen reglas que diferencian los actos conforme al derecho de la guerra y actos contrarios al mismo. La guerra no es un vacío legal, y, como las Convenciones de Ginebra demuestran, los enemigos, incluso los “combatientes enemigos” son personas con derechos fundamentales que deben respetarse por los beligerantes. El “Derecho Penal del Enemigo” no debería ser un ámbito sin ley³⁹, ni tampoco, como Jakobs señala, el reconocimiento de la imposibilidad de una zona de “juridicidad total”⁴⁰. Por supuesto, el terrorismo es una amenaza real y seria para la vida pacífica de una sociedad y merece un castigo duro, mas severo que el que comportan los delitos ordinarios; sin embargo la respuesta punitiva debe enmarcarse dentro de los límites del imperio de la ley, y el

34 Cancio Meliá, *New Criminal Law Review*, 110.

35 Si la postura de Jakobs hacia su “Derecho Penal del Enemigo” es “describir, prescribir... o sólo explicar” véase Gómez-Jara, *Enemy Combatants*, 834/838.

36 La mayoría de los autores que han participado del debate sobre el “Feindstrafrecht”, critican la posición aparentemente descriptiva de Jakobs, quien nunca ha dicho nada contra el “Derecho Penal del Enemigo”, que él acepta como algo “repugnante” (“anstössig” en alemán) pero inevitable. Véase la bibliografía citada en la nota 21.

37 Sieber, *Criminal Law between War and Peace*, p. 45.

38 George P. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law*, 230, nota 138 (240, nota 67 en la versión española).

39 Cancio Meliá, ¿“Derecho penal” del enemigo?, en *Derecho Penal del Enemigo*, Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá eds., 2d ed. 2006, 86: “El derecho penal del enemigo es una contradicción en sus términos y ese concepto no debe considerarse parte del derecho”.

40 Jakobs, *Diritto penale del nemico?, una analisi sulle condizioni della giuridicità*, en *Delitto politico e Diritto penal del nemico*.

respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que correlativamente son derechos fundamentales de todas las personas, incluso si todos ellos aparecen sospechados de haber participado en actividades terroristas. Como Gómez-Jara señala: “sin importar lo que el delincuente haya hecho, incluso si es reputado terrorista, existen algunos derechos esenciales y básicos que deben siempre respetarse”⁴¹.

En mi opinión, “enemigos”, sea lo que sea lo que este concepto signifique, son “personas” sujetas al imperio de la ley y como tales poseen los mismos derechos fundamentales básicos que los ciudadanos normales.

2. Sentado ello, debemos hacer formular una segunda pregunta, de importancia práctica inmediata, a la teoría de Jakobs:

¿Con qué alcance las categorías y principios jurídicos universales deben ajustarse a este “Derecho Penal del Enemigo”?

La respuesta debe contextualizarse en nuestra presente situación, y no sólo como Jakobs hace, sumando argumentos para apoyar sus ideas con citas filosóficas de Fichte, Rousseau, Hobbes y Kant⁴². Y en las sociedades democráticas existen Constituciones, instrumentos legales fundamentales que reconocen los derechos humanos de las personas, sin hacer distinciones entre ciudadanos y enemigos; y es un deber de las legislaturas sancionar leyes de acuerdo con los derechos humanos y los principios reconocidos en la Constitución. Luego es tarea del poder judicial controlar la constitucionalidad de esas leyes. Por supuesto, en situaciones extremas resulta difícil mantener un equilibrio entre seguridad y libertad, y aparece la tentación para el Estado de emplear la “guerra contra el terrorismo” limitando los derechos fundamentales y las libertades civiles, contaminando y destruyendo por ese camino las bases constitucionales de todo el derecho penal⁴³. La compensación entre seguridad y libertades civiles

puede resultar en una pérdida de las libertades civiles, y de ese modo poner en seria cuestión la legitimación del Estado, lo cual supondría un triunfo del terrorismo⁴⁴.

Al mismo tiempo si un estado democrático lucha contra el terrorismo por fuera de sus propios principios constitucionales ingresa en una zona de auto contradicción. Como Gómez-Jara afirma: “existe evidencia sustancial que apoya la premisa de que el Estado se aniquila a sí mismo cuando traiciona sus propias reglas mediante la introducción de leyes que contradicen su propia esencia”⁴⁵. O dicho aún mas duramente por un miembro de la Cámara de los Lores británica, Lord Hoffman, al criticar las leyes excepcionales contra el terrorismo: “la verdadera amenaza para la vida de la Nación, en el sentido de las personas que viven bajo sus leyes tradicionales y valores políticos, no proviene del terrorismo sino de leyes como éstas”⁴⁶.

En vistas de todo lo expuesto hasta aquí, mi interrogante final es el siguiente:

¿Es todavía posible encontrar en nuestras sociedades democráticas un lenguaje común, una terminología común que facilite la vigencia de principios compartidos de confiabilidad y políticas conjuntas frente a la lucha contra el terrorismo y que respete al mismo tiempo los derechos humanos?

Si la respuesta es afirmativa, entonces no veo ninguna posibilidad de ubicar un “Derecho Penal del Enemigo” sea en el sistema de derecho penal nacional, sea en el sistema del derecho penal internacional. De modo que en tiempos de guerra como en tiempos de paz, no necesitamos un derecho de la guerra especial, o un derecho penal internacional o nacional especial para castigar satisfactoriamente los ataques masivos a las poblaciones civiles, sólo necesitamos la aplicación de la regla del imperio de la ley, sea en el derecho penal interno como en el internacional. Pero una ley que resguarde algunos principios y el esencial reconocimiento de derechos humanos fundamentales establecidos en las constituciones democráticas y las Convenciones Internacionales.

41 Gómez-Jara, *Enemy Combatants*, 557.

42 Sobre el origen filosófico del “Derecho Penal del Enemigo” véase Gómez Jara, *Enemy Combatants*, 539/542.

43 Cancio Meliá, *Terrorism and Criminal Law*, 108: “No provee una solución real en términos preventivos, puede causar un efecto contaminador que puede socavar las bases constitucionales de todo el sistema penal”.

44 Waldron, *Torture, terror and trade-offs*, 20/47.

45 Gómez-Jara, *Enemy Combatants*, 562.

46 <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk>.