



ELS ANTECEDENTS DEL DRET PENAL DE L'ENEMIC

Ramon ALCOBERRO

“Dret penal de l’enemic” [Feindstrafrecht] és un concepte que s’ha anat usant cada cop més en la lluita antiterrorista i que designa la teoria segons la qual en una situació d’excepcionalitat els individus que a priori semblen constituir un perill per a la convivència no poden esperar ser tractats imparcialment per la justícia. “Enemic “ en la teoria de Jakobs no ho és exactament qui ha comès un error o un tort a la llei (per ex. ha robat), sinó algú que pot destruir la base mateixa del consens social i polític sobre el qual s’aguanta tota l’estructura de la convivència. I com que l’enemic resulta perillós la justícia té dret a anorrear-lo preventivament. És correcte castigar-lo fins i tot anticipadament.

És molt senzill. Els enemics no “mereixen” drets perquè són individus perversos i, per tant, no han de tenir-ne. En la concepció de Günther Jakobs (1937) i del jurista nazi Carl Schmitt (1888-1985), en qui Jakobs s’inspirà, però sense esmentar-lo mai; l’enemic significa un límit al dret (perquè contra l’enemic val tot). A més, aquest principi se situa a la base mateixa de la política, perquè estrictament parlant es fa política per evitar que els enemics arribin al poder. L’enemic, en definitiva, és algú que necessàriament ha de tenir restringits els seus drets civils i polítics en raó de la seva mateixa perillositat (ni que sigui potencial) per a la continuïtat de la comunitat.

En l’eterna lluita entre la llibertat i la seguretat, que és un debat molt habitual en la filosofia dels drets humans i en la teoria del dret, la tesi de Jakobs sobre el “dret penal de l’enemic” representa l’argumentació més radical en defensa del principi de seguretat, per sobre de qualsevol altra consideració. Aquesta tesi ja havia estat més o menys formulada en la filosofia clàssica per autors com Hobbes, Rousseau i Kant (tres dels referents del que s’anomena “republicanisme polític”), però ha rebut una nova formulació en l’obra del jurista alemany contemporani Günther Jakobs. La teoria del dret penal de l’enemic es pot resumir d’una manera molt senzilla dient que és una regulació que es fonamenta en l’anticipació del poder punitiu de l’Estat en circumstàncies (suposadament) excepcionals. No cal esperar que el malfactor actuï per a reprimir-lo. Podem jurídicament anticipar-nos a l’enemic i actuar castigant-lo “per si un cas”. Segons la tesi de Jakobs, donada una situació d’una perillositat extrema d’un agent (l’enemic) que es considera brutal, ha de ser possible atenuar, o suprimir (si calgués), a l’enemic de la Constitució els drets i les garanties que gaudeixen tots els ciutadans indiscriminadament. Òbviament per a Jakobs aquesta legislació especial únicament seria aplicada per defensar la Constitució en casos d’una extrema gravetat, que mai no s’han

arribat a concretar enlloc d'Europa (excepte, òbviament a l'Estat espanyol!). El raonament justificatiu és simple. Si es considera "enemic" tota persona que persisteix a cometre delictes contra l'Estat, fins a posar-ne en perill la pròpia subsistència, llavors l'Estat s'ha de dotar d'una legislació que li permeti deixar fora de la circulació els enemics. I si s'aconsegueix fer passar per terrorisme qualsevol desordre públic, o l'actuació d'un piquet en qualsevol vaga, l'Estat aconseguirà un poder absolut i hobbesià sobre la ciutadania. L'excepcionalitat i la seguretat poden ser invocades per a qualsevol cosa.

Segons Jakobs hi ha dues menes de drets penals diferents: el que correspon al ciutadà (a qui es garanteix l'aplicació de la llei amb garanties) i el que pertoca a l'enemic – que ha de tenir uns drets i unes garanties jurídiques diferents, molt relativitzats; i que, si cal, s'ha de veure privat de drets fins que no sigui eliminat el perill que ell representa. "L'aparició de l'individu perillós, l'enemic", ha de ser evitada, de totes totes, per la societat i per la llei. Hi ha sospitosos habituals (estigmatitzats i impossibles de rehabilitar) i que només "mereixen" repressió. Aquesta posició té un perill molt gran de degenerar en una mena d'Estat totalitari i d'ofec de qualsevol oposició. Sobre aquesta qüestió hi ha obert un debat jurídic i polític prou significatiu ara mateix. Els partidaris de la tesi del dret penal de l'enemic insisteixen molt a afirmar que la seva és una tesi democràtica -i a més, de democràcia "forta" – de caire "republicà" en el sentit que la paraula té en el vell Ciceró: ("la unió d'una multitud d'individus que s'han associat en virtut d'un acord sobre el dret i d'una comunitat d'interessos." Ciceró: De la República; I, XXV, 39). Simplement, l'Estat té dret a defensar-se i ser defensat per evitar mals majors. I això inclou que s'ha d'acceptar com a just el fet de declarar algú enemic públic i fer recaure sobre ell tot el pes de la llei si ha provocat una circumstància excepcional. Hobbes pensava el mateix.

La tesi del dret penal de l'enemic és una proposta "ad hoc" per respondre a nous reptes inèdits en la història de la humanitat, com ara el terrorisme global, desencadenat (per posar-hi una data) a partir de l'atac a les Torres Bessones (11 S. 2003). En síntesi expressa l'opinió de molts juristes conservadors que davant un perill (suposat o cert) de pèrdua de sentit comunitari, creuen que la comunitat (Estat) té dret a realitzar una sèrie d'accions d'autodefensa que van fins i tot més enllà del que sembla acceptable en un context liberal i garantista. Es tracta, doncs, del que Ferrajoli ha anomenat "teories de la prevenció especial". El dret penal de l'enemic, de fet, significa una legalització permanent de l'estat d'excepció. Els Estats tindrien dret a usar mitjans no democràtics i no garantistes per assegurar la pervivència d'una societat democràtica que fos garantista amb els ciutadans -mentre expulsa amb espasa flamígera els "enemics". ¿És, però democràtica i acceptable en un Estat liberal la tesi del dret penal de l'enemic? La resposta a aquesta qüestió ens obliga a fer marrada fins les posicions de Hobbes, Rousseau, Fichte i Kant que estarien en bona mesura d'acord amb la tesi del jurista alemany.

Per a Hobbes la cosa és clara; explicat d'una manera un xic esquemàtica el seu raonament seria així: si assumim que l'home és un llop per a l'home, llavors qui mata el llop fa un favor a l'home. L'Estat (Leviatan) és qui ha vençut al llop (la brutalitat, l'agressivitat) i, per tant, té el dret a anorrear-lo. Això fins i tot resultaria una obligació. Qui ha decidit retornar a la brutalitat de l'estat de natura no es pot queixar si se li apliquen regles brutals. Com menys llops, més plaent és la vida humana. I, de fet, una bona part del futur marxisme serà hobbesià: ho és Marx quan planteja que els homes mengen carn d'homes constantment en la mesura que uns "mengen" el treball dels altres constantment.

Seguint Yves Charles Zarka ("L'enemic segons Hobbes", text disponible a Internet en francès), hi ha quatre determinacions mitjançant les quals Hobbes defineix l'enemic: 1) l'enemic és

sempre relacional; si canvien les relacions amb ell pot deixar de ser enemic. 2) L'enemic pot ser interior o exterior. 3) L'hostilitat pot ser racional o irracional. És racional quan es fonamenta en el desig de conservació d'un mateix (les guerres per causes econòmiques són racionals). És irracional quan l'hostilitat porta a perdre de vista el principi de la pròpia conservació (les guerres per aconseguir la glòria són irracionals). 4) La política no pot erradicar del tot l'enemic, perquè l'enemic detesta la política i no en fa. Si la política té un sentit per a Hobbes (diu Zarka) és precisament perquè pot posar fi a la guerra; fins i tot si aquest posar fi no és mai definitiu, sempre cal sortir de la guerra. La teoria del dret penal de l'enemic té molts punts de contacte amb les tesis de Hobbes (i ara cal deixar al marge si les tesis de Carl Schmitt en què es fonamenta Jakobs són o no producte d'una bona lectura de Hobbes). Limitem-nos a assenyalar-ne dues. Jakobs també pensa que la política no és suficient per a evitar el perill potencial que representa un enemic de l'Estat, sinó que, més aviat al contrari, precisament perquè la política sempre ha de basar-se en el reconeixement de l'altre (el diferent...) i procurar arribar-hi a pactes, de vegades el polític tendeix amb excessiva facilitat a pactar amb els enemics sobre temes on cap pacte no és acceptable. Per això la força de la llei dona una eina coactiva més al polític – i sovint fins és l'eina definitiva, perquè apareix com a més neutra davant l'opinió pública. Jakobs, a més, creu que la "dura lex" és l'única resposta realment possible quan l'enemic és "irracional" – tot i que "irracional" sigui un concepte prou difícil de definir, en política i molts altres àmbits. Òbviament, Jakobs respondria que en la mesura que es comparteix el mateix marc constitucional no hi ha enemics sinó adversaris, però és molt típic del pensament conservador el considerar el pacte com una perversió i no com una condició de la política.

Hi ha una diferència bàsica entre Rousseau i la teoria de Jakobs. Per a Rousseau només es pot expulsar algú de l'àmbit del jurídic pel que objectivament ha fet. Jakobs, en canvi, pretén que es pot castigar algú no pel que ha fet sinó pel que algú (bàsicament un jutge), subjectivament creu que el suposat "enemic" pot arribar a fer, o pel que farà en el futur. Anant a les semblances, Rousseau al Contracte Social (II, 5- Del dret de vida i de mort) diu ben a les clares que un individu que declara la guerra a l'Estat esdevé un "rebel i traïdor a la pàtria" i, en conseqüència, deixa de ser-ne membre perquè ha trencat el contracte. Quan la conservació de l'Estat és incompatible amb la vida de qui l'ha traït, aquest traïdor ha de morir no com a ciutadà sinó "com a enemic públic" – o com a mínim ha de ser exiliat. És molt possible que quan Rousseau defensava el dret a matar el qui es converteix en enemic de l'Estat, pensés bàsicament en la justificació del tiranicidi. És el tirà qui trenca la societat en actuar unilateralment contra els drets dels ciutadans. Potser a primera vista és inevitable identificar la posició de Rousseau amb la que ara es deriva de Jakobs. Però les coses són més complicades. Convé saber que aquest capítol no formava part de la primera redacció del Contracte Social. Per un manuscrit conservat a la Biblioteca de Neuchâtel, publicat per Charly Guyot i també disponible a Internet, resulta clar que Rousseau distingia clarament entre tres conceptes: "danger", "risque" i "perill"; on perill és més vague que "danger". El límit del poder sobirà és el dret a vida i mort i el pacte social que dona al cos polític un poder absolut sobre tots els seus membres. La vida i la llibertat són drets naturals; però qui no les vol arriscar per defensar el Contracte, especialment en un cas de "danger" que implica a tot, és un traïdor. Quan hi ha "danger" s'ha d'estar a totes; i qui es nega a arriscar la vida per la pàtria mereix perdre-la. Qui impedeix la conservació de la comunitat perquè prefereix conservar la vida pròpia, mereix perdre-la per haver traït els principis del pacte. En definitiva, la pena de mort només és acceptable com una eina per a la defensa de la societat en una situació extrema – mentre que en l'obra Jakobs aquesta restricció no és tan clara.

Kant a la *Metafísica dels Costums* va escriure que: “Tots els qui són assassins, els qui hagin donat mort o els qui l’hagin encarregat, o que hi hagin cooperat, han de ser castigats amb la mort; així ho vol la Justícia com a Idea del poder judicial segons lleis universals fundades a priori”. (1ª part, Doctrina del dret). Kant pensava que la pena de mort era un càstig just, no pel seu caire dissuasiu, sinó, simplement com una equivalència al patiment causat a la víctima. Si algú ha triat fer el mal ha de ser punit com a tal. En definitiva la tesi és hobbesiana: qui no participa de l’Estat polític (racional) o li presenta un repte, torna a la brutalitat i, per tant, n’ha de ser expulsat i tractat com un enemic. Kant té clar que els qui ell anomena “enemics perversos”, en el *Tractat sobre el Dret de gents* (VII), no han de tenir drets, Però, de fet deixa clar que els enemics perversos són només els qui viuen en la salvatgeia. Seria, doncs, partidari de Jakobs? És significatiu que l’ètica kantiana exigeix igualtat i imparcialitat. Sense aquestes dues condicions no hi ha ètica kantiana que valgui. Per tant més que preguntar-nos si els textos de Kant donen empara a Jakobs, caldria preguntar-se si la teoria del dret de Kant va ser conseqüent amb la seva pròpia ètica. Segurament, la resposta és que no. Un sistema kantianista ha de ser universalista i garantista – i òbviament el de Jakobs no ho és perquè divideix a priori els humans en dos grans grups i no atorga protecció als enemics (que podrien ser considerats enemics per qüestions més emocionals que estrictament racionals). El dret penal de l’enemic és, senzillament, com tots el tipus “excepcionals” de dret, un tipus inquisitorial de dret.