



UN COMENTARI A L'ARTICLE “¿TERRORISTAS COMO PERSONAS EN DERECHO?” DE G. JAKOBS

Ramon ALCOBERRO

“¿Terroristas como personas en derecho?” és un article de Günther Jakobs que es va publicar en paper dins el llibre de Cancio Meliá i altres: *“Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión”*; vol. II, Madrid: Edisofer, 2006; pp. 77-92 – i que es troba fàcilment a Internet. En aquest text apareixen una sèrie d'argumentacions sobre el terrorisme que han resultat després prou productives quan s'han aplicat a immigrants sense papers o a adversaris polítics, com és el cas de l'independentisme català. Analitzem el text.

Hi ha molts intents de blanquejar la teoria del dret penal de l'enemic de Jakobs (especialment per part de filòsofs del dret espanyols i de l'Amèrica del Sud), vinculant-la a teories de caire estructuralista o situant-la en l'àmbit del funcionalisme teleològic, una teoria sociològica que suposa que tota societat s'orienta a la consecució de finalitats i que, en conseqüència, la funció del dret és prevenir torts futurs i actes que provoquin descontrol social. Però, en realitat, el dret penal de l'enemic no és gaire més que una adaptació a les formalitats democràtiques de la teoria de les “Volksschädlingen” [literalment “plagues del poble”], que els nazis van aplicar als jueus en l'època hitleriana. L'article de Jakobs “¿Terroristas como personas en derecho?”, que curiosament (o no tan curiosament) es va publicar abans en espanyol que en la versió original alemanya, és un bon exemple dels problemes que planteja la teoria del dret penal de l'enemic i, específicament, de la dificultat jurídica que implica la consideració de “no persones” que segons Jakobs cal donar a individus quan, volgutament o no, se situen fora de l'àmbit de protecció constitucional. El terrorista és un exemple de llibre sobre com aplicar el dret penal de la forma més restrictiva possible a qui es manifesta estructuralment com un enemic de la constitució.

“Enemic” és qui per la seva acció no només opta per situar-se fora de la llei, sinó per no reconèixer-la. I contra ell, senzillament, el dret ha d'aplicar-se amb tota la seva violència coercitiva perquè no hi ha cap “expectativa d'un capteniment correcte” per part del malfactor, real o suposat. “La sabiduría popular dirá ‘este no es trigo limpio’ y eso significa ‘se abandona la expectativa normativa para pasar a la cognitiva’”. Amb l'enemic no s'hi val a badar perquè destruirà tota expectativa racional. No és un pur adversari, sinó que va a totes. En castellà es diu: “al enemigo ni agua” i es tracta d'això: de deixar-lo sense cap eina jurídica a l'abast, de

matar-lo de set – impedint-lo ni tan sols d'explicar els motius (o les raons) de la seva acció. La càrrega ideològica de la paraula “enemic” (en llatí “hostes”, l'enemic irreconciliable) és prou forta per a exigir una mica de prudència en el seu ús jurídic i òbviament la vinculació al pensament nazi de la teoria també hauria de ser justificada amb molta més finor -especialment quan Jakobs no es refereix mai explícitament al dret nazi per raons òbvies. Si ho fes, a Alemanya s'arriscaria massa.

En tot cas, el concepte de “no persona” és d'una obvietat tal que qualsevol qui l'usa en la seva argumentació sap que se situa en l'àmbit de la teoria nazi del dret sense que calgui gaire més explicació. La llei en una cultura democràtica no només protegeix les “bones persones”; ha de protegir a tothom –i quan es prescindeix d'aquesta obvietat la defensa de les vides i els drets es poden posar molt complicades per a tothom. Per a Jakobs, però, la llei no protegeix tothom, ni tan sols tots els ciutadans. És més, la llei ni tan sols serveix per a protegir els bens: *“La finalidad del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, y en la época moderna, la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad”*. L'Estat de dret ha de protegir els bons i castigar els dolents que, en delinquir, se situen fora del paraigües de confiabilitat social. I quan algú no només queda fora de la llei pels seus actes, sinó que ni tan sols reconeix aquesta llei, llavors s'ha guanyat a pols la consideració d'enemic i de no-persona, de tal manera que ha de ser tractat en conseqüència.

Convé tenir molt present que Jakobs manté una posició, d'arrel neokantiana, que considera el dret com a sistema “autopoietic” (o el que és el mateix: que és capaç de reproduir-se i mantenir-se per si mateix). El que interessa al dret són les formes i la seva capacitat per a ser argumentativament consistent, deixant totalment al marge qualsevol consideració sobre la validesa del dret com a eina de resolució de conflictes reals. D'aquí que el llenguatge i els seus usos tinguin una importància central en l'àmbit del dret penal de l'enemic.

Explica Jakobs que l'any 1986 a Alemanya ja es promulgà una “lleï per a la lluita contra el terrorisme” i, en conseqüència, segons la seva opinió, a partir de l'existència d'una lleï que porta aquest nom només poden passar dues coses: o la paraula “lluita” no significa res, o si es lluita és per guanyar. A més la lleï és, des del seu mateix títol, “contra el terrorisme” i això a parer seu significa que el seu abast va més enllà dels “terroristes”, de manera que *“la punición de los terroristas tan solo es una meta intermedia, no el objetivo principal del legislador”*. Si el terrorisme pot existir sense terroristes és una qüestió quasi metafísica i la tesi que el dret penal és un dret “de lluita” és poc més que una desagradable afirmació de l'escola alemanya. En altres tradicions el dret penal és protectiu, al menys en un primer nivell.

És important ser conscient que per a Jakobs n'hi ha prou amb la intenció de delinquir contra l'Estat per esdevenir ja directament “enemic”. En la mesura que es lluita contra “enemics”, és a dir, no amb (ni contra) adversaris, en opinió de Jakobs n'hi hauria prou amb “la preparación de un hecho delictivo grave” per poder-lo penar “como tal perturbación” ni que no tingui conseqüències socials. Jakobs, a més considera, que per a prevenir accions de tipus terrorista *“son necesarias duras amenazas de pena para evitar escaladas”*, de manera que el dret no s'aplica a un acte sinó a una intencionalitat i “per si de cas”, en un ús no gaire canònic del dret.

L'argumentació preferida de Jakobs és la que fa referència a la protecció de drets en situacions d'incertesa *“cuanto más pese un bien más seguro habrá de estar para que no se rompa la prestación de orientación de la norma correspondiente”* i ell mateix posa l'exemple de qui

encadena la seva bicicleta amb triple volta per evitar ser robat. Aquí hi ha una confusió òbvia entre el paper de policia i el de jutge sobre el qual no val la pena insistir. Quan les funcions d'ambdós es confonen, alguna cosa del dret s'ha confós o perdut també.

Dret penal de l'enemic és el que s'aplica a algú no tant per l'acte que ha comès sinó per tranquil·litzar la societat i assegurar que mai més ningú que no sigui directament un foll gosarà actuar de la mateixa manera. Es jutgen expectatives perquè: *“Solo cuando esa presunción [d'innocència] se mantiene fundamentada es posible un trato tanto libre como sin temor de los ciudadanos entre ellos.”* En aquest sentit el dret penal de l'enemic és una expressió del que es coneix com a “punitivisme exacerbat”, val a dir, que vol castigar per allò que s'és o pel que s'espera que es faci i no per allò que realment es fa. Com que no és reconduible, amb l'enemic no es poden intentar mesures polítiques, ni molt menys negociar-hi. Ell mateix s'ha autoexclòs i, en conseqüència, no pot esperar res. El fonament de la teoria del dret penal de l'enemic és l'expectativa racional (“cognitiva”) de la conducta futura del delinqüent. Si no hi ha expectatives de canvi de conducta, el que toca fer en justícia és actuar amb tota la duresa necessària per tal d'evitar la repetició del fet. Però aquesta perspectiva pressuposa quelcom que és absurd: que el jutge pot tenir una anticipació mental de les conseqüències d'una acció que encara no s'ha portat a terme. En vocabulari jurídic això es considerar el dolo eventual com si fos dolo directe i resulta perfectament antijurídic perquè, senzillament, cap jutge no es Déu.

Cal no perdre de vista que el dret penal de l'enemic és un dret d'excepció. En conseqüència s'aplica amb excepcionalitat però amb fermesa i sempre es justifica per tal d'evitar mals majors: *“Volvamos al terrorista: su punición mucho antes de la producción de lesiones o su duro interrogatorio no cuadran al Estado de Derecho perfecto; pero tampoco cuadra ahí el derribo de un avión de pasajeros”*. Per tant, tot s'hi val si es té la sospita de la realització d'un acte de maldat intrínseca i que deixaria fora el terrorista de qualsevol consideració d'humanitat.

Jakobs escriu, referint-se al terrorisme, que *“la proposición ‘en Derecho todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona’ es incompleta”*. Si no hi ha garantia de “fidelidad al ordenamiento” (sic) vas de pet al calaix dels sospitosos habituals – i no importa què facis. El terrorista es “hostil” per naturalesa i, en conseqüència, no se'n pot esperar res. Per això la pena al terrorista: *“no puede explicarse a través de aquello que ya ha sucedido (...) sino solo con base en el peligro existente”*.

De Jakobs en defensa de la seva teoria que vivim en “un món brut”, imperfecte, on el dret infravalora perillosament la perillositat d'alguns enemics. Les darreres línies del seu text són quasi definitives: *“Un Estado de Derecho que todo lo abarque no podría conducir esa guerra [contra el terrorisme], pues habría que tratar a sus enemigos como personas y, correspondientemente, no podría tratarlos como fuentes de peligro.”* Si de debò, per combatre el terrorisme, un Estat ha d'adoptar formes terrorífiques, llavors és obvi que el terrorista ha guanyat perquè ha tret l'Estat de l'àmbit legal que li és propi – i, per tant, ha demostrat que no era possible combatre amb eines democràtiques. Aplicar les tesis de Jakobs seria la millor victòria que un terrorista podria esperar. Perquè llavors tota la societat viuria sota el terror de l'estat d'excepció. D'això se'n diu el feixisme.