

Un diálogo sobre el Derecho Procesal Penal de enemigos

Alejandro Freeland*

Llegué tarde al almuerzo que yo mismo convoqué. Demorado por un piquete en las avenidas De Mayo y 9 de julio que dividía a la ciudad en dos. La primera línea de los piqueteros portaba palos y pañuelos que cubrían su faz y amenazaban con romper a cualquiera que osara cruzar su camino; detrás mucha gente entre la que destacaban las mujeres con niños en los brazos. La policía los custodiaba, los protegía (imagino que de cualquiera que amagara con cuestionar su “derecho” a negar los derechos ajenos). No era clara para mí su “exigencia” (luego me enteré de que pedían un aumento en los planes sociales, muy devaluados por la inflación; más tarde, que lo consiguieron). En fin, cuando llegué al restaurante ya estaban mis amigos sentados conversando alrededor de unas raciones de jamón y de rabo de toro, la especialidad del lugar.

Beto es profesor de derecho penal y jakobsiano convencido; Ricardo profesor de filosofía del derecho y Daniel abogado dedicado al derecho societario.

Después de disculparme, el diálogo que siguió, y que quiero contarles, fue más o menos así:

Alejandro: Gracias por venir. Me han encargado una ponencia sobre el Derecho Procesal penal de enemigos y no me parece que pueda yo decir nada nuevo ni especialmente interesante. Quería ver qué podía salir de una discusión con ustedes.

Daniel: ¿Y de qué va eso?

Beto: Hace ya muchos años, en 1985, el profesor Jakobs en una conferencia en Frankfurt introdujo la expresión “derecho penal y procesal de enemigos”. Lo hizo en ese entonces, con intención sólo descriptiva de una realidad que no podía ignorarse y de modo más bien crítico pues implicaba un avance del poder punitivo del Estado a esferas prohibidas (el pensamiento o la acción todavía no manifestada) limitando las esferas de libertad[1].

A. Sí, pero después de la descripción pasó a la aceptación y a su validación.

B. Aceptarlo es inevitable porque buena parte de las legislaciones del mundo recogen normas de enemigos; no parece que exista alternativa.

D. Pero todavía no me entero a qué se refieren con eso del Derecho Penal y Procesal de enemigos.

A. Sostiene Jakobs que en la realidad existen dos derechos penales, el de ciudadanos y el de enemigos. El enemigo es un individuo que, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental. En todo caso es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva en su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta. El riesgo que estos sujetos comportan, pone en crisis o amenaza la subsistencia misma de la sociedad constituida en Estado. Por eso, son características de ese Derecho Penal y Procesal Penal de enemigos la amplia anticipación de la protección penal a niveles previos a la ejecución del hecho (el cambio de perspectiva de un hecho pasado a uno venidero); la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación, el tránsito de la legislación jurídico penal a una “legislación de lucha” o “de guerra” y el socavamiento o la desaparición de las garantías procesales.

D. ¿Ya veo, y quienes son los enemigos?

A. La identificación de “alguno” como enemigo resulta muy problemática y, de tan abierta, peligrosa. Los candidatos preferidos de la moderna delincuencia parecen ser los terroristas, los traficantes de drogas, las mafias, los tratantes de personas. Pero si de socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado se trata, no me resulta ya muy evidente la inclusión en la lista de algunas de las categorías mencionadas. Mucho menos de otras preferidas, como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta reiterada o aquellos que lavan dinero proveniente de otros delitos.

D. Algunos de estos fenómenos nada tienen de modernos Alejandro, y hasta ahora, me parece, no se había intentado nada así.

A. Bueno siempre pueden encontrarse ejemplos en la historia de esta puesta en juego de amigos y enemigos. Desde Roma hasta ahora[2]. Lo cierto es que, con la consagración de los instrumentos de protección de los derechos humanos luego de la segunda guerra y de sus excesos (entre ellos, los de fascistas y nazis) parecía existir unanimidad en la consideración de todos aquellos con características de humanidad como sujetos iguales y portadores de los mismos derechos.

B. Mientras Jakobs lanzaba sus propuestas sucedieron varios episodios que le dieron la razón. Fenómenos realmente de excepción, los ataques a las torres gemelas, y los abusos de Guantánamo, la invasión a Irak y las cárceles de Abu Ghraib, los ataques terroristas a Madrid y al sistema de transportes en Londres. A los que siguieron respuestas también de excepción como la “Patriots Act” y el proyecto inglés de Blair frenado por la Cámara de los Lores.

D. ¿Y me dicen que eso justificó las propuestas de Jakobs?

B. A situaciones extraordinarias, respuestas extraordinarias, querido Daniel. El derecho penal del ciudadano, aquel que motiva conformidades normativas y que reacciona con penas para estabilizar o ratificar la expectativa en la norma vulnerada en caso de mensajes errados del delincuente común, no sirve para los Bin Laden, ni para los Don de los carteles de la droga colombiana[3]. Claro, es que el ciudadano destinatario de la norma penal del sistema “normal” es persona, y ellos, los enemigos, pues no lo son.

D. ¿A no? ¿Y entonces, qué son?

A. Junto con, por ejemplo, los idiotas, integran el nutrido grupo de los no motivables por la norma, y por tanto, no destinatarios de ella en tanto incapaces de orientar sus conductas a ellas, o de “decepcionar” mediante su infracción. Son extraños, ajenos, expulsados de la paz y, por tanto, equivalentes de “naturaleza” (vacas, perros, cucarachas y otros animalitos de Dios)[4].

R. La concepción “estamental” de la sociedad y, como en este caso, el positivismo, defienden la idea de que no todo hombre es persona. La personalidad jurídica es una creación del Derecho y, por tanto, solo son personas aquellos a quienes el derecho positivo reconoce como tales. Se ignora así toda dimensión natural de justicia y lo justo pasa a ser lo legal (lo que la ley diga en el caso concreto)[5].

D. Pero si el enemigo no es persona, entonces ¿para qué el Derecho? ¿Por qué no lo matamos sin más como a aquella bestia que nos amenaza o a aquella pulga que nos pica e incomoda?

A. Bueno, se contestará , porque “nosotros” sí somos personas y nuestra humanidad nos impide colocarnos del lado de las bestias....

R. El punto, Alejandro, es que desde el positivismo de Beto y de aquellos a los que defiende, serás persona no en tanto “hombre” sino en tanto el Derecho te reconozca esa condición. Y las leyes, claro, pueden cambiar. Me parece preferible el planteo kantiano y el reconocimiento de la calidad de persona a todo hombre, a todo ser racional, por el mero hecho de serlo y en reconocimiento a su dignidad[6].

D. (Turbado, interrumpe e insiste) Si el enemigo es, tal como dice Jakobs, aquel que con su conducta ha abandonado supuestamente (¿?)de modo duradero y no incidental el Derecho y no nos garantiza una mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta, ¿por qué dedicarle tanto tiempo y no desaparecerlo sin más?

B. Dice Yakobs que el Derecho penal del enemigo no es derecho de la guerra, es algo mejor y más refinado. Y porque, de nuevo, a pesar de que reduzcamos las exigencias que tenemos al tratar con personas (ciudadanos), seguimos asegurándoles un mínimo de protección tal como se la aseguramos a los perros.

A. Si te refieres a la ley de protección contra el maltrato de los animales, no es cierto que los perros, gatos o canarios tengan “derechos” sino, más bien, que lo que la norma quiere proteger es un sentimiento social legítimo (y que por serlo acaso resulta merecedor de tutela penal) que se revela contra el ensañamiento y la injusticia del maltrato a los animales domésticos causándoles la muerte o un sufrimiento innecesario. Un sentimiento sobre el que no puede prevalecer el inexistente derecho del maltratador a desarrollar libremente su personalidad haciendo sufrir a los animales[7].

B. Bueno, pero entonces, si ese sentimiento es digno de protección penal ¿no tenemos derecho a proteger como bien jurídico el sentimiento social de terror e inseguridad frente a los ataques de los enemigos? ¿Niegas su existencia? En virtud de la amenaza real (que Jakobs no inventó), se acentúa la defensa de los principios de la seguridad del Estado en detrimento de la libertad y seguridad no ya de los ciudadanos (que se regirán por el Derecho Penal y Procesal “normal” y que resulta preciso mantener “incontaminado”) sino de los enemigos, que no tienen derechos (porque nada comprometen o entregan a cambio de gozarlos), y que con sus conductas, permanentemente desviadas, sólo auguran caos, mal y dolor.

A. Acaso sea necesario, mi amigo Beto, cautelar ese sentimiento de seguridad. Pero si queremos hacerlo con el Derecho Penal, debería ser dentro de los límites del Estado de Derecho y no como lo hacen las bestias lanzadas. Los mismos principios de seguridad pueden defenderse mediante la construcción de un proceso penal lícito[8]. ¿No fue ese el principal argumento de condena (mediante el derecho penal y procesal “normal” y no de excepción), a las juntas militares? ¿No es que el Estado que deviene terrorista resulta inaceptable y deslegitimado?

D. ¿El tránsito de status de amigo a enemigo es decisión de quien?

B. Claramente del propio individuo que elige autoexcluirse.

A. Pues yo no lo veo tan claro. Me parece que la selección puede venir “de afuera” del individuo y sorprenderlo a él, y a muchos. Veán si no la propuesta de modificación al Código Penal Argentino, que duplica mínimos y máximos de las penas de cualquier delito cuando éste sea cometido “para aterrorizar a la población”. Y las declaraciones de Sbatella (el jefe de la Unidad Antilavado) de que “terrorista” (paradigma del “enemigo”) puede ser aquel que especula cambiariamente estimulando alguna corrida y, también, los medios que difunden la noticia[9].

D. ¿Y nosotros perdemos toda la fe o la esperanza en su regreso al lado de los buenos?

B. Para la fe y la esperanza, a la iglesia, Daniel. El Derecho debe (el enfatizado fue del hablante) tratar con ellos porque si no, nos devoran.

D. ¿Y cómo le ha ido al Sr. Jakobs con su propuesta?

B. Lo cierto es que ha recogido más críticas que simpatías.

A. Nadie duda de la existencia del DPE, como derecho excepcional o de emergencia[10]. Lo que se cuestiona es si éste es o no compatible con el sistema de estado de Derecho y el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales.[11]. No es novedad dice Jakobs en los regímenes dictatoriales y totalitarios, Hitler, Mussolini, los militares en Argentina, Chile, Paraguay, Uruguay y Brasil en las décadas de los '70 y '80. La novedad es que sea asumido por regímenes democráticos que reconocen en sus constituciones los principios básicos del derecho penal liberal: legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, y los procesales como presunción de inocencia, debido proceso legal, ne bis in ídem, contenidos también en las DDHH[12].

D. Sí, a mi me da la sensación, por un lado que la discusión amenaza con cargarse 300 años de derecho penal liberal y, por el otro, que tiene un tufillo autoritario fenomenal (recuerda mucho al derecho penal de autor que propugnaron los juristas nazis). Si se admiten excepciones al sistema de protección de los derechos humanos, se tiene que admitir la quiebra de todo el sistema, con todas las consecuencias que de ello derivan.

A. Bueno, lo cierto es que la Corte argentina, en ciertos casos, ha limitado o ignorado derechos fundamentales como los de legalidad y culpabilidad y todavía siguen enseñándose en las cátedras en las primeras lecciones. Creo que frente a los excesos que la realidad nos presenta, Guantánamo, guerra agresiva de Irak, prisiones preventivas sin límite, derogación judicial de la prescripción a que son sometidos los acusados de estar envueltos en crímenes de la dictadura militar en Argentina o por otros delitos que ni siquiera llevan la carga de delitos de lesa humanidad como el del caso Bulacio, no es posible exagerar las críticas[13]. Hay que denunciar esos fenómenos como violadores de los más básicos y fundamentales límites de cualquier uso legítimo del poder estatal[14].

B. Me parece que las críticas, como la nada original que tú propones, Alejandro[15], lo único que hacen es esquivar el tema. La cuestión está en decidir si puede conducirse una guerra contra el terror con los medios de un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho. Jakobs sostiene que no, que, precisamente, las limitaciones del Estado de Derecho impiden que a los enemigos (terroristas por ejemplo) se los trate como lo que son: fuentes de peligro supremo para la subsistencia misma de una sociedad. Si los Estados, por ejemplo, el alemán, han habilitado en casos realmente excepcionales el derribo de una aeronave que pretende ser usada para atentar contra vidas humanas (con la consecuente muerte de todos los pasajeros “no responsables” además de los enemigos)[16] resulta evidente que el Derecho, ante casos excepcionales, no reconoce freno o tabú alguno. Si ello es así, mucho menos parece razonable plantearnos tantos “peros” cuando de reacciones directas contra los terroristas se habla. El Estado tiene el deber de asegurar la protección y no puede renunciar a ningún instrumento cuya aplicación sea lícita y está racionalmente indicada[17].

A: Jakobs no tiene problemas, en su positivismo tenaz[18], en reconocer como “derecho” al derecho penal de enemigos, y, sin pretender compararlo, tampoco lo tuvieron los nazis en su época al justificar el sistema vigente en la Alemania democrática pero gobernada por la Bestia.

Ausente está en su propuesta toda consideración moral. Tal como aquellos positivistas “puros” (que pocos quedan) entiende a la moral como algo ajeno a la discusión jurídica, puras sensiblerías. También en Schmitt la política prescinde de la moral[19]. Ahora, yo pregunto: ¿cual será el contenido de la guerra; por qué ideales luchar hasta morir, qué valores perseguimos? No resulta nada claro. Lo importante parece ser la lucha entre amigos-enemigos, entre amicus y hostis, esencial o constitutiva de la política, del Estado, y del individuo como ser político en esta “especial” manera de ver las cosas que, creo, inspira a nuestro gobierno actual[20].

R: Sí resulta trascendental descubrir si la ecuación “amigo-enemigo” se utiliza (o denota) “amistad-enemistad” con el poder de turno o con la persona. Amigo/enemigo será al fin amigo o enemigo del poder.

A. Yo creía que Nüremberg, la tónica de Vieweg y el paso de un estado de derecho legal a uno constitucional habían devuelto la discusión al cauce de lo razonable fulminando la idea de que cualquier norma jurídica, aún la dictada por un gobierno democrático pudiera ser considerada “derecho” (el unrecht, la extrema injusticia no es Derecho). Pero aquí estamos. Creo, ya se ha dicho, que el Estado de Derecho se deslegitima y se convierte en un terrorista más al aplicar el DPE. Como dice Pastor, del DPE no debería quedar más que su valor descriptivo de lo que es jurídica y penalmente incorrecto[21].

B. ¿Y qué hacer contra el terrorismo y todos aquellos que se colocan de modo permanente por fuera de la ley y el Derecho? Es deber del Estado mantener la normalidad[22].

A. Aplicarles el Derecho Penal, con todas sus garantías, si éste sirve para algo. Y si no sirve, pues olvidarse del Derecho Penal como la panacea en el combate a todos los males y pensar en otra cosa[23].

D. A mi me preocupan no solo las dificultades propias de determinación, alcance y límites que presenta un término tan “emocionalmente cargado” como “Derecho Penal o Procesal penal de enemigos”, sino, fundamentalmente, el peligro que supone como herramienta apta para legitimar cualquier intervención estatal imaginable[24].

A. Sí, a mi también, y aquí entramos las ideas que tenía para mi conferencia. Muñoz Conde previene contra ello en línea con lo que dijo Ricardo: Si se admite la derogación de los principios que gobiernan al derecho penal, aunque sea en casos puntuales, extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático y funcional, despojado de cualquier referencia a un sistema de valores o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder y la fuerza para imponerlo. Traigo el libro conmigo y cito textual: “El Derecho así entendido se convierte en un puro derecho de Estado en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El Derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos.

Los más importantes juristas del régimen nacionalsocialista como Roland Freisler o Hans Frank afirmaban y formulaban esta idea con toda claridad: “Recht ist was dem Volk nuzt” (Derecho es lo que es útil al pueblo) Sustitúyase el término pueblo por el de “Estado” o por el de “sistema” (o “modelo”), y el término “útil” por el de “funcional” y tendremos una fundamentación del Derecho penal del enemigo perfectamente funcionalista. La única diferencia entre la fundamentación funcionalista actual del DP y la que ofrecía el nacionalsocialismo es que el funcionalismo está dispuesto a asumir también que Derecho es lo que es funcional (útil) al sistema democrático,

aunque muchos de sus preceptos no tengan nada de democrático. En definitiva, “la razón de Estado”, que es el que monopoliza el poder punitivo, o “la funcionalidad de sus sistema”, independientemente de que sea democrático o autoritario, se convierte en el único fundamento del derecho penal”[25].

R. ¿Y por qué te preocupa ello especialmente, quieres decir en la Argentina?

D. (en mi auxilio) A mí también me parece que los argentinos tenemos un especial gusto por lo autoritario, Perón (autor de la célebre frase “al enemigo ni justicia”), los militares y ahora este gobierno que no para de identificar enemigos y, de combatirlos, desde el 2003[26] y [27].

A. Sí, me preocupa el mal uso, o el uso particularizado de esta herramienta, por el poder de turno, como forma de construir más poder[28]. Un escenario cotidiano en el que la hipótesis del conflicto interno se agita continuamente como estandarte.[29]

R. Pero no me parece que exista una profusión de “leyes de enemigos” en la Argentina.

A. Bueno, nuestro país, a pesar de haber soportado dos tremendos atentados terroristas con dirección concreta a un grupo en razón de su fe o de su raza (los judíos), no se ha “desbocado” en la previsión de figuras procesales y penales de excepcionalidad, de emergencia o “de combate”. Pero sí ha “reaccionado” creando un nuevo capítulo (el VI) dentro de los delitos contra el orden público que tituló “Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo” que tienen todos los rasgos de derecho penal de enemigos (adelantamiento de barreras, penas singularmente altas) contra el paradigma del enemigo (el terrorista o quien lo ayuda). Pero me cuesta ver en ellas diferencias sustanciales con figuras penales que, aunque de constitucionalidad siempre discutida, conviven con nosotros desde hace muchos años (las de la asociación ilícita). También encontramos algunas singularidades legislativas previas, y horribles (la ley de Abastecimiento, de la última época de Perón). Esa ley es paradigma del Derecho Penal de enemigos. Existen otras reformas legislativas anticipatorias de las barreras (la ley de lavado en versión 1 y 2) que creo más producto de presiones externas que de necesidades -o convencimientos- internos. O penas draconianas para fenómenos de alto riesgo, como la ley de drogas. O algunas figuras puestas a jugar en la escena emparentadas con esta discusión, como la del “agente encubridor”.

B. Pero te refieres a leyes de fondo y, según dices, te han pedido hablar de leyes procesales.

A. Sí, la legislación procesal también exhibe algunos rasgos de enemigos. La cuestión de los límites al encarcelamiento preventivo (relacionado con los derechos consagrados en el art. 7 de la CIDH) fijado por ley de 1994 en dos años (art. 1 ley 24390) y toda la discusión que se ha generado, primero con la reforma de esta ley (ley 25430 del 2001) y luego con una jurisprudencia de la CSJN que niega la aplicación del límite temporal en forma automática y propone la selección de casos de acuerdo a criterios tan nebulosos como “la expectativa social de que el proceso no se frustre”[30]. O la reforma consagrada por ley 26.549 que introdujo el art. 218 bis al CPPN “obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN)”, que habilita la extracción forzada de material genético del imputado “o de otra persona” (víctima, testigos) si ello fuere necesario para la investigación, que aunque lo impone bajo estrictos criterios de ponderación y necesidad, en el balancing legislativo parecieron preponderar valores sociales de discutible raigambre constitucional (derecho a la verdad) frente a los individuales reconocidos en la Constitución y los Pactos.

Sin embargo, lo que más me inquieta es el uso que, desde el poder viene haciéndose de la ecuación amigo-enemigo. Y el respaldo que de algunos jueces y fiscales (la llamada justicia adicta

o permisiva- Alfonso Santiago-) reciben estos embates claramente políticos a la hora de librar la “guerra” contra ese enemigo “público”, contra el hostis, el de enfrente, contra el que piensa distinto (sentido de la política según Carl Schmitt, referente obligado de la historia siniestra del concepto).

Y allí sí que los ejemplos abundan

D. ¿Cuales?

A. Un discurso claramente diferenciador en el trato procesal penal de los amigos y de los enemigos políticos. Al final, me parece que cuando hablamos de derecho penal procesal de enemigos, hablamos (solo) de política.

D. Parfraseando a Clinton ¡es la política, estúpido!.

A. Algo así. Del lado de los primeros causas penales o hechos sociales que, a pesar de su gravedad institucional se diluyen en la intrascendencia en una clara actitud protectora incondicionada de los amigos del poder. El caso de las valijas voladoras -el contrabando de importación al país de u\$ 800.000 en un vuelo privado cuyo pasaje eran funcionarios argentinos y venezolanos, caso procesado, juzgado y condenado en EEUU en pocos meses y que aquí se ha diluido-; el caso Skanska -en el que se investiga el pago de millonarios sobrepagos en la obra pública, disimulados tras facturación falsa y que uno de los funcionarios sospechados -nada menos que el ministro del área respectiva- ha “exigido” a los jueces en conferencia de prensa se cierre de inmediato, lo que obtuvo poco después[31]; el caso (o los casos) del ex secretario de transportes de la Nación cuya gestión ha dejado, además de un absoluto descalabro del sistema de transporte, muestras de un visible enriquecimiento personal y que todavía pulula, orondo, entre todos nosotros; el caso de la “madre de todos” (por cierto, que no la mía) Eve de Bonafini y a quien ella denomina su hijo adoptivo Sergio Schoklender (es que a sus padres de sangre los asesinó junto con su hermano en episodio tan despiadado y brutal que tiene asignado lugar de privilegio en la crónica criminal vernácula, y a quien en aquella misma sentencia, extremo no menor y que parece olvidado, se lo condenó, además, por el delito de estafa) devenido en “administrador” de la fundación “Madres de Plaza de Mayo” y beneficiarios de casi mil millones de pesos de todos los argentinos que al parecer se han ido en gustos, lujos y caprichos del susodicho (¿por qué yo no puedo tener un avión?, exclamaba Schoklender indignado); los sucesivos casos de enriquecimiento del extinto presidente, quien durante el ejercicio de la primera magistratura, multiplicó su patrimonio e ingresos de manera notable y “razonable” sólo a los ojos de nuestra degradada y cuestionada justicia. Y, sin agotar la interminable lista, primero en la “readecuación de la historia” modificando el prólogo del “Nunca Más” (informe de la CONADEP sobre desaparición forzada de personas) para adecuarlo al discurso oficial (“de dos demonios pues nada, sólo existió uno, el de la vereda de enfrente”) y luego en el “resarcimiento” (de nuevo con dineros de todos) de guerrilleros que nunca fueron desaparecidos por la dictadura sino que murieron en el combate que ellos mismos propusieron[32] con el ejército o que fueron asesinados por sus propios compañeros.

B. Me parece exagerado, Alejandro.

A. Yo creo que no. Me quedo corto. Del lado de los enemigos:

- La guerra declarada a los medios de comunicación no oficiales, y fundamentalmente al grupo Clarín, en ese contexto, la persecución del declarado enemigo (“la malvada corporación mediática”) con el escrache televisivo directo por cadena nacional y de boca de la Presidente de la Nación, nada menos (episodio de “Papel Prensa”) olvidando la existencia de algo parecido a la

presunción de inocencia y sustentado en aparatosas investigaciones de miles de hojas que aparecen minimizadas o desmentidas al día siguiente del show. La actual ley del Congreso en el que el gobierno impuso su abrumadora mayoría y declaró “de interés público” (¿?) la producción del papel de diario, abriendo un abanico de posibilidades para la desaparición de medios críticos.

- También en ese contexto, la persecución (cruel y despiadada) con absoluto apoyo judicial de los hijos adoptivos de la dueña del grupo (con dictado de una ley por el Congreso que muchos consideraron destinada al caso, con la persecución de la policía ordenada por una juez desvistiéndolos en la calle para tomar muestras genéticas comparables). El anuncio o augurio, luego de la comprobación de que los jóvenes no son hijos de desaparecidos, de la “persecución eterna”[33].

- El ataque del Ministro del Interior a las publicaciones de La Nación y Clarín refiriendo las denuncias de jueces y de opositores sobre casos de fraude eleccionario, tildándolos de conspiradores contra la democracia y de desestabilizadores y nombrando expresamente a un periodista de uno de esos diarios.

- La habilitación de un sector para cortar calles e impedir derechos de los ciudadanos, encarcelando a otros que imitan la acción dañosa con pretensiones o signo político opuesto al del poder.

- La anulación de leyes por el Poder Legislativo (¿) y la mortificación (que no puede leerse o interpretarse sino como un cruel castigo anticipado, sin condena) de los militares conduciendo a juicio a ancianos enfermos y entubados.

- La negativa a excarcelarlos a pesar de que algunos procesos llevan muchos años (y los límites constitucionales del encarcelamiento preventivo lucen muy excedidos) con el muy poco convincente argumento de que “todavía comportan riesgo al éxito de la investigación atento a su condición de integrantes de las FFAA”.

- La persecución y la fulminación pública de los pocos jueces que, con valentía, aplican la ley (o el Derecho) y dejan de lado las urgencias políticas del poder de turno.

En fin, la lista de esta lucha ideologizada por el poder y despojada de valores, es enorme[34].

B. Jakobs previene una y otra vez sobre los peligros de contaminar el derecho penal “normal” con el derecho de enemigos, que es derecho excepcional, de la emergencia. En todo caso, no es su culpa que los excesos aparezcan. Sólo, aparecen y él los describe[35].

A. Los argentinos vivimos en la “emergencia” (leyes de emergencia económica desde hace decenas de años, a pesar de la declarada bonanza[36]). Creo que somos especialmente adictos a la “emergencia perenne” (frase de Moccia) para justificar las tropelías (y como sabemos, la situación de emergencia supone la derogación total o parcial de las garantías constitucionales). Daniel Pastor, señala que acaso la única utilidad del horrible invento es que su descripción resulta útil para identificar su empleo y combatirlo. Otros postulan que ni siquiera para ello sirve; en fin, que no sirve para nada.

R. A ver amigos, si estoy entendiendo, Jakobs se inventó un término que dio y da que hablar durante décadas con un fin, en principio, declamadamente crítico y, luego, con resignada aceptación. En este mundo de exigencias desmedidas al Derecho penal, para que arregle todos nuestros problemas, se lo invita a participar del combate de fenómenos (el terrorismo

internacional) que no parecen susceptibles de ser enfrentados o atacados con el Derecho Penal normal. Así aparece “otro” derecho penal, el de enemigos, que se carga toda la historia de garantías pensadas, desarrolladas y preservadas con ahínco y esperanza precisamente para proteger a los ciudadanos del terror estatal. Pero como los enemigos no son ciudadanos y, ni tan siquiera, personas, autojustificamos las tropelías y nos tranquilizamos sosteniendo que podemos hacer con ellos, pues lo que haga falta para superar el peligro que sus manifestaciones comportan. Me parece que el final de esta historia será lo que los EE.UU. consiguieron hacer de su país luego de los ataques de setiembre de 2001 con la Patriots Act y otros inventos parecidos.

D. ¿Te explicas?

R. De un país de libertades al paradigma del control y de la intervención, al mundo de la doctrina de la seguridad ilimitada, de la ingerencia en esferas de libertad. Un país casi anacrónico y decididamente peor que aquel que había sido referente de la libertad.

A. ¿Y qué digo en mi conferencia?

D. Yo te sugiero que propongamos otro tema. Éste apesta.

** Profesor de Derecho Penal, UBA y Universidad Austral. El texto responde, en lo esencial, a una conferencia puesta a la discusión en el Master de Derecho Penal de la Universidad Austral el 8 de agosto de 2011 y leída (y muy discutida) el 14 del mismo mes en el Seminario del Profesor Daniel Pastor en la UBA. Agradezco los comentarios y críticas recibidos entonces y que espero se vean reflejados en el texto y en las notas.*

[1] Jakobs, Günther, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, traducción de Peñaranda Ramos, en “Estudios de Derecho Penal”, Civitas, Madrid 1997. P. 293/324. Para describir su talante entonces transcribo algunas frases de ese trabajo: “... A la definición de autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro... se ha de contraponer aquí una definición de autor como ciudadano... Todo el Derecho penal no totalitario reconoce un status mínimo del autor. En la medida en que rige el principio cogitationis poenam nemo patitur, hay un ámbito interno, sólo privado y no socialmente relevante, que es precisamente el ámbito de las cogitaciones” (p. 295); “... cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y, con ella, la posición del ciudadano como sujeto; sin su ámbito privado el ciudadano no existe... así como un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común, tampoco puede serlo cualquier conducta que se mantenga en la esfera privada, en la medida en que la esfera privada no concurre con la de otra persona y deje entonces de ser privada (p. 297). “... ciertamente esto es útil para la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección tiene que ceder una parte de su esfera interna. Una disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho Penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad” (p. 298). “... Las ataduras son constitutivas para el Estado de libertades, quien las desata abandona tal modelo de Estado. La existencia de un Derecho penal de enemigos no es signo, por tanto de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que, en esa medida, simplemente no existe... el derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un

Derecho Penal de emergencia que rige excepcionalmente” (p. 322).

[2] Sobre ello, Pastor, Daniel “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”, en Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez [coord.], «Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión», Vol. 2. Madrid: EDISOFER S.L., 2006, p. 482/483.

[3] “Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma” (Jakobs. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 14).

[4] Como sabemos, persona en Jakobs es un término técnico que designa al portador de un rol o un papel, aquel en cuyo comportamiento, conforme a la norma, se confía o puede confiar. Del concepto de constructo social ha evolucionado a uno más jurídico referido a derechos y obligaciones. Así en “¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad”, ed. Mediterránea, Córdoba, 2007 p. 17/40 dice: “la sentencia según la cual hoy todos deben ser tratados como personas en Derecho... necesita una adición; siempre que aquellos “todos” cumplan a su vez con sus deberes, o en el caso, contrario, siempre que se los tenga controlados, es decir que no puedan resultar peligrosos”... Ser persona en derecho es algo sinalagmático: el otro ha de participar... postular un derecho y tener un derecho no es lo mismo, y solo este último, el Derecho que realmente se tenga, ofrece orientación en el respectivo presente” (p. 20 y 21). Así, aquel individuo que no se deja obligar a vivir en un estado de civilización no puede recibir las bendiciones del concepto de persona (cita de GRECO, cit. P. 1085). Los enemigos son en realidad “no personas”. Se trata de neutralizar una fuente de peligro como a un animal salvaje.

[5] Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato “Teoría del Derecho”, 2da, ed., Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As. , 2009, p. 68 y 69.

[6] Para las diferentes nociones de “persona” y el concepto de persona como fundamento del Derecho, Rabbi-Baldi, cit. Capítulo I.

[7] Esta posición y la interesante discusión en la presentación de Enrique Gimbernat Ordeig al libro de Hefendhel (ed.) “la Teoría del Bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?”, Marcial Pons, Madrid, 2007, en especial p. 16 a 19

[8] Así, por ejemplo, Portilla Contreras, Guillermo “Fundamentos teóricos del Derecho Penal y procesal penal del enemigo”, Revista “Jueces para la democracia”, N° 49, p. 43 a 50. Ver nota 63, p. 50.

[9] Declaraciones públicas de José Sbatella el 21 de diciembre de 2011.

[10] Pastor nos previene, luego de un repaso histórico que se remonta a Roma, de los abusos del poder punitivo para “la salvación o incluso el bien del Estado” por medio de la cultura de la emergencia y de la excepción (PASTOR, Daniel, “El Derecho Penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional” en Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez [coord.], «Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión», cit. p. 484/485).

[11] Por todos, Muñoz Conde, “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo”, 2da. ed., Hammurabi, Bs. As., 2008, p. 31.

[12] También el Derecho Penal Internacional, modelo de emergencia permanente que actúa por medio de jurisdicciones especiales y reglas excepcionales y sin la base que puede otorgar un estado democrático y constitucional, este “artilugio fabricado en occidente”, funciona como paradigma del derecho penal de enemigos, es el Derecho penal de enemigos en su versión más pura, haciendo gala del desconocimiento o la negación de las garantías fundamentales del derecho penal liberal. Demoledor, Pastor, op. cit. en especial p. 487 a 511 y 517).

[13] A quien pueda interesarle la mía, “Las paradojas del caso Bulacio (o el climax del revanchismo)” en El Derecho del 10 de febrero de 2011. Más tarde, la sentencia de la Corte en “Derecho II” y mi comentario en www.todosobrelacorte.wordpress.com “¿Rectificamos o descarrillamos? (a propósito de Derecho II)”.

[14] Así, GRECO, Luis “Acerca del llamado Derecho Penal del enemigo”, en Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez [coord.], «Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión», cit. ps. 1081/1111), donde, tras señalar la poca claridad en la discusión tanto por parte de quien la

propuso como de sus detractores (asignando a ambos una fundamental falta de claridad conceptual) propone tres conceptos de DPE: el descriptivo (es nada más que un instrumento analítico para definir con más o menos precisión una realidad del derecho positivo); el concepto crítico denunciador (destinado a estigmatizar la idea como claramente antiliberal y contraria al Estado de Derecho) y el legitimador-afirmativo (declarándolo como legítimo e intentando legitimarlo sobre la base de presupuestos diversos de aquellos que valen para las tradiciones del DP del ciudadano). Y concluyendo que en rigor el concepto de DPE (un concepto “demasiado emocional”) no sirve para nada. Es decir ni para justificar un determinado precepto, ni para describirlo, ni para criticarlo. Como concepto legitimador afirmativo, es nocivo, como concepto descriptivo inimaginable y como concepto crítico, en la mejor de las hipótesis innecesario. “Si queremos que la razón mantenga su lugar en el DP, no queda en él lugar alguno para el DPE”.

[15] Es cierto, nada original. Por todos, Muñoz Conde en las obras citadas.

[16] Ley de seguridad aérea, art. 14 párrafo 3º

[17] En efecto, así Jakobs en “¿Terroristas como personas en derecho?”, en Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez [coord.], «Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión», cit. pp. 77-92).

[18] “El derecho penal del enemigo es una creación basada en un positivismo radical” (2da. conclusión de la Comisión Nº 2 del XXX Congreso de los Abogados Penalistas Alemanes en relación con el DPE en Frankfurt (Muñoz Conde, “De nuevo ...” cit. p. 134); y entre otras cosas dice “muestra en sus elementos teóricos centrales características totalitarias contrarias a la libertad (conc. 4); ... se ha mostrado en la práctica ineficaz y contraproducente para luchar contra la criminalidad... El enemigo en el Derecho Penal del enemigo es un enemigo construido” (5ta.) y termina “debe renunciarse al Derecho Penal del enemigo” (6ta.). Esta afirmación es, también, una “construcción”. La manera de luchar contra el DPE no es cancelarlo dogmáticamente sino argumentativamente.

[19] Lo característico de la Política es el contraste “amigo-enemigo”. Reviste siempre un carácter autónomo respecto de los demás contrastes clásicos como son: lo “bueno” y lo “malo” en la moral, lo “bello” y lo “feo” en la estética y lo “útil” y lo “nocivo” en la economía (Carl Schmitt, “Concepto de la Política” (1932), ed. Struhart & Cía, 1984, Buenos Aires, Capítulo I, p. 33)

[20] En este sentido Leo Strauss “Comentario sobre el concepto de lo Político en Carl Schmitt” en Heinrich Meier (ed.) Carl Schmitt, Leo Strauss y el Concepto de lo político. Sobre un diálogo entre ausentes, Ed. Katz, 2008, Buenos Aires, p. 163/164)

[21] Pastor, “El derecho penal del enemigo en el espejo...”, cit. p. 511.

[22] Dice Schmitt: “... la actividad de un estado normal consiste sobre todo, en procurar dentro del Estado y de su territorio, la completa pacificación. Mantener “la paz, la seguridad y el orden”, creando así la situación normal, que es el supuesto para que las normas jurídicas puedan tener validez. Porque toda norma presupone una situación normal, y ninguna norma puede ser válida frente a una situación completamente anormal... Esta necesidad de pacificación intestina conduce, en la situación crítica, al hecho de que el Estado, como unidad política, decide también por sí mismo, mientras subsiste, quien es el enemigo interno”. Pone como ejemplo la declaración de hostis de los romanos o el plebiscito de Demofanto, Atenas 410 a.d.C., que declaraba que todo aquel que pretendiera disolver la democracia ateniense era un “enemigo de los atenienses”. Sigue con varios ejemplos más de los hostis en Roma hasta la República de Weimar que trató a los nacional-socialistas como ilegales y enemigos de la paz”. (Schmitt, op. cit. Cap. 5).

[23] Así Cancio: la respuesta idónea es la manifestación de la normalidad, es decir la reacción conforme a criterios de proporcionalidad y de imputación que está en la base del sistema jurídico penal normal (¿Derecho penal de enemigos?, En Jakobs/Cancio Meliá “Derecho penal del Enemigo”, ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 98, subrayado mío) y Pastor “la pregunta de Jakobs acerca de que algo hay que hacer frente a estos graves y extremos peligros si no se quiere sucumbir, no se contesta, entonces, con el Derecho Penal del enemigo, sino con algo mejor: la aplicación del Derecho penal liberal en su ámbito de competencia; es decir que si ciertos peligros no pueden ser neutralizados por un derecho penal respetuoso de los principios del Estado de Derecho, su tratamiento queda fuera de las incumbencias penales” (que pone en duda por ser algo distinto a

las humildes pretensiones y alcances de nuestra ciencia). En todo caso, “nadie puede creer seriamente que en el supuesto de los atentados de Nueva York del 11 de setiembre de 2001, estamos realmente frente a un caso penal” (Pastor, cit. p. 506/7). Yo no estoy muy seguro de esto.

[24] A ese peligro, al que mi amigo alude, se refiere GRECO, cit. p. 1100.

[25] Muñoz Conde, “De nuevo...” p. 75.

[26] Schmitt se muestra contrario al “optimismo liberal” y también al “burgués” sobre la bondad del “hombre”. Y, en lo que aquí interesa, dice: “Como quiera que la esfera de la política está determinada por la posibilidad real de un enemigo, las nociones y los pensamientos políticos no pueden tomar por punto de partida un optimismo antropológico. De otro modo, con la posibilidad del enemigo se elimina también toda consecuencia específicamente política” (op. cit. Cap. 8). Así, según este autor no hay forma de entender a la política, ni de “hacerla” si no es bajo una postura conflictivista.

[27] Dice Ernesto Laclau: “...El gran dilema a ser dirimido en los próximos años, comenzando por las elecciones de 2011, es quién va a prevalecer: la Argentina corporativa del pasado o la Argentina popular que comenzó a emerger con las movilizaciones de 2001, que se consolidó en 2003 y que desde entonces ha ido ganando batalla tras batalla. Es en el umbral de esta confrontación que el nombre de Néstor Kirchner permanecerá siempre como un signo liminar y señero. Ya no será una bandera para las luchas, pero se ha transformado en algo más importante: en un símbolo para las conciencias”. (El legado de Néstor Kirchner, 11.11.2010 en <http://historiapolitica2002.blogspot.com/2010/11/ernesto-laclau-kirchner.html>).

[28] No es el soldado sino el político quien define al enemigo... Es sólo en la guerra donde el agrupamiento político en función del amigo y del enemigo alcanza su última consecuencia. Gracias a esta posibilidad extrema adquiere la vida del hombre su polaridad específicamente política... Un mundo en el cual se hubiese eliminado la posibilidad de la guerra, definitivamente pacificado, sería un mundo sin distinción entre amigos y enemigos, y, por lo tanto, un mundo sin política (Carl Schmitt, “Concepto de la Política”, cit. Cap. 3).

[29] Sarlo, Beatriz: “esta agitación belicosa parece que es lo que está sucediendo” (“Los gurúes de los Kirchner- Ernesto Laclau y Chantal Mouffe”, La Nación 27.9.2010)

[30] El principio general en la materia relativo a la no aplicación automática de la regla del art. 1º, fue establecido por la Corte en “Bramajo” (Fallos 319:1840). La Corte exigió luego en “José Luis Estévez” que los jueces dieran razones para presumir fundadamente que el imputado intentará burlar la acción de la justicia (consid. 6 del voto de los jueces Nazareno, Moliné, Belluscio, Boggiano y López). La invocación de “la expectativa social de que el proceso no se frustre” se ve en “Pereyra, David” (del 27/11/2007/), de la Corte actual, con remisión al dictamen del Sr. Procurador General. Y, más recientemente, la Corte ha despachado reclamos por violación a la regla del art. 1º de la ley en “Guerrieri, Pascual” (11/12/2007) y en “Mulhall” (18/12/2007).

[31] <http://www.lanacion.com.ar/1434011-el-cierre-del-caso-skanska>

[32] Ceferino REATO nos relata la primera operación del ejército Montonero, durante el gobierno civil y constitucional de Isabel Perón, “La Operación Primicia”, el muy aparatoso y espectacular ataque a un batallón del Ejército Argentino en Formosa previo secuestro de un avión de Aerolíneas Argentinas, que fue repelido por los jóvenes conscriptos con más de 15 bajas de ese lado y 11 del lado agresor. Los atacantes fueron beneficiarios de un importante “resarcimiento” económico, las familias de los conscriptos asesinados se deben conformar con una miserable pensión.

[33] Dijo la titular de Abuelas de Plaza de Mayo, Sra. De Carlotto: “lamento que no sean hijos de - estos- desaparecidos, pero la causa sigue abierta porque quizá lo sean de otros. En el mismo sentido, el Jefe de Gabinete Aníbal Fernández que dijo que la causa no se cerrará hasta que no se compruebe la verdadera identidad de los hermanos ver Perfil del 18.7.2011). En contra de la garantía de inocencia, parece que son ellos, o su madre adoptiva, los que tienen que probar que no se ha cometido delito alguno. A diciembre de 2011, cuando terminé de redactar este trabajo, la causa continúa abierta.

[34] “Las ideologías son sistemas de pensamiento para legitimar un poder. Son justificadores de conciencia y placebos de la existencia. No son guías para la acción. Los valores, sí. Son horizontes

deseables , heroicidades cotidianas. Finas membranas de nuestra conducta” (Tomás Abraham “El vaciamiento de la política”, La Nación, 22.8.2011, p. 17).

[35] Esa misma era la declarada intención de Schmitt. Cito a Leo Strauss “Comentario sobre el concepto de lo Político en Carl Schmitt” en Heinrich Meier (ed.) Carl Schmitt, Leo Strauss y el Concepto de lo político. Sobre un diálogo entre ausentes, Ed. Katz, 2008, Buenos Aires, p. 147/148): “De acuerdo con la opinión expresa de Schmitt, carece de importancia, para la afirmación de lo político, que se lo considere deseable o execrable: ella no es “ni belicista, ni militarista, ni imperialista, ni pacifista”. Schmitt sólo pretende reconocer lo que es. Esto no significa que considere su exposición como “libre de juicios de valor” ni que quiera dejar abiertas todas las posibilidades de la toma de posición valorativa respecto de lo político. Lo que busca es más bien excluir todas las posibilidades de ese tipo: lo político no puede evaluarse según valores, ni medirse respecto de un ideal: aplicados a lo político, todos los ideales no son más que abstracciones normativas”, no son más que “ficciones”. Porque lo político toma su significación de su relación permanente con “la posibilidad real de la eliminación física” de los hombres por la mano de otros hombres.

[36] La ley de abastecimiento, cuya vigencia se discute, dictada en 1974, restablecida por el gobierno de Menem. El DNU 486/02 que declaró la emergencia sanitaria nacional y que se mantiene vigente -con sus más y sus menos- hasta el día de hoy en virtud de una serie de prórrogas cuyo eslabón final es la Ley 26.563.