



GÜNTHER JAKOBS I EL DRET PENAL DE L'ENEMIC

Ramon ALCOBERRO

“Dret penal de l’enemic” era fins fa ben poc un concepte de filosofia del dret francament extravagant; una curiositat que formava part de l’exotisme jurídic a Europa, tot i ser dissortadament una expressió molt habitual en les més abjectes dictadures sud-americanes de finals del segle passat. S’ha usat el “Dret penal de l’enemic” per explicar casos com la presó de Guantánamo, la repressió de la immigració il·legal o les tortures a la presó d’Abu Ghraib (Iraq, 2003). Però, en general, en el món del Dret, aquest concepte es considerava clarament extrajurídic en la mesura que pertany a l’àmbit de la justícia militant (és a dir de la justícia sotmesa radicalment a criteris partidistes). En tot cas semblava un concepte que, com a molt, es podia aplicar per a situacions més que extremes – i mai a Europa.

En la tradició liberal el concepte de dret penal de l’enemic no té cap sentit, perquè es dona per suposat que la llei és un instrument que es consensua (abans d’imposar-se) i que no es pot aplicar repressivament sense diàleg i prevenció prèvies. Però aquesta perspectiva va canviar de forma radical a l’Estat espanyol amb la Llei Orgànica de protecció de la seguretat ciutadana (coneguda popularment com a Llei Mordassa) aprovada el 2015, que donava pràcticament carta blanca a la policia en la seva funció repressiva. Des d’aleshores -i per posar un exemple- participar o organitzar una manifestació pública no autoritzada està penat fins amb 600.000 euros - i en conseqüència la llibertat de manifestació, reconeguda a qualsevol Constitució mitjanament democràtica arreu, queda, de fet, radicalment limitada. El dret a la “reunió pacífica i sense armes” (reconegut per l’art. 21.1 de la Constitució Espanyola) quedava abolit “de facto”. Però el “Dret penal de l’enemic” esclatà d’una manera radical en la seva brutalitat el 16 d’octubre de 2017, quan la jutgessa espanyola Carmen Lamela decretà la presó incondicional i sense fiança dels nacionalistes catalans Jordi Sánchez i Jordi Cuixart, acusant-los de sedició, tot i que era obvi que no havien realitzat cap acte violent. El que era fins aleshores una consideració purament teòrica pensada per a resoldre per la via ràpida unes situacions més que excepcionals, es va convertir en una situació jurídica i política de gestió més que complexa. El 27 d’octubre de 2017 el govern del Regne d’Espanya va aplicar l’article 155 de la Constitució espanyola del 1978 per suspendre l’autonomia de Catalunya i el “Dret penal de

l'“enemic” es convertí en la regla a partir de la qual l'Estat monàrquic espanyol jutja els temes catalans.

Nascut en el context de la “guerra contra el terrorisme” (on la figura del “terrorista” sovint es presenta a conveniència del poder constituït i amb trets prou gruixuts, de vegades fins i tot grotescos), el concepte de “dret penal de l'enemic” vol anar més enllà del dret penal ordinari i autoritza actuar de forma preventiva, i pràcticament sense límits, contra qualsevol qui sigui considerat “enemic”, encara que sigui amb criteris merament apriorístics. En una situació de por al terrorisme i a l'islamisme (i en un context de crisi econòmica greu), la capacitat de contagi d'aquest concepte pot arribar a ser brutal. Si en principi va servir com a eina (o com a arma) en la lluita contra el terrorisme, després s'ha aplicat també a immigrants irregulars i a independentistes catalans. Qualsevol dissident, o qualsevol marginal, pot ser un enemic. De fet, Hobbes fou el primer a considerar que són enemics no pas els qui cometen un delictes comú (robar) sinó els qui amb els seus actes neguen la sobirania de l'Estat. També Rousseau diu a El Contracte Social que qui declara la guerra a l'Estat i esdevé traïdor a la pàtria deixa de ser membre de l'Estat; i Kant (la font més prestigiosa que usa Jakobs per a argumentar) també defensava que qui no se sotmet a la llei no és un ciutadà sinó un enemic. Però la consideració de l'Altre (el diferent) com a enemic ha crescut exponencialment a inicis del segle XXI. El “Dret penal de l'enemic”, de fet, es constitueix com una mena de relat paral·lel al del dret penal clàssic perquè s'abandona la perspectiva del garantisme jurídic i es dona per suposat el dret de l'Estat a la repressió sota qualsevol circumstància. En aquesta perspectiva es dona per suposat que no hi ha d'haver garanties legals per a qui, per la naturalesa dels actes que ha comès, no les mereix. La fonamentació d'aquesta manera de pensar i d'actuar punitivament (“per si un cas”), no correspon tant al món jurídic normatiu, sinó que s'origina en l'explotació (sovint propagandística) de les pors més o menys fonamentades que pot tenir una societat en moments de crisi. Al fons hi ha la idea (originada en Jünger i els ultraconservadors alemanys d'inicis del segle XX) de la necessitat d'una “mobilització total” de la societat en moments de crisi dels fonaments de la convivència i de la pau social. El dret i la violència són dues eines de l'Estat i l'Estat té l'obligació d'usar-los protectivament. Per raons “protectives” la Unió Soviètica envaí Txecoslovàquia en 1968 i enviava els dissidents al Gulag. El que és inèdit, i mostra una inaudita feblesa jurídica i institucional, és fer coses similars (enviar els “piolins” a Catalunya en 2017 i empresonar líders socials i polítics sense formació de causa) en societats democràtiques i liberals.

En virtut de la teoria del “dret penal de l'enemic” al món hi ha dues menes de gent: “persones” (que tenen garantida l'aplicació de la norma positiva) i “enemics”, que són literalment no-persones (“Unpersonen”). No-persones és mot que designa els qui resten fora de l'empara de la llei, perquè no hi ha cap garantia que vulguin complir-la. Són els enemics públics. En nom d'un principi similar, la Inquisició va escabetxar tota classe d'enemics de la fe per aconseguir la salvació de les ànimes. Això sí, amb la millor intenció. Aplicant el dret penal de l'enemic es tracta de fer fora de l'àmbit jurídic qualsevol dissidència política, per molt que (com en el cas català) sigui radicalment democràtica i no-violenta. Qualsevol que vulgui canviar l'ordre jurídic marcat per les lleis fonamentals, tot i que ho faci de forma pacífica, pot veure els seus drets limitats i, fins i tot, suspesos, perquè l'enemic no se'l tracta segons les normes de la llei sinó segons les normes de la guerra. “Dret penal de l'enemic” és un concepte d'una perillositat brutal perquè porta a considerar “no persones” els contraris al poder constituït; i pot acabar aplicant-se a qualsevol persona o organisme que s'enfronti als qui manen. Hi ha un dret per a tots (els ciutadans) i un altre, diferent i específic, per a alguns

perversos o dolents ontològics (els qui es designen com a “enemics”, especialment els enemics de la Constitució). Tot s’hi val per a evitar el “contagi” del mal.

Posem un exemple per explicar això: el precepte jurídic diu que ningú té dret a matar ningú. Per aplicar aquest precepte cal tenir un alt grau de presumpció, una certa seguretat cognitiva, que matar és injustificable i que ningú no anirà pel carrer matant ningú. Doncs bé, Jakobs suposa que no només les normes han d’oferir seguretat cognitiva. També han d’oferir-la les persones. Quan un jutge (o una societat) no pot fiar-se (no té “garantia cognitiva”) del capteniment futur d’algú que ha delinquit, és legítim que prengui preventivament tota mena de mesures cautelars per evitar la futura i hipotètica conducta dolosa. Per tant, també es poden prendre mesures extraordinàries amb caràcter preventiu contra alguns tipus especials de malfactors especialment contumaçs, sense que això afecti les llibertats reconegudes a la majoria de la població.

Suposar que cal un dret especial per a castigat els enemics constitueix, sense pal·liatius, una violació dels drets humans que arranquen, estrictament, de la tesi segons la qual “tots els homes neixen i viuen lliures i iguals”, perquè es pressuposa que d’entrada hi ha individus que pel seu capteniment, els seus antecedents o les seves idees no mereixen un judici imparcial i no són “iguals” en profunditat respecte a la resta de (bons) ciutadans. Si en el preàmbul de la Declaració Universal dels Drets humans (1948) es parlava de “freedom for fear”, la por és, en canvi, el nucli i el motor mateix del Dret penal de l’enemic. Les tecnologies actuals de control i/o seguretat, ús de càmeres i de big data per controlar la població són una eina que dona per suposat que tothom pot arribar a ser, en un moment donat un enemic o una no-persona. Els efectes secundaris de la lluita contra el terrorisme sovint cauen en la temptació de justificar que “tot s’hi val”, incloent el terrorisme (jurídic) d’Estat. A través de l’aplicació del Dret penal de l’enemic, la força venç el Dret.

EN ELS ORIGES DEL DRET PENAL DE L’ENEMIC: SCHMITT

El concepte de Dret penal de l’enemic fou elaborat l’any 1985, com una doctrina “ad hoc” pel jurista alemany Günther Jakobs; en la pràctica constitueix una evolució (aproximadament) democràtica de les tesis sobre amic/enemic de l’innombrable jurista nazi Karl Schmitt (1888-1987). Schmitt a l’època nazi fou membre del Consell d’Estat Prussià i president dels col·legis d’advocats del Reich. Després de la caiguda del nazisme va viure exiliat a l’Espanya franquista protegit, entre d’altres, pel dirigent falangista Girón de Velasco i serví d’advocat d’importantes empreses germàniques a l’Estat espanyol. Dissortadament per a ell, mai no va aconseguir una entrevista personal amb Franco a El Pardo que, segons els seus biògrafs, era una de les coses que més il·lusió li hauria fet en la vida. Però el ministre Fraga Iribarne va nomenar Schmitt membre d’honor de l’Institut de Estudios Políticos franquista l’any 1962 i a partir d’aquí la influència del jurista nazi en les universitats espanyoles (i particularment en les càtedres de Filosofia Política) fou simplement brutal. A Espanya, tristament, han estat schmittians fins i tot els filòsofs del dret que creien ser socialistes i amb arguments schmittians s’ha justificat en democràcia (?) la lluita contra el terrorisme amb contraterrorisme d’Estat (cas GAL).

En l’aspecte purament teòric, les tesis bàsiques de Schmitt giren al voltant de la distinció entre “amic” i “enemic”, que per a ell constitueix l’essència de la política. En la seva filosofia política, les normes deriven no pas del poble sinó del poder que les pot prescriure amb eficàcia. Les normes jurídiques no són eines de la convivència, sinó decisions polítiques pensades per reforçar la societat. Per això davant el perill que representen les tendències destructives nascudes al si mateix de la societat (i encara més davant l’enemic extern) l’estat

d'excepció és una eina de poder decisiva. Qualsevol tendència, qualsevol ideologia o qualsevol grup social que posi en perill la seguretat o la identitat del grup ha de ser tractada com l'expressió un acte de guerra. Al món només hi ha dos bàndols, amics i enemics. I com deia un coneguda expressió falangista: "Al amigo se le pone el culo/ al enemigo se le da por culo / y al indiferente se le aplica... la legislación vigente". Per a un schmittià no hi ha altra política, ni altra justícia, que la que s'aplica amb el criteri d'erradicar l'enemic amb totes les eines possible.

La distinció amic/enemic que posa la identitat grupal i l'exigència de seguretat per sobre de tota altra consideració (i que evidentment considera de cua d'ull les llibertats personals) és central tant per a Schmitt com per Jakobs (i no cal dir per als seus deixebles hispànics). L'Estat no s'ha de moure, segons Schmitt per criteris de neutralitat normativa (i menys encara, de consens). A l'abril de 1949, el Tribunal militar de Nuremberg va escriure una frase terrible que pot servir per a explicar qui fou Schmitt: "El punyal de l'assassí s'amaga sota la toga del jurista". Schmitt va ser el teòric que des del despatx "afinava" les tesis més brutals i genocides d'un sistema criminal. " Per a Schmitt l'enemic públic de l'Estat (*hostis*) és també l'enemic de la societat i, per tant, no li pertoca cap dret. Simplement ha de ser exterminat. Els advocats, ja se sap, són capaços de cometre els crims més brutals dins un context de funcions normatives, aparentment legals. En aquest sentit, el Tribunal de Nuremberg va establir que els jutges poden ser considerats també culpables de l'administració de la llei contra nacionals d'un país si ho fan aplicant lleis manifestament injustes i genocides. Així, el nazisme ha usat el sistema judicial amb "la participació conscient en un sistema de crueltat i injustícia organitzat pel govern arreu de la nació, en violació a les lleis de la guerra i de la humanitat, i perpetrat a nom del dret sota l'autoritat del Ministeri de Justícia i instrumentat a través dels tribunals." Construir el concepte d'enemic i despersonalitzar-lo fou la condició prèvia que feu possible l'explosió de sentiments antisemites a l'Alemanya hitleriana i, finalment, el genocidi nazi.

DEFININT L'ENEMIC

Schmitt considerava que l'enemic és una no-persona perquè voluntàriament se situa a extramurs del pacte jurídic i així posa en perill l'Estat. "Enemic" no és una condició accidental sinó estructural o ontològica. Representa un tipus de perill indirecte o un perill presumpte que sempre està allí i contra el qual tota precaució és poca. El que cal fer amb ell és destruir-lo; sigui mitjançant la prevenció, amb el control estatal de l'educació, amb la policia o amb la justícia. En la seva hipòtesi els drets només són bons si són "ben usats" i qualsevol que trenca les normes socials vigents, violant el contracte social vigent, és "per se" un enemic contra el qual resulta legítima la violència en qualsevol cas. La tesi de Jakobs és hereva directa d'aquesta concepció schmittiana, adaptada a l'àmbit democràtic. Cal fer atenció al fet que el dret penal de l'enemic no és antidemocràtic. No ho és perquè ara qui determina què és el dret no és un dictador il·luminat, algú que pren decisions a les quals l'ha habilitat la història sense donar explicacions a ningú (un Führer), sinó que la llei neix d'una cambra legislativa democràticament escollida que opta deliberativament per usar tot el seu poder contra una minoria.

La tesi del Dret penal de l'enemic es presenta en dues versions: en la concepció dèbil afirma que s'ha de reforçar la prevenció "ante delictum" per evitar perills futurs. Les penes han d'ajustar-se a la situació de l'enemic; sempre cal més vigilància, més control social, policial i més enduriment jurídic davant el perill latent de desestructuració social, per abstracte que pugui semblar. En la concepció forta, més radical, el reconeixement a l'enemic purament i simple ha de ser negat. Ja no es tracta de prevenir sinó d'actuar. Violant la Constitució l'enemic s'ha situat fora de la comunitat i no pot, per tant, esperar-ne res. Qualitativament l'enemic es

converteix en una no-persona. És un ésser humà (biològic), però també una no-persona (jurídica). En la anomenada “Guerra al Terrorisme” a països com Síria i Iraq - i en la situació de Catalunya a partir d’octubre de 2017, quan el país optà per convertir-se en República, aquesta situació de “no persona” referida a indivís pacífics (en el cas de Catalunya fins i tot a mestres i a pallassos!) s’ha aplicat a pleret, sense ni tan sols la mínima dissimulació. Això ha provocat situacions claríssimes de persecució política indiscriminada i brutal. L’Estatut de Roma de la Cort Penal Internacional (art. 7, 2°), defineix el crim de persecució com; “...la privació intencional i greu de drets fonamentals en contravenció del dret internacional en raó de la identitat del grup o de la col·lectivitat...”. Però només cal llegir els diaris per saber que això no funciona quan ets un sirianès que fuig d’una guerra, o un català que vol votar amb llibertat pels seus drets nacionals. És obvi (fàcticament obvi!) que el dret internacional (i el penal de cada cop més països democràtics!) està cada cop més tocat per les tesis de Jakobs. Aplicar penes anticipades, extremadament desproporcionades, relativitzades i sense consideració a les garanties legals i processals, comença a ser el pa de cada dia en l’àmbit jurídic ara per ara.

EN TEMPS POSTLIBERALS, TENIR UN ENEMIC ÉS UNA JOIA

Tècnicament, el Dret penal de l’enemic és el contrari al dret liberal d’habeas corpus. En la teoria liberal el pres continua tenint drets, per molt que estigui mancat de llibertat; en canvi, en la tesi de Jakobs el malfactor és considerat com algú aliè a la societat i que, per tant, no està protegit per pactes civils o polítics, en la mesura que ell mateix se n’ha allunyat o els ha negat amb la seva actuació. El Dret penal de l’enemic és de l’Estat (no de l’individu) i és l’Estat qui l’administra. Jakobs concep “l’enemic” com algú que voluntàriament ha refusat l’estatus de ciutadà (Burger), per convertir-se en enemic (Feind) del sistema. Això el situa fora de qualsevol empara. “Enemic” es contraposa a ciutadà com guerra es contraposa a pau. I en la guerra tot s’hi val. Qui decideix jurídicament no és la raó sinó el poder (o encara pitjor és la raó del poder i no el poder de la raó). Els límits d’aquest concepte són perfectament ambigus, pastosos o “fuzzy”. En la concepció de Jakobs les intencions (intangibles) són tan importants com els fets provats -o fins i tot més significatives. D’aquí el gran perill d’aquesta tesi per a la llibertat d’expressió. En la pràctica, qualsevol que faci ús de la seva llibertat d’expressió fins a un punt que signifiqui un repte al poder pot acabar caient en el pou dels “enemics”. Voltaire (o Sartre) caurien indubtablement en la categoria d’enemics.

La lògica d’aquesta tesi és clarament preventiva i per això es pot usar la presó preventiva, per injustificada que sigui -o qualsevol altra mesura punitiva prèvia (incomunicació), tot i no haver passat per un tribunal. L’Estat té no tan sols el dret sinó l’obligació de protegir els seus ciutadans – i no ho pot desenvolupar amb eficàcia aquest paper de tutela si no adopta mesures repressives i de control tant contra els enemics externs com respecta als enemics interns, per molt ciutadans que siguin. Hi ha un dret per a tothom i un dret (específic) que només s’aplica a qui voluntàriament queda fora del pacte de tots. És important insistir en aquest aspecte del dret entès com a tutela perquè és justament el contrari de la funció de garantia que habitualment s’atribueix al dret. Qui voluntàriament opta per la confrontació amb l’Estat ha d’assumir-ne les conseqüències (de la confrontació física fins la guerra total). La severitat ocupa el lloc de la prudència i l’equilibri entre seguretat i llibertat(s) es trenca. Sembla com si per defensar la societat del terrorisme, l’Estat tingués dret a exercir un terrorisme penal (l’expressió “terrorisme penal” és del jurista italià Luigi Ferrajoli) de magnitud equivalent. Ferrajoli ha insistit que en una societat democràtica no hi ha amics ni enemics, sinó culpables i innocents. La justícia pretén abolir la lògica de la guerra, mentre que la noció d’enemic la reincorpora -i la situa com a criteri decisor i últim. Diu el clàssic italià de la filosofia

del dret: "... cada vegada que apareix un jutge animat per sentiments de venjança o parcials, o de defensa social o bé l'Estat deixa un espai per a la justícia sumària dels particulars, això vol dir que el dret penal torna a un estat salvatge, anterior al naixement de la civilització" ("El dret penal mínim"; text accessible en espanyol a la xarxa)

En la perspectiva del dret penal de l'enemic, el garantisme queda simplement abolit i la impunitat del poder es torna pràcticament absoluta. Però un dret que no sigui igualitari i garantista deixa de ser dret. Aquesta situació aboca a una crisi de les llibertats personals d'una gravetat sense precedents en les societats liberals. Si triomfa el model que proposa Jakobs es pot acabar produint una situació en què "per la vostra seguretat no podeu ser lliures", convertint els humans en simples titelles del poder.