

## POLÍTICA, CIUDADANÍA Y LIBERALISMO: EL DERECHO PENAL SIN PENAS

LEO ZAIBERT \*

La actual preocupación, o, más precisamente en algunos casos, la actual *obsesión* por el terrorismo, invita a una reflexión acerca de la naturaleza del derecho penal. Esta obsesión ha dado origen a una suerte de flexibilización de los contornos conceptuales del derecho penal. Entre las más notorias expresiones de este revisionismo, encontramos el llamado derecho penal del enemigo<sup>1</sup> que constituye una variante del derecho penal que no se aplica a los ciudadanos, sino, como su nombre indica, a los “enemigos”<sup>2</sup>. Eliminando cualquier dejo de suspenso, de una vez anuncio que el presente artículo no tiene propósito más importante que mostrar algunos aspectos problemáticos del derecho penal del enemigo.

Los problemas de fondo son eminentemente filosóficos, por cuanto atañen de manera fundamental al concepto mismo de lo que es, o de lo que debería ser, el “derecho penal”. En algunos casos lo que esta obsesión por el terrorismo pone en la palestra es el venerable debate

\* Profesor Asociado, Departamento de Filosofía, Universidad de Wisconsin-Parkside, Estados Unidos de América. Mi agradecimiento a la Fundación Alexander von Humboldt, por la beca de investigación concedida desde mayo del 2004 a septiembre del 2005, período durante el cual fue escrito el presente artículo, y a Daniel ZAIBERT, por sugerencias hechas a una versión anterior del texto actual.

<sup>1</sup> Véase, JAKOBS, Günther, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Düsseldorf: Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, 2004.

<sup>2</sup> Véase, CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en JAKOBS, Günther - CANCIO MELIÁ, Manuel (eds.), *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, ps. 57-102.

medular de la filosofía moral: aquel que opone a las teorías normativas teleológicas (como el utilitarismo) y a las deontológicas (como el kantianismo). Tanto el cariz como el linaje de las objeciones al derecho penal del enemigo que a continuación presento son, por ende, fundamentalmente filosóficos también. A pesar de que, desde cierto punto de vista, esta estrategia tan filosófica (quizá en desmedro de intereses prácticos más urgentes) podría lucir demasiado general, dos consideraciones la recomiendan. Primera, los argumentos aquí presentados carecen de anclaje geográfico significativo; ello no les confiere validez, por supuesto; pero, de ser válidos, su validez sería idéntica en España, en América Latina, en los Estados Unidos, o en cualquier otra parte. Segunda, este vistazo a las presuposiciones más básicas del derecho penal inculca a mi análisis de bacilos mojigatos; no son escrúpulos conservadores los que motivan mi apego a ciertos principios clásicos del derecho penal que el derecho penal del enemigo vulnera, ni los que dan fuerza a mis argumentos. Sin duda alguna, el análisis de problemas éticos recalcitrantes y complejos podría llevarnos a cuestionar ortodoxias con respecto a la esencia misma del derecho penal (o de cualquier otra rama del derecho), o de cualquiera de sus aspectos.

Considérese el siguiente ejemplo. El gobierno de algún país tiene certeza de la existencia de un inminente y colosal ataque terrorista que arrojará miles de víctimas inocentes. Más aún, este gobierno tiene certeza de que una persona inocente (“enemiga” del Estado o no), posee información necesaria y suficiente para frustrar dicho ataque, y, sigamos suponiendo, este Gobierno tiene la certeza de que de *torturar* a esta persona, o, frente a ella, a su abuela o a sus hijos recién nacidos (que nada tienen que ver con el asunto), se obtendría la información requerida para frustrar dicho ataque. (Obviamente, casos como éste, rozagante de certezas y garantías, son virtualmente inexistentes en la práctica, pero, de entrada, considerémoslo en estos términos de todos modos.) ¿Qué se supone que dicho Gobierno debe hacer? Aun cuando no daré respuesta general acerca de que hacer en este *tipo* de casos, de plano negarse a torturar luce excesivamente dogmático y pudibundo – demasiado kantiano, en el sentido en que Kant ha sido visto como demasiado inflexible<sup>3</sup>. Más aún, incluso si en este caso parti-

<sup>3</sup> En este sentido, véase el trabajo de DERSHOWITZ, Alan M., *Why terrorism works: understanding the threat, responding to the challenge*, New Haven: Yale University Press, 2002 (en particular ps. 131 ff.). Incluso muchos de quienes se

cular alguien se inclinase a favor de torturar a esta persona (o incluso a su abuela o hijos menores) a los fines de frustrar el ataque en cuestión, y por tanto a abandonar la saludable prohibición de la tortura del derecho penal contemporáneo, ello no incidiría en un general y manifiesto rechazo al relajamiento de principios clásicos del derecho penal que el derecho penal del enemigo en efecto relaja.

En la sección final del presente artículo retomaré esta discusión de la tortura, pues, en el ámbito de los Estados Unidos, la tortura se ha convertido en el fenómeno más característico de la aplicación de lo que podríamos entender como el derecho penal del enemigo en este país: el derecho penal *sui generis* que se aplica a supuestos terroristas, en principio inocentes, en el contexto de la ‘guerra al terrorismo’. Antes de ello, discutiré (en la sección primera) algunos aspectos relacionados con la problemática oposición entre ciudadano y enemigo que subyace en la mera formulación de la oposición entre derecho penal ordinario y derecho penal del enemigo, y que aunque crucial para la mera inteligibilidad de la noción del derecho penal del enemigo, esta fraguada de dificultades. En la sección segunda discutiré algunos aspectos conceptuales de la pena, a fin de sugerir que, estrictamente hablando, el derecho penal del enemigo tiende a no imponer pena alguna, o, al menos, que muchas de las ‘penas’ impuestas en nombre del derecho penal del enemigo, no son tales. La elucidación de si un sistema penal se encuentra o no, en efecto, íntimamente relacionado con la imposición de penas es mucho más que una estéril disquisición de naturaleza conceptual; al contrario, esta elucidación es de suma importancia a los fines de establecer, acaso parcialmente, la legitimidad de dicho sistema penal.

---

oponen a DERSHOWITZ (entre quienes me cuento, como se verá en las secciones finales del presente artículo), reconocen el hecho de que, en abstracto, rechazar la tortura a rajatabla luce dogmático. La colección compilada por Sanford LEVINSON, en *Torture: A Collection*, Oxford: Oxford University Press, 2004, contiene excelentes discusiones del tema; en particular merecen mención los artículos de Elaine Scarry, Michael Walter y Henry Shue. La colección compilada por GREENBERG, Karen J. - DRATEL, Joshua, *The torture papers: The road to Abu Ghraib*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, contiene una serie de memoranda y otros documentos gubernamentales que esbozan los trazos gruesos de lo que podría considerarse la versión del derecho penal del enemigo defendida por importantes autoridades del gobierno del George W. Bush.

## 1. EL LIBERALISMO Y EL SUJETO DEL DERECHO PENAL

El primer problema que enfrenta el derecho penal del enemigo es, de hecho, ignorado en el ejemplo anterior: ‘¿Quién es enemigo y quien no?’ es, en el contexto anterior, una pregunta irrelevante, pues aquellos que se inclinan por torturar, torturarían independientemente de si el torturado es enemigo del Estado o no. La pregunta tiene al menos dos lecturas posibles: una epistemológica y otra ontológica. Desde el punto de vista puramente epistemológico, la pregunta apunta hacia la inmensa complejidad que entraña determinar quién es enemigo y quién no. Es perfectamente claro que, desde un punto de vista histórico, estas determinaciones con frecuencia han respondido más bien a maniobras eufemísticas al servicio de cualquier tipo de agenda política que a deseos taxonómicos genuinos. Como elocuentemente apunta Gracia Martín al comienzo de su reciente contribución a este tema:

“(…) no creo que me aleje demasiado de la realidad si digo que la expresión ‘Derecho penal del *enemigo*’ suscita ya en cuanto se pronuncia determinados prejuicios motivados por la indudable carga ideológica y emocional del término ‘enemigo’. [...] En efecto, la experiencia histórica demuestra con demasiada y clara contundencia cómo los regímenes políticos totalitarios (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan precisamente como ‘enemigos’ a los [apenas] disidentes y a los discrepantes”<sup>4</sup>.

Es decir, el riesgo de que el título ‘enemigo’ se aplique a los meros fines de proteger, por vías típicamente deshonestas y chauvinistas, los intereses de algún Gobierno, es sumamente alto<sup>5</sup>. Este riesgo no es simplemente el resultado de observar lo que ha

<sup>4</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘derecho penal del enemigo’”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 07-02 (2005), 3 (<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>).

<sup>5</sup> Recientemente, por ejemplo, el antiguo decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Alberto Arteaga, ha criticado la ola de reformas, y de proyectos de reformas, a las leyes penales venezolanas, como una apelación al derecho penal del enemigo, lo cual no es más que un subterfugio mediante el cual “los destinatarios de la acción punitiva del Estado no se consideran ciudadanos con derechos, sino enemigos a los que hay que anular”, *El Universal* (Caracas, Venezuela, Junio 19, 2005).

ocurrido en la práctica, sino que esta implícito en el fundamento teórico mismo de la distinción, como enseguida arguyo.

Desde el punto de vista puramente ontológico, el problema clave es que no está en lo absoluto claro cuáles son las condiciones que alguien debe satisfacer para ser considerado un enemigo. Sin duda los defensores del derecho penal del enemigo suponen la existencia de una oposición clara entre el enemigo y el ciudadano, y podría pensarse que esta oposición contiene los elementos que permitirían esbozar al menos la esencia del concepto del enemigo. Esta esperanza es vana, y no sólo en virtud de que en la práctica la distinción ha sido sumamente maleable. Para que esta oposición fuese útil en el sentido deseado, sería necesario que fuese dicotómica: es decir, que los términos ‘ciudadano’ y ‘enemigo’ fuesen, por un lado, mutuamente excluyentes, y por el otro, conjuntamente exhaustivos. Obviamente, sin embargo, existen personas que no son ni ciudadanos ni enemigos de algún país determinado, por un lado; y por el otro, independientemente de cómo se defina, en última instancia, al enemigo de un país, es igualmente obvio que el ser ciudadano de un país es, en lo absoluto, impedimento para ser, *también*, enemigo de éste.

En este sentido es conveniente recordar que desde un punto de vista general, conviene observar que aun los mas notorios defensores del realismo moral, es decir, aquellos que sostienen la posición *ontológica* de acuerdo con la cual no sólo los hechos y las verdades morales existen, sino que son independientes de que sepamos que existen, al mismo tiempo advierten acerca de los peligros inherentes a la adopción de un discurso realista, divorciado de la debida humildad que las obvias limitaciones *epistemológicas* en esta materia imponen. Lo peligroso de referencias ramplonas a “ejes del mal” o a lo “atroz” de tal o cual conducta no es que el mal o la atrocidad no existan; lo peligroso es, precisamente, lo ramplón de dichas referencias. La peligrosidad no radica en la posible aceptación de una tesis ontológica, metaética (no poco atractiva, por cierto) con respecto a los fundamentos de la moralidad, sino en el ignorar que, aun de ser cierto el realismo moral, nuestro acceso a verdades y hechos morales es, en el mejor de los casos, escabroso y fragmentario.

Incluso quienes no sólo aceptan el realismo moral, sino también la premisa de que la función primordial del derecho penal es la de producir justicia retributiva, con frecuencia rechazan lo que parecería



ser la conclusión obligada de esta yunta: el moralismo legal<sup>6</sup>. *Grosso modo*, el moralismo legal es la tesis que afirma que la ley debe castigar todo aquello que sea inmoral. La razón por la cual, a pesar de que incluso muchos de quienes expresamente admiten que el deber fundamental del Estado es, por medio del derecho penal, producir justicia retributiva (la cual se produce al castigar actos inmorales), sin embargo, rechazan el moralismo legal, es la mencionada en el párrafo anterior: humildad basada en el difícil acceso que tenemos a los hechos y a las verdades morales<sup>7</sup>.

A la condición no-dicotómica de la oposición entre ciudadano y enemigo que he enfatizado han de añadirse otras posiciones adversas al derecho penal del enemigo. Por ejemplo, Manuel Cancio Meliá sugiere que “‘derecho penal del ciudadano’ es un pleonasma” mientras que “la expresión ‘derecho penal del enemigo’ es una contradicción en los términos”<sup>8</sup>. Analicemos estas dos perspicaces afirmaciones en orden.

Afirmar que el derecho penal es sólo “del ciudadano” es, quizá, incompleto, ya que, al fin y al cabo, muchas de las protecciones y garantías emanadas del derecho penal no son sólo del ciudadano, y son mejor concebidas como patrimonio de los seres humanos, más que de los ciudadanos de este o aquel país. Esta incompletitud se pone de manifiesto cuando notamos que tanto los sujetos activos como los sujetos pasivos de cualquier jurisdicción penal pueden ser, y con frecuencia son, sujetos no-ciudadanos del país con dicha jurisdicción.

<sup>6</sup> Es un error, por demás común, sostener que el retributivismo supone posición alguna con respecto a lo que el Estado debe criminalizar (la mejor defensa de esta posición la encontramos en la obra de Michael MOORE, en particular en los primeros capítulos de su *Placing Blame*, Oxford: Clarendon Press, 1997). El retributivismo es, sin embargo, mejor entendido en un sentido restringido, como la tesis que afirma que castigar a alguien que merezca ser castigado es intrínsecamente bueno. Para una crítica del error y para una defensa de la concepción restringida, véase mi *Punishment and retribution*, Londres: Ashgate, en prensa (2005).

<sup>7</sup> Ver MOORE, Michael, *Placing Blame: A general theory of the criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 1997: especialmente ps. 1-188, y KATZ, Leo, MOORE, Michael - MORSE, Stephen J., *Foundations of criminal Law*, (comps.), New York: Foundation Press, 1999, especialmente ps. 154 ff.

<sup>8</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, Günther - CANCIO MELIÁ, Manuel (comps.) *El derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003, 57.

Sin duda, con frecuencia, los países establecen ciertas diferencias entre sus ciudadanos y los extranjeros (por ejemplo, con respecto a la extradición), pero ellas no llegan a establecer una distinción tan absoluta entre los ciudadanos y los extranjeros como para que del todo excluya a los extranjeros de la jurisdicción penal nacional.

En este sentido, ciertas consideraciones relativas al famoso debate en la filosofía política (anglosajona principalmente, pero perfectamente aplicable en otros contextos) entre el liberalismo y el comunitarismo lucen pertinentes, pues este debate atañe, en parte, al problema de la relación entre extranjeros y ciudadanos, y al problema de establecer a quién en última instancia, se dirigen las leyes de un país. *Grosso modo*, los liberales, en este contexto, afirman que el Estado debe mantenerse imparcial con respecto a diferentes concepciones del bien. El liberal cree, en última instancia, que al menos los preceptos centrales de un Estado liberal, y de su derecho penal, se aplicarían a todos los seres humanos, y no sólo a los ciudadanos. Por ejemplo, la posición tradicional del libertarianismo (que no es más que una forma – quizás extrema, quizá problemática, del liberalismo) es que eventualmente las barreras a la libre inmigración y emigración han de ser derribadas. Ello no implicaría que, por ende, existiría un solo ordenamiento jurídico, pero sí que un determinado ordenamiento jurídico, un determinado derecho penal, se aplicaría a toda *persona*, independientemente de si es ciudadano o no, en un determinado territorio<sup>9</sup>. La tendencia del liberalismo es claramente universalista, y esto es bueno.

El comunitarista, por su parte, afirma que el Estado no debe (o no puede, desde un punto de vista lógico) aspirar a tal imparcialidad, y que, por ende, incluso los preceptos centrales de un Estado, y, sin duda, su derecho penal, están únicamente dirigidos a sus ciudadanos<sup>10</sup>. El derecho penal es, por encima de todo, según los comunitarios, un derecho común, no en el sentido de que es consuetudinario, sino en el sentido de que es comunitario. Esta posición comunitarista con frecuencia va unida a una posición específicamente localista o

<sup>9</sup> Véase el volumen dedicado al tema en el *Journal of Libertarian Studies* (Vol 13, nº 2, 1998).

<sup>10</sup> Acerca de la tensión entre el liberalismo y el comunitarismo anglosajón, véase: MULHALL, Stephen - SWIFT, Adam, *Liberals & Communitarians* (segunda edición), Oxford: Blackwell, 1992.

no-universal referente a los fines del derecho penal, como lo es la de que el derecho penal es un instrumento del Estado para comunicarse con *sus* ciudadanos: el castigo expresa la condena de la comunidad a alguno de sus miembros, y es sólo con los ciudadanos que el derecho penal busca comunicarse.

Por supuesto, existen interesantes intentos por combinar los aspectos atractivos de una y otra posición política. Sin embargo, aun el intento más directamente relacionado con el derecho penal en sí, no evita del todo las complicaciones inherentes a la visión comunitarista y comunicativa del derecho penal. Antony Duff ha argüido que “la voz de la ley es (o aspira a ser) la voz de la comunidad dirigiéndose a sí misma, la voz de todos los ciudadanos dirigiéndose los unos a los otros y a sí mismos”<sup>11</sup>. Sin embargo, esta claro que, por un lado, la comunidad no puede ser equiparada a la ciudadanía, y por el otro, que cada persona es simultáneamente miembro de varias comunidades. Más aún, la membresía en tal o cual comunidad puede en algunos casos ser meramente parcial, y en general, las relaciones entre diversas membresías pueden ser complicadas: algunas membresías excluyen otras, otras suponen membresías adicionales, otras son impuestas aun contra la voluntad del ‘miembro’, etc. Si el derecho penal en efecto dependiese de la membresía en esta o aquella comunidad, los de por sí difíciles problemas de jurisdicción se multiplicarían y tornarían irresolubles.

Duff afirma que los daños que el derecho penal comunal castiga, o debe castigar, son “daños que compartimos con la víctima en tanto y en cuanto la víctima es un conciudadano”, a lo cual agrega: “(...) esto no implica afirmar que estos son daños ‘a la comunidad’ en vez de en contra de las víctimas directas. Son daños contra las víctimas en tanto y en cuanto éstas son miembros de la comunidad, y por tanto son también daños contra la comunidad”<sup>12</sup>. Nótese como, subrepticamente, Duff equipara “miembro de la comunidad” y “ciudadano”,

<sup>11</sup> DUFF, R. A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 60 (todas las traducciones del inglés en el artículo son mías). Para más sobre este libro de DUFF, véase mi “Punishment, liberalism, and communitarianism” (una reseña del libro de Duff), *Buffalo criminal Law review*, 6.1 (2003): 673-690.

<sup>12</sup> DUFF, R. A., *op cit.*, 63.



pero, aparte de esta problemática equiparación, Duff también tendría problemas tratando situaciones cubiertas por el derecho penal que involucren personas que no son miembros de la comunidad. Imagínese, por ejemplo, el caso de un no-miembro de la comunidad que resulta sujeto pasivo (o activo) de un delito. ¿Cómo se supone que la voz de la ley ha de hablarle a este no miembro (si es que en efecto *debe* o *puede* hablarle)?

Este tipo de problema plaga las concepciones comunitaristas del derecho penal. He discutido a Duff en particular, no sólo por ser él un importante e influyente teórico del derecho penal, sino precisamente, porque intenta combinar el comunitarismo y el liberalismo. Es decir, Duff no es, en lo absoluto, antiliberal en su comunitarismo. Y aun así, su liberalismo-comunitarismo es incapaz de evitar los problemas que aquejan a las concepciones comunitarias del derecho penal. Posiciones liberales en cuanto a la naturaleza del derecho penal no enfrentan este tipo de problemas, y por ello, *ceteris paribus*, han de preferirse a las comunitarias. La adopción del liberalismo en este sentido supone a la vez el abandono sistemático (paulatino, en el peor de los casos) de la oposición entre ciudadano y enemigo, y no sólo cuando ésta es invocada por los defensores del derecho penal del enemigo<sup>13</sup>. Es decir, lo más saludable es partir de la premisa de que el derecho penal es, en principio, la respuesta del Estado a la comisión injustificada (inexcusable, etc.), por un agente responsable, de ciertos actos dañinos (o potencialmente dañinos) previamente establecidos por el Estado como criminales, independientemente de quien (es decir, de si el agente es ciudadano o no) cometa dichos actos y de quién sea la víctima de éstos.

Ahora bien, existe otra acepción de liberalismo cuya relación con la acepción discutida en los párrafos anteriores podría no resultar obvia. Esta es la acepción según la cual el liberal en derecho penal busca limitar lo más posible el poder punitivo del Estado. El origen de esta posición se encuentra mas claramente establecido, al igual que el de la acepción antes discutida, en la obra John Stuart Mill y de

<sup>13</sup> En los Estados Unidos, el derecho penal y el derecho constitucional se entremezclan mucho más que en otras tradiciones; véase en general, Markus Dirk Dubber, *Victims in the war on crime: the use and abuse of victims' Rights*, New York University Press, 2002.

otros liberales clásicos<sup>14</sup>. (Sin embargo, el más importante liberal anglosajón contemporáneo (en este sentido de 'liberal') es el recientemente fallecido Joel Feinberg<sup>15</sup>). A pesar de las múltiples e interesantes diferencias entre el liberalismo clásico y el contemporáneo, el germen de ambos es el famoso principio del daño: el Estado sólo debe criminalizar (y por ende, sólo castigar) aquello que cause (o tienda a causar) daño a otros. La conexión entre esta acepción de liberalismo mucho menos contenciosa, y la anterior concepción es que el comunitarismo se presta con mayor facilidad a la criminalización de conductas que no son en puridad dañinas en el sentido requerido, al menos si no parten de una concepción plausible de daño. Al fin y al cabo, el comunitarismo es susceptible de criminalizar acciones simplemente porque contribuyen a la erosión de la cohesión comunal, del sentido de pertenencia al grupo, y por otras acciones cuya criminalidad resulta poco plausible.

Los dos principios centrales del liberalismo son, entonces, los siguientes: primero, el derecho penal no debe distinguir, en la medida en que esto sea posible, entre extranjeros y nacionales; segundo, el uso del poder punitivo del Estado debe ser limitado al máximo posible, es decir, el Estado sólo debe criminalizar (y a la postre castigar) aquellos actos de una persona que causen daño a otra persona, sin su consentimiento. Debe por tanto resultar obvio que, aun cuando como posición política general el liberalismo tiene muchos y variados detractores, desde una posición más restringida, es decir, en cuanto afecta al derecho penal y al poder punitivo del Estado, incluso los detractores del liberalismo global difícilmente objetan al liberalismo restringido. El derecho penal del enemigo contradice (o tiende a contradecir) esta forma restringida y altamente atractiva de liberalismo, en cuanto se basa en una distinción entre nacionales y extranjeros, y en cuanto esta distinción se presta a expansiones del poder punitivo del Estado, estos dos principios fundamentales.

<sup>14</sup> Véase, en especial, John Stuart MILL, *On liberty and other writings* (Stefan Collini ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

<sup>15</sup> La extendida carrera de Feinberg giró fundamentalmente alrededor de temas relacionados con el liberalismo y el derecho penal, pero quizá su más importante contribución a estos temas se encuentre en sus clásicos cuatro volúmenes sobre los límites morales del derecho penal: FEINBERG, Joel, *The moral limits of the criminal Law* (4 volúmenes), Oxford: Oxford University Press, 1981-1990.

El hecho de que la expresión “derecho penal del enemigo” constituya, en efecto, una contradicción también merece ser discutido. Lo primero que cabe acotar es que existe una analogía entre este tipo de afirmación y posiciones iusnaturalistas difíciles de defender. A pesar de que no intento aquí desmontar sistemáticamente la tesis central del *iusnaturalismo*, es decir, la tesis que afirma que la ley inmoral no es ley (que el Derecho inmoral no es Derecho), dicha tesis ha sido contundentemente criticada por defensores de las diversas variedades del positivismo jurídico, incluso por aquellos que también critican el positivismo clásico<sup>16</sup>. Que el derecho penal del enemigo sea, en efecto, Derecho, es un problema estrictamente ontológico, y por tanto no depende de si, desde el punto de vista normativo, nos resulte inaceptable, sino de la posición, de nuevo: estrictamente ontológica, que con respecto a la esencia misma del Derecho se adopte. Es posible, incluso, que al fin de cuentas, resulte que la tesis ontológica acerca de la esencia del Derecho que uno acoja incorpore consideraciones normativas de corte *iusnaturalista*. Pero, de nuevo, sin pretender aquí resolver de un plumazo este venerable debate en la filosofía del derecho, analogías como que, por ejemplo, los argumentos inválidos siguen siendo argumentos, o los matrimonios malos siguen siendo matrimonios, o los gobiernos totalitarios siguen siendo gobiernos, indican que la tesis de que el Derecho inmoral sigue siendo Derecho goza de cierta plausibilidad inicial. Es preferible, por ende, enarbolar la navaja de Ockham, e intentar desmontar al derecho penal del enemigo evitando, en la medida de lo posible, apelar a posiciones metafísicas debatibles.

Por supuesto, es concebible un régimen totalitario que desdibujase de tal modo los rasgos *esenciales* de lo que significa gobierno, o, similarmente, un matrimonio tan carente de los elementos *esenciales* del matrimonio, que cabría decir en estos casos, que no estaríamos en presencia, en sentido estricto, ni de un gobierno, ni de un matrimonio. Y este tipo de consideración podría sin duda iterarse, y por tanto

<sup>16</sup> Las referencias clásicas son: John Austin, *The province of jurisprudence determined*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995; KELSEN, Hans, *Pure theory of Law*, (Max Knight trad.): Berkeley: University of California Press, 1967., HART, H. L. A., *The concept of Law* (segunda edición), Oxford: Clarendon Press, 1997. Incluso DWORKIN, a pesar de no ser positivista, rechaza la famosa tesis *iusnaturalista*. Véase DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge (Ma.): Harvard University Press, 1981, especialmente, ps. vii ff, 1-80.

podría argüirse que el derecho penal del enemigo no es Derecho (en el sentido de que carece de los elementos *esenciales* del Derecho), y que esta afirmación es inmune a la objeción clásica a este tipo de afirmación, pues la caricatura que el derecho penal constituye de lo que, sin duda, es Derecho es tan grotesca que estaríamos justificados en argüir de esta manera. (Nótese, sin embargo, que aberraciones del talante del Derecho nazi, siguen siendo, desde el punto de vista ontológico, Derecho, aun si desde el punto de vista normativo, derechos de esta calaña no merezcan ningún respeto<sup>17</sup>). En tal caso, afirmar que el derecho penal del enemigo no es Derecho, sería, en efecto, una objeción formidable. Sin pronunciarme acerca del éxito de esta estrategia, en lo que sigue ofrezco una forma diferente de objetar al derecho penal del enemigo, que, de tener éxito, luce no menos formidable que la más ontológicamente escabrosa (y costosa) tesis de que el derecho penal del enemigo simplemente no es Derecho.

## 2) ¿QUÉ ES LA PENA?

La objeción que deseo desarrollar a continuación es que, independientemente de que el derecho penal del enemigo sea o no *Derecho*, ciertamente no es *penal*; es decir, el derecho penal del enemigo no es *punitivo*. Podría parecer que el único (o el mejor) camino para criticar al derecho penal del enemigo es mostrando cómo, en su exageradas, en apariencia excesivamente punitivas, reacciones, violenta ciertos principios básicos del derecho penal, como indiqué al comienzo de este artículo. Sin embargo, sugerir ahora que el derecho penal del enemigo no es punitivo, podría parecer que soy inconsistente. No creo serlo.

<sup>17</sup> Incluso para H. L. A. HART, el más importante crítico anglosajón del positivismo clásico, duro (tanto austiniiano como kelseniano), quien admite sin problemas, por ejemplo, que el Derecho nazi *es* Derecho, afirma, también sin problemas, que aun el más furibundo positivista no tendría problema alguno en admitir que “si las leyes alcanzasen un nivel de iniquidad tal, habría entonces, simple y llanamente, una obligación de desobedecerlas”, HART, H. L. A., “Positivism and the separation of Law and Morals”, en DWORKIN, Ronald (ed.) *The philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1977, 30. (HART atribuye el hecho de que Gustav RADBRUCH abandonase el positivismo como respuesta parcial a la infernal ideología nazi a su “‘parcialmente digerida’ comprensión del mensaje espiritual del liberalismo”, *ibíd.*, 31).

El derecho penal del enemigo violenta, no hay duda, diversas garantías, tanto sustantivas como adjetivas, que buscan proteger a quienes el derecho penal procesa. Al negar el carácter punitivo de algunas de las medidas típicas del derecho penal del enemigo, sin embargo, no intento sino mostrar que el derecho penal del enemigo permite al Estado infligir tratamientos mucho *peores* que castigar a quienes violen la ley. Algunas manifestaciones del derecho penal del enemigo son punitivas: aumentar las penas de delitos previamente tipificados sólo en virtud de que quien los comete es considerado como ‘enemigo’, o eliminar los beneficios procesales a los ‘enemigos’, etc.; pero, otras manifestaciones del derecho penal del enemigo se encuentran divorciadas de las penas de un modo radical, como mostraré a continuación.

Con respecto a los casos que aquí discuto, conspicuos en la actual ‘guerra al terrorismo’ dirigida por los Estados Unidos, para que el derecho penal del enemigo fuese efectivamente excesivamente punitivo, haría falta adoptar una noción de punitivismo amplísima. El derecho penal del enemigo, en los casos que siguen, constituye un uso extremo de la *fuerza* del Estado; el derecho penal del enemigo sería excesivamente *punitivo*, sólo si el uso extremo de la fuerza del Estado fuese en efecto punitivo. Pero, si por ‘punitivo’ entendemos, como sugiero, algo más restringido, y más riguroso, es decir, algo al tenor de ‘relativo a la imposición de penas’, entonces el derecho penal del enemigo no es, en algunos casos, punitivo – sino algo mucho peor. Proceden entonces algunas breves consideraciones sobre dos complejos temas: primeras, aquellas concernientes a la relación entre el derecho penal y las penas, y segundas, las que giran en torno a la definición misma de lo que es una pena.

Desde el punto de vista etimológico existe una conexión obvia entre el derecho penal y las penas. Esto es así no sólo en nuestro idioma, sino en algunos otros, como el francés (*droit penal*) y el inglés, pues a pesar de que en inglés la traducción más común de “derecho penal” es “*criminal law*”, “*penal law*” es una opción igualmente válida; si aceptamos (como debemos) que “pena” y “castigo” son sinónimos, esta misma conexión se vería en el alemán *Strafrecht*. Independientemente de la minucia etimológica, sin embargo, esta conexión no es un mero accidente que algunos idiomas recogen: la misma es de origen conceptual (y subyace independientemente de que



tal o cual idioma la reconozca). Es exagerado decir que de lo único de lo que se ocupa el derecho penal es de las penas, pues se ocupa también de una diversidad de otros asuntos, como por ejemplo, los atinentes a problemas de jurisdicción, de validez, de competencia, interpretativos, y de muchos otros. Pero decir aquéllo no es una exageración grotesca, en tanto que todos (o casi todos) estos otros asuntos de los que se ocupa el derecho penal se relacionan, más tarde o más temprano, más directa o más indirectamente, con la imposición de penas a quienes han cometido hechos punibles. Las credenciales verdaderamente penales de aquellas leyes cuya conexión con las penas (y por ende, en última instancia, con los delitos) sea difícil de establecer, se encuentran de antemano en entredicho. Veamos las razones.

El poder punitivo del Estado, es decir, el poder que el Estado tiene para castigar a aquellos sujetos capaces que cometan (injustificadamente, inexcusablemente, etc.) actos que violen normas culturales de conducta comúnmente aceptadas, y previamente tipificados como crímenes, se encuentra limitado, afortunada y sensatamente, por diversas garantías que buscan proteger al individuo de posibles abusos por parte del Estado. Estos abusos son particularmente preocupantes ya que, al fin y al cabo, el elemento esencial de la pena, entendida como castigo, dentro del derecho penal y fuera de éste, es que la pena supone ser dolorosa, y en general, no deseada por el penado.

El problema de la definición del castigo ha atraído la atención de los más granados exponentes de la filosofía contemporánea. Existe una definición de castigo, originalmente propuesta por Antony Flew (aunque luego ligeramente modificada por Stanley Benn y por H. L. A Hart<sup>18</sup>) que se ha convertido en una verdadera ortodoxia. Recientemente, he desarrollado diversas críticas a esta definición<sup>19</sup>; sin embargo, un punto que no sólo no critico, sino que comparto plena-

<sup>18</sup> Véase FLEW, Antony, "The justification of punishment", *Philosophy: The Journal of the Royal Institute of Philosophy* 29 (1954) 291-307; BENN, Stanley, "An approach to the problems of Punishment", *Philosophy*, 33: 325-341; HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility: Essays in the philosophy of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1995.

<sup>19</sup> Véase: ZAIBERT, Leo, *Punishment and retribution*, Londres: Ashgate (2005); ZAIBERT, Leo, "Punishment and revenge", *Law and philosophy* 25(1) 2006; ZAIBERT, Leo, "Prolegomenon to a theory of Punishment", *Law, culture, and the humanities* 1(2) (2005): 221-246.

mente, es que el castigo supone causar dolor (físico o psíquico) o de algún otro modo ser desagradable. Una de las condiciones necesarias que forma parte del análisis de la pena es, pues, que ésta sea percibida *por quien la impone*, como dolorosa o desagradable para quien la sufre. Este énfasis en la primera persona es importante en cuanto permite considerar como instancias de imposición de penas aquellos casos en los que quien supone ‘sufrir’ la misma, de hecho la disfruta o le resulta indiferente. Por ejemplo, el que a cierto reo le guste la prisión no niega el hecho de que si es enviado a prisión por haber cometido un hecho punible, ha sido penado o castigado por el Estado. Las manos del Estado, por excelentes razones, se encuentran atadas en lo que concierne a moldear las penas de acuerdo con las características del penado; es decir, la idea de un Estado que, al enterarse de que a fulano, quien cometió un hecho punible, le gusta la prisión, pero detesta jugar tenis, lo condene a jugar tenis a diario. Dicha idea es eminentemente totalitaria, orwelliana. En otros contextos, este tipo de acomodo del castigo a lo que el castigador supone afectará negativamente al castigado, es mucho menos problemático: en nuestras relaciones cotidianas, con frecuencia, moldeamos los castigos que impartimos en vistas a lo que consideramos que quien ha de sufrirlo prefiere o aborrece. (Éste es un mero punto analítico: no me pronuncio sobre el escabroso tema de cuando estamos, como individuos particulares, justificados a castigar a otros individuos particulares. El punto es, simplemente que a veces castigamos fuera del contexto del Estado y su ordenamiento jurídico, y que, en esos casos, nos encontramos en mayor libertad de moldear estos castigos en comparación a la libertad de la que, en este respecto, goza el Estado).

Otro elemento esencial de la pena, incluido tanto en la definición ortodoxa, como en mi propio análisis de la pena, es que ésta es, por definición, una repuesta a un hecho punible. Este hecho punible, no es otra cosa que la manifestación jurídica de lo que en el ámbito más general es un hecho que quien impone la pena considera negativamente. Desde el punto de vista de la fenomenología del castigo no es necesario que quien impone el castigo suponga que el hecho al cual responde es una violación de alguna norma moral o legal importante —basta, apenas, que de algún modo considere que el hecho en sí es indeseable. Esta indeseabilidad está asociada con el carácter reprocha-

ble de alguna acción. La naturaleza y las consecuencias de estos dos cruciales elementos no son en lo absoluto obvias.

La reprochabilidad necesaria, desde el punto de vista general, para poder castigar alguna acción no es la reprochabilidad del derecho penal, pues, desde la perspectiva de la primera persona que castiga a un semejante por alguna acción que no constituye delito alguno, en lo absoluto, es necesario que la acción que da lugar al castigo viole normas de conducta generalmente aceptadas en la cultura en la que vive, ni que dicha acción sea de algún otro modo vista desfavorablemente por la sociedad en general. Más aún, esta reprochabilidad es normativamente *sui generis*, pues no supone que quien castiga considere que la acción reprochable constituye una violación de alguna norma moral gruesa o sustantiva. Bernard Williams ha ofrecido un útil ejemplo que evidencia y aclara lo que tengo en mente con este tipo de reprochabilidad<sup>20</sup>. El ejemplo de Williams es el de dos ladrones de bancos que, debido a la idiotez de uno de ellos, no logran robar el banco que intentaban robar. El ladrón que no es idiota puede reprocharle a su compañero su idiotez estando convencido de que robar bancos es en sí mismo inmoral. Es decir, no es necesario que el ladrón que reprocha considere que la acción de su idiota compañero es en sí misma inmoral en un sentido robusto. Sin embargo, su juicio de reproche es diferente de aquel que reprocha (o culpa) a la tormenta por el daño al vehículo, pues el ladrón que no es idiota no emite un mero juicio causal, sino que encuentra algo normativamente malo en lo que su compañero hizo. Aun cuando este sentido de ‘malo’ es indudablemente normativo, es normativo en un sentido sumamente débil (y en cierto sentido neutral), a diferencia de la normatividad de afirmaciones relativas a violaciones morales robustas (que tienden a suponer adherencia a sistemas normativos complejos e universales).

El requisito de que lo que se castiga sea una acción es un tanto menos sutil. Considérense dos casos de linchamiento: en un primer caso, un grupo de racistas secuestra a fulano, quien es negro, y lo lincha por ser negro; el segundo caso es el de un grupo de personas que, indignada por el hecho de que zutano ha violado a un menor de edad, lo lincha. Sólo el segundo caso constituye una instancia de

<sup>20</sup> WILLIAMS, Bernard, *Making sense of humanity and other philosophical papers 1982-1993*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995: ps. 35-45.

castigo. Fulano, en este ejemplo, no ha hecho nada reprochable; el mero color de su piel es, desde la horrenda y absurda perspectiva de los racistas, suficiente razón para lincharlo. Zutano, en contraste, ha hecho algo que la turba enardecida considera razón suficiente para lincharlo. De nuevo, sin pronunciarme acerca de la justificación (moral, política, o de cualquier otro tipo) de linchamientos extrajudiciales, es evidente que hay una diferencia fundamental entre estos dos ejemplos, pues en el segundo estamos en presencia de un castigo (extrajudicial, no hay duda, pero castigo al fin y al cabo), en virtud de que sólo en el segundo caso lo que se le inflige a zutano es consecuencia de algo que zutano hizo. El hecho de que aun en los cada vez más comunes crímenes de *strict liability* en el derecho anglosajón, si el procesado demuestra que no actuó, es absuelto. Es decir, aun cuando en este tipo de crímenes consideraciones relativas a la culpabilidad son irrelevantes, pero el hecho absolutamente fundacional relativo a si el procesado *actuó* o no, no es en absoluto irrelevante.

Independientemente de consideraciones atinentes a claridad conceptual, hay una razón de peso por la cual es útil detenerse en esta suerte de neutralidad normativa de los conceptos de ‘reprochabilidad’ y ‘mal’ necesarios para poder hablar de castigo desde un punto de vista general, así como en la importancia analítica que el concepto de acción tiene para el castigo. Como mostraré a continuación, ni siquiera apelando a estos amplísimos conceptos, típicas manifestaciones del derecho penal del enemigo son concebibles como castigos. Es decir, muchas de las cosas (la palabra ‘cosas’, con toda su parquedad, es usada adrede) que el derecho penal del enemigo regula no son fácilmente concebibles como castigos, como penales, bien sea porque no son ‘reprochables’, porque no son ‘malas’ o porque no son ‘acciones’.

No es necesario afirmar que las atrocidades cometidas por algunos miembros del ejército estadounidense (o por empleados de las empresas privadas a las que el Gobierno estadounidense subcontrata la administración de algunas de sus operaciones) en la base militar de Guantánamo o en la prisión de Abu Ghraib, constituyen castigos o penas (aunque algunas puedan serlo, aun extraoficialmente), para poder condenarlas. Lo mismo es cierto, obviamente, de aquellas atrocidades cometidas por el derrocado Gobierno iraquí, o por el régimen talibán en Afganistán, o por las cometidas por terroristas de cualquier estirpe, o por las de cualquier gobierno. Es decir, no todo uso de fuerza, ni

siquiera aquel uso de la fuerza que busque causar dolor, constituye un castigo o pena. La razón por la cual es importante insistir en esta variada gama de maneras en las que el Estado puede usar la fuerza debe, a estas alturas, ser obvia: algunas de estas maneras se encuentran más reguladas que otras. El derecho penal liberal tradicional, por ejemplo, no sólo busca proteger a individuos de posibles ataques ilegítimos, sino que intenta proteger al individuo que es acusado de haber ilegítimamente atacado este o aquel bien jurídico tutelado de posibles abusos que el Estado mismo puede, quizá, cometer. Es decir, un aspecto crucialmente importante del derecho penal está constituido, precisamente, por una serie de medidas que buscan proteger a quien castiga; este tipo de protecciones son mucho menos obvias, y a veces son inexistentes, cuando lo que el Estado hace no es penar o castigar, sino ejercer su fuerza de otros modos.

### 3. LA TORTURA Y EL DERECHO PENAL SIN PENAS

La expresión ‘derecho penal del enemigo’ no es común en inglés, pero, desde un punto de vista sustantivo, puede argüirse que en la serie de leyes, de medidas puramente administrativas, de órdenes del ejecutivo, que enmarcan la ‘guerra al terrorismo’ en los Estados Unidos, presenciamos una clara invocación al derecho penal del enemigo. Al fin y al cabo, este tipo de leyes y medidas expresamente buscan crear una jurisdicción *sui generis* para aquellas personas que el Estado sospecha de ‘terroristas’ e, incluso, para aquellas personas sobre quienes no recae sospecha alguna pero que el Estado supone poseen información valiosa para la ‘guerra al terrorismo’. Quienes caen bajo esta ‘jurisdicción’ especial en principio no gozan de muchos de los beneficios, tanto procesales como sustantivos, de los que gozan los procesados del derecho penal ‘ordinario’<sup>21</sup>. Un aspecto esencial de la ‘guerra al terrorismo’ es, pues, que requiere de la implementación del derecho penal del enemigo (aun cuando no se use este nombre, sino algún otro eufemismo).

A los efectos de evidenciar algunos problemas con este tipo de implementación del derecho penal del enemigo, quisiera considerar el

<sup>21</sup> Véase la interesantísima y tristemente extensa colección de documentos en GREENBERG, Karen J. - DRATEL, Joshua L. (eds.), *The torture papers: The road to Abu Ghraib*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.



uso de la tortura. Volvamos pues, al ejemplo con el cual comencé el presente artículo: el famoso escenario de la bomba de tiempo: el Estado *sabe* que una persona inocente posee información que permitiría evitar la criminal explosión de una bomba de tiempo. Un intenso debate ha surgido en los Estados Unidos con respecto al uso de la tortura en el contexto de la ‘guerra al terrorismo’, es decir, en el contexto de lo que podemos sin duda considerar la aplicación del derecho penal del enemigo por parte del Gobierno de los Estados Unidos. Quiero evitar aquí pronunciarme sobre la sensatez y las posibilidades de éxito de esta ‘guerra’ (el mero uso de esta palabra es un tanto ininteligible), que en mucho recuerda a la fútil ‘guerra a las drogas’. Alan Dershowitz, uno de los más importantes juristas de los Estados Unidos, ha sugerido recientemente que se requieran ‘órdenes de tortura’, a la usanza de las bien conocidas ‘órdenes de allanamiento’ emitidas por jueces competentes, antes de proceder a permitir la tortura de algún terrorista, supuesto terrorista, o aun (¿?) a inocentes.

Las formas que la tortura puede tomar cubren toda la gama de posibilidades de sufrimiento psíquico y físico. Como ejemplo del primer tipo, Dershowitz menciona el caso de un supuesto terrorista, Mohammed, cuyos hijos menores también habían sido detenidos, (detención de la cual fue diligentemente informado Mohammed)<sup>22</sup>. En principio, sin mayor problema puede imaginarse que la manera en la que Mohammed fue informado sobre esta detención fue constitutiva de tortura: es decir, se intentó amedrentar, hacer sufrir a Mohammed, a los efectos de que informara sobre esto o aquello. Pero el razonamiento que lleva a concluir que es legítimo hacerle esto a Mohammed también legitimaría torturar a sus inocentes hijos, si esta fuera la única manera de conseguir la información deseada. Aunque el aparentemente frecuente acto de orinar sobre el Corán, frente a prisioneros que consideran el Corán un libro sagrado pueda no constituir un daño físico, no cabe duda de que es una forma terrible de hacer daño. Desde el punto de vista puramente físico, en todo caso, algunos prisioneros del Gobierno estadounidense han argüido que las protecciones de la convención de Ginebra no se aplican a algunos prisioneros de la ‘guerra al terrorismo’. Además, han sugerido que la

<sup>22</sup> DERSHOWITZ, Alan M., “Tortured reasoning” en *Torture: A Reader*, Sanford Levinson (ed.), op. cit., 272.

única limitación al daño (físico o psíquico) que puede inflingirse a los prisioneros, es que el mismo no sea ‘letal’; es decir, siempre y cuando el daño no sea ‘letal’, todo vale<sup>23</sup>.

Ahora bien, ninguno, o prácticamente ninguno de los casos en los que los Estados Unidos (o, si al caso vamos, ningún otro país que haya torturado a sus ‘enemigos’ – muchos países lo han hecho, y muchos continúan haciéndolo–), se asemejan suficientemente al caso abstracto de la bomba de tiempo. Es decir, las certezas necesarias para que el caso abstracto surta sus efectos pedagógicos, son absolutamente imposibles en casos reales, concretos. Es decir, la ‘guerra al terrorismo’, que supone la invocación al derecho penal del enemigo, es, para empezar, una guerra contra un ‘enemigo’ amorfo y poco preciso, y aun en mayor medida que en el sentido, discutido en la primera sección, en el que la distinción entre ciudadano y enemigo es ambigua e imprecisa. Es decir, esta ‘guerra’ requiere no sólo de una serie de detenciones de personas que en mucho distan del sabelotodo personaje del ejemplo abstracto, sino que estas personas pueden ser, y han sido, ciudadanos.

A raíz de su tesis con respecto a las ‘ordenes de tortura’, Dershowitz ha sido objeto de todo tipo de acusaciones, de hecho, ha sido llamado ‘Torquemada Dershowitz’, y el ‘anacrónico adalid de la tortura’. Este tipo de acusaciones son, en mi opinión, infundadas: Dershowitz es enfático en expresar su deseo de que el uso de la tortura sea reducido a su mínima expresión (ciertamente, Dershowitz habla de *minimizar* el uso de la tortura, y no de *eliminarla* del todo, pues considera que en casos en los que la seguridad del Estado dependa de si torturamos o no a una persona, deberíamos torturarla – en este último punto muchos de los críticos de Dershowitz están de acuerdo con él). Ahora bien, a pesar de que considero que los rocambolescos ataques personales a Dershowitz carecen de mérito, pienso que los argumentos de Dershowitz son, en efecto, deficientes.

<sup>23</sup> Ver GREENBERG, Karen J. - DRATEL, Joshua L. (eds.), *The torture papers: The road to Abu Ghraib*, op. cit, *pássim*. Es menester notar que ésta es la posición de algunos miembros del Gobierno estadounidense (principalmente de miembros del departamento de Estado, y de la fiscalía general) y que esta posición ha sido vehementemente objetada por muchos otros miembros del Gobierno estadounidense (especialmente por miembros del Congreso así como, indirectamente, por jueces), y con aun más virulencia por el profesorado en las universidades norteamericanas.

Lo que más irrita a Dershowitz es que, en la práctica, todo Estado sensato, de hecho, tortura; tortura cuando ello evita males gigantescos (como ataques terroristas, etc.). Frente al dilema de si torturar de hecho ‘por debajo de la mesa’ de manera hipócrita, o torturar abiertamente, de derecho, y amparados en una orden emanada de algún juez competente, Dershowitz escoge la segunda opción. Así las cosas, es decir, enfrentados al dilema entre torturar de manera deshonesto o torturar honestamente (y sólo en aquellos casos en los que nuestras intuiciones morales sean realmente fuertes), pues pareciese que la propuesta de Dershowitz es mucho menos incivilizada de lo que sugieren sus críticos. Sin embargo, la manera en la que Dershowitz plantea su caso luce como una instancia de la falacia de la dicotomía falsa; es decir, dando por sentado que a veces hemos de torturar, pareciese que hacerlo de maneras abiertas, reguladas por jueces competentes, es mejor que hacerlo de manera subrepticia. Pero, es obvio que, lo que está en juego es, precisamente, lo que Dershowitz da por sentado: que, en ocasiones, la tortura está justificada.

El argumento de Dershowitz se limita a describir casos como el de la bomba de tiempo. Sin embargo, de su análisis de casos límite, abstractos, como el de bombas de tiempo, Dershowitz concluye que la ‘lucha contra el terrorismo’ actual, que se libra fundamentalmente en los calabozos de Abu Ghraib y de Guantánamo, debe ser tal que la tortura que en estos calabozos se lleva a cabo debe ser regulada, y debe hacerse de formas menos soterradas. Lo que resulta desconcertante es que Dershowitz no se percate que casos hipotéticos de bombas de tiempo son, como he apuntado, muy diferentes de los casos en Guantánamo y Abu Ghraib. La ‘guerra contra el terrorismo’ no es una situación paralela a la hipótesis de la bomba de tiempo. Pues en la inmensa mayoría de los casos, los detenidos en Guantánamo y Abu Ghraib no poseen información que de manera *directa* prevenga algún ataque terrorista *concreto*, aun cuando pueda argüirse que estos detenidos sí ofrecen algún tipo de información valiosa, que en el mediano plazo pueda ayudar a la captura de tal o cual terrorista.

Independientemente de la posición normativa que uno adopte con respecto a la justificación de la tortura, es de destacar que dicha posición, en principio, no se ve severamente afectada por consideraciones relacionadas con la relación a quién ha de ser torturado y la comisión de un hecho punible. Es decir, si pensamos que en caso de que torturar

a una persona sea la única manera de impedir un ataque (terrorista) a una ciudad que causará centenares de miles de víctimas inocentes, torturaremos a esta persona, en principio, independientemente de que esta persona sea también absolutamente inocente. No la torturaríamos más fácilmente (con menos remordimiento) si supiésemos que ha cometido un hecho punible o alguna indecencia. Es decir, lo que justificaría la tortura sería, en principio, la gigantesca asimetría entre el daño que causaría torturar a esta persona y el daño que causaría el no torturarla.

En este sentido, es útil hacer referencia a la inteligente respuesta de Elaine Scarry a Dershowitz. Sugiere Scarry que un héroe moral capaz de sobreponerse a su saludable aversión a la tortura, y que decide torturar a una persona a los fines de evitar el ataque, no necesitaría obtener de antemano la impunidad que le otorgaría el tener una ‘orden de tortura’ emanada de la autoridad judicial competente<sup>24</sup>. Es decir, siguiendo los pasos argumentativos de Scarry, la tortura es una actividad tan en principio aberrante, que si llegase a ocurrir que alguien en alguna situación se encontrare verdaderamente justificado (moralmente) para torturar, es más sensato que esta determinación la haga un juez o un jurado competente, en lugar de permitirle de antemano. Y no es sólo el hecho que permitirle de antemano es, en cierto sentido, relajar los mecanismos para evitar abusos, sino que desde un punto de vista retórico, se le legitima más de la cuenta.

Dershowitz considera que dejar la decisión de aquel extraño caso en el que la tortura puede ser legítima a la discreción de un jurado (o juez), es “injusto para con los investigadores [torturadores]” y, además “extraordinariamente ingenuo”<sup>25</sup>. Sin embargo, lo que resulta extraordinariamente incomprensible es que Dershowitz no note las implicaciones puramente retóricas de su tesis. No es ni ingenuo ni injusto el mantener una estricta y tajante prohibición con respecto, por ejemplo, al homicidio, junto con el hecho de mantener que, en algunos casos, de legítima defensa, o de estado de necesidad, el homicidio puede ser justificado (moral y legalmente). Resulta absurdo el requerir una ‘orden de homicidio’, a la usanza de las ‘órdenes de tortura’

<sup>24</sup> Véase SCARRY, Elaine, “Five errors in the reasoning of Alan Dershowitz”, in Sanford LEVINSON, *Torture: A Collection*, *op. cit.*, 281-298.

<sup>25</sup> DERSHOWITZ, Alan, “Tortured reasoning”, *op. cit.*, 263, 274 (traducciones de mi autoría).

de Dershowitz, a ser solicitada antes de matar en legítima defensa. Obviamente, podría argüirse que el tipo de situaciones en las que una persona actuase en legítima defensa no son previsibles, y que si estas situaciones se prestasen a que la persona solicitase primero una ‘orden de homicidio’ automáticamente dejarían de ser casos de legítima defensa, y que por tanto, mi analogía es débil. Sin embargo, lo que mi analogía busca mostrar es que ciertos principios deben ser respetados sistemáticamente, aun si es concebible algún caso en el que la violación del principio sea, en última instancia, y en abstracto, justificable.

Por ejemplo, el principio de que las personas no deben ser extraídas de sus lugares de residencia sin autorización judicial fue violado cuando agentes de los servicios de inteligencia israelíes capturaron a Adolf Eichmann en la Argentina, y lo llevaron (a espaldas del Gobierno argentino) a Israel para ser enjuiciado allí por sus crímenes durante la Segunda Guerra Mundial. Es posible sostener que esta violación es (moralmente, al menos) justificada, sin por ello verse obligado a sostener que sería bueno que se obtuvieran ‘órdenes de violación del derecho internacional’ antes de hacer cosas como ésta. Más aún, famosos casos, como el del asesinato de Simón Petliura por parte de Sholom Schwartzbard, muestran que, en casos excepcionales, un confeso homicida, quien no actuó en legítima defensa, puede ser absuelto, sin necesidad de apelar a ‘órdenes de homicidio’ a la manera de Dershowitz. (Petliura había dirigido todo tipo de atrocidades contra la población judía en Ucrania, y Schwartzbard decidió vengarse: mató a Petliura, y luego se entregó a las autoridades. Schwartzbard fue juzgado en París, y fue absuelto, entre vítores, aplausos, y gritos de ¡*Vive La France!* desde el estrado<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Es interesante notar que Hannah ARENDT, quien (inexplicablemente) no encuentra manera de justificar la violación israelí de la soberanía territorial argentina, de todos modos sugiere que hubiese sido mejor si el Gobierno israelí, en vez de ‘secuestrar’ a Eichmann, lo hubiese matado en Buenos Aires, y luego los homicidas se hubiesen entregado, tal y como hizo SCHWARTZBARD, o como hizo TEHLIRIAN con TALAAT BEY. Es decir, ARENDT prefiere la violación de la prohibición del homicidio sobre la violación de la soberanía nacional. Ver, ARENDT, Hannah, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, New York: Penguin, 1991, 265-266. Para más, acerca del caso Schwartzbard, véase KALADIUK, Anna, “The Schwartzbard Case: An Ukrainian Jew in a French Court”, manuscrito aún no publicado, en poder del autor.



Lo equivocado de la propuesta de Dershowitz es que ciertos fenómenos, simplemente, no pertenecen al derecho penal, y la tortura como mecanismo para obtener información (ni aun como castigo merecido), es uno de estos fenómenos que no pertenecen al derecho penal. Más clara, aun cuando obviamente descarnada, cínica, e hipócrita, es la perspectiva de un “agente de inteligencia” del Gobierno de los Estados Unidos, citado por el *Wall Street Journal*, que Dershowitz mismo cita (de nuevo): “hay razones por las cuales [el sr. Mohammed] no va a estar siquiera cerca de un sitio en el cual se le reconozcan sus derechos [...]. No estará en un sitio como España, Alemania, o Francia. No estamos usando esto [la detención] para enjuiciarlo. Esto [la detención] es para inteligencia. Sólo Dios sabe lo que harán con él [en aquellos países a donde lo enviemos]”<sup>27</sup>.

A pesar de lo mucho de malo en la posición de este ‘agente de inteligencia’, la diferencia entre ‘enjuiciamiento’ e ‘inteligencia’ es establecida de manera mucho más diáfana que la manera que favorece Dershowitz. Muchos de los actos hechos en el contexto de esta ‘guerra al terrorismo’ son actos ajenos al derecho penal; en el ejemplo concreto que he discutido, la tortura a los fines de obtener información, el pretender otorgar a actos de este tipo de un revestimiento penal es inconveniente, hipócrita, y, desde el punto de vista teórico, poco sólido. Similarmente, la tristemente célebre decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en *Korematsu v. United States*, en la cual se le dieron visos de legalidad al envío de ciudadanos estadounidenses de origen japonés (por el mero hecho de ser de origen japonés) a centros de internamiento, no es, en principio, materia penal<sup>28</sup>. Los ciudadanos japoneses no eran sospechosos de haber cometido hecho punible alguno: por lo tanto, su internamiento no era penal. Igualmente con muchos (no todos) de los detenidos en Guantánamo o en Abu Ghraib, en el desarrollo de la “guerra al terrorismo”, que son detenidos, torturados, en violación

<sup>27</sup> Citado en DERSHOWITZ, Alan, “Tortured reasoning”, *op. cit.*, 270.

<sup>28</sup> *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). Criticar esta indudablemente deplorable decisión jurisdiccional, y criticar la igualmente deplorable medida misma de internamiento no implica, por supuesto, aceptar el ramplón y amarillista argumento de que estos campos de internamiento eran equivalentes a los campos de concentración nazis.

flagrante de principios generales del derecho penal, en virtud no de haber cometido hecho punible alguno, sino de que, quizá, posean tal o cual información.

Un problema persiste: ¿cómo ha de reaccionar, de legislar incluso, un Estado que enfrenta amenazas inmensas? No he pretendido contestar esta pregunta; nada de lo que aquí sugiero supone que los Estados deban sumirse en la postración, y simplemente esperar que las amenazas se materialicen (a fin de estar en presencia, entonces, de hechos punibles). Lo que he sugerido es que mucho de lo que el derecho penal del enemigo regula no es en lo absoluto penal, y que, por tanto, los intentos por argüir que estas regulaciones deberían lucir como penales son deshonestos, peligrosos, y deben ser resistidos. El derecho penal tiene que ver, por encima de todo, con las penas; y el derecho penal del enemigo, al menos en su contemporánea encarnación en los Estados Unidos, tiene muy poco que ver con penas.