

Reflexiones sobre política y Derecho: ¿La política del enemigo como Derecho en la globalización?

Juan Luis Jiménez Ruiz*

Resumen

La progresiva transformación que está marcando la configuración de la estructura tradicional que ha fundamentado a los Estados modernos hasta la actualidad parece estar influida decisivamente por los cambios que la globalización promueve a nivel económico, político y jurídico en todos los Estados del planeta. Especialmente relevantes resultan dichas alteraciones en términos democráticos, al observarse cómo la inercia a la que aludimos parece sustentarse en la búsqueda de la seguridad frente al enemigo. Con ello se trata de flexibilizar, al punto en que se corre el riesgo de alterar, el sistema que contiene las más altas garantías que asisten al respeto de la dignidad humana, las que están normativizadas en los textos de derechos humanos/fundamentales. Ante el contexto que señalamos tratamos mediante la elaboración de este ensayo de proceder modestamente a su racionalización intentando, en todo caso, si no contribuir a su esclarecimiento sí incitar a su estudio y reflexión desde el respeto a los principios democráticos.

* Abogado y Doctor en Derecho (Doctor Europeus) de la Universidad de Jaén, (España). Dirección mail: jimru@hotmail.com. Nota: este artículo contiene una síntesis de un estudio de mayor envergadura del que suponemos su próxima publicación en España.

Abstract

The progressive transformation that is shaping the traditional structure on which the modern states have been based on up to date, seems to be decisively influenced by the changes that the globalization is inciting economically, politically and juridically throughout the world. In terms of democracy, the above-mentioned alterations result especially relevant when observing how the inertia we allude to seems to be based on the search for security against the enemy. Bearing in mind the previous statement, the political system contained in the texts of human/fundamental rights regarding the human dignity, is trying to be made more flexible up to a point where the risk of change is present. In the preparation of this essay we modestly try to rationalize this subject. However, if we cannot contribute to its explanation, at least we want to motivate towards its study and reflection respecting the principles of democracy.

Palabras Clave

Política, Derecho, globalización, derechos fundamentales y seguridad.

Key words

Politics, Law, globalization, fundamental rights and security.

Sumario

1. Planteamiento general. Aproximaciones. 1.1 Aproximación al concepto política. 1.2 Aproximación al concepto Derecho. 1.3 Aproximación al concepto globalización.
2. Conceptualización y naturaleza del Derecho penal del enemigo y su repercusión en el *multilevel* ordinamental del mundo globalizado. 2.1 Justificación jurídico-política de la teoría del enemigo. 2.2 La incidencia de las políticas de seguridad en los valores democráticos. 2.3 El mandato social de seguridad. 3. Las políticas de seguridad en el sistema *multilevel*.
4. El límite de los derechos fundamentales en el sistema *multilevel*.
5. Conclusiones.

1. Planteamiento general. Aproximaciones

Resulta a nuestro juicio especialmente relevante cualquier esfuerzo de análisis que trate de abarcar, entre otros muchos aspectos, la conceptualización y tratamiento debido sobre el denominado Derecho penal del enemigo. Ello es así a juzgar por la notable incidencia que en la actualidad está caracterizando a esta teoría en los sistemas jurídico-políticos occidentales, de forma especialmente feroz tras los abominables sucesos ocurridos en E.E.U.U., el 11 de septiembre de 2001, seguidos por los de Madrid y Londres en 2004 y 2005, respectivamente. Esta situación está marcando el desarrollo de no pocas medidas políticas y jurídicas que desde su formulación enuncian buscar, afirmando proporcionar, la seguridad, que tan fuertemente demanda la ciudadanía, ante los diferentes fenómenos sociológicos que han demostrado capacidad tal como para despertar gran temor en la sociedad. Dichas medidas se organizan en ocasiones *in extremis*, sin estar convenientemente fiscalizadas por los principios democráticos y surgen sustantivadas en la urgencia que el constante sentimiento de miedo, infundido en la ciudadanía, provoca la eventual e hipotética perpetración de fenómenos homologables, amén de su verdadera naturaleza, a los anteriormente citados.

Dicho lo anterior, a través del desarrollo argumentativo de la temática que proponemos, trataremos de arrojar luz, en la medida de nuestras posibilidades, sin perder de vista los límites que nos impone la naturaleza liviana del presente comentario, en el que no será de partida posible profundizar en la problemática aludida, sino más bien, proponer algunos elementos de reflexión que tal vez contribuyan a despertar alguna que otra inquietud o perspectiva sobre este fenómeno y con ello incitar así a su estudio desde las más diversas áreas de las ciencias sociales desde donde, multidisciplinariamente en nuestra opinión, debiera ser tratado. No pretendemos ofrecer por tanto máximas de ningún tipo, en tanto que, son pocas las verdades inamovibles que a nuestro juicio se puedan localizar en el ámbito de la filosofía política en particular y de las ciencias sociales en general.

De este modo pretendemos inicialmente enfocar el desarrollo de este trabajo elaborando una aproximación a los conceptos que sostienen la fundamentación de las líneas de pensamiento con las que hemos de trabajar, intentando construir así una breve aproximación conceptual en la que logremos, en primer lugar, articular y en segundo término sostener y desarrollar nuestra investigación. Tememos que conceptos usados hasta la saciedad, como Derecho, política, o globalización, dado su alto grado de dinamismo, necesitan de una constante revisión y actualización, ya que en ocasiones se construye sobre ellos sin contar con la suficiente claridad de los mismos. Ciertamente, al menos algunos de los conceptos que proponemos son eje fundamental

de la ciencia jurídica, en torno a los cuales se ha desarrollado no sólo el carácter científico del Derecho, sino también, una ingente cantidad de construcciones políticas y sociológicas que si en alguna medida fueron construidas obviando el no inocente oscurantismo conceptual que sobre estos términos se ha fraguado, podrían conducir a construcciones de difícil sostenimiento dentro de la estructura de la ciencia jurídica moderna. Tratando de evitar dicha situación o al menos rindiendo inicialmente cuenta de ello, intentaremos dibujar una breve aproximación que nos señale la vía, el sentido y conceptualización, la problemática que rodea en definitiva a dichos elementos, que resultan de fundamental importancia no sólo para este pequeño ensayo, sino que más relevantemente, por naturaleza, imprescindibles para la ciencia jurídica y la disciplina política. Sin embargo, aclaramos, que no es nuestro objetivo alcanzar una definición total o absoluta, de alta precisión sobre los términos a debatir, sino tomar en cuenta las particularidades, riesgos y causalidades que rigen el contenido de qué entendemos técnicamente por *Derecho, política y globalización*.

Con ello nos proponemos esbozar la estructura sobre la que será o no posible fijar la conceptualización del denominado Derecho penal del enemigo, tratando de dilucidar si su naturaleza es realmente subsumible en la esfera del Derecho, o por el contrario, es acreedora de un estatus eminentemente político. Trataremos de observar su incidencia en el orden *multilevel*, en el que en la práctica se está desarrollando en nuestros días. Tendremos en cuenta a tal fin una triple aproximación que trataremos de efectuar observando, por un lado, la propia justificación jurídico-política que esgrimen y teorizan sus precursores; por otra parte, intentaremos observar la incidencia que esta teoría despliega en el campo del Derecho positivo; y si es o no realmente coherente con los principios, también normativizados, asentados en la democracia moderna.

Todo ello nos debería conducir a obtener una imagen global y aproximada de la temática apuntada, por medio de la cual pudiéramos lograr abordar, apoyándonos en las conclusiones descritas, la recepción normativa de la teoría del enemigo en el orden *multilevel* occidental y confrontarlo así con los postulados que marcan los principios democráticos, hiper-protegidos por ser materia fundante de las cartas constitucionales occidentales modernas. Culminaremos pues esta pretendida aproximación a través de la síntesis del trabajo en forma de las diversas conclusiones que pudiéramos extraer.

1.1 Aproximación al concepto *política*

Augurando ya inicialmente aquí la dificultad que podremos testar sobre el problema que radica en el empeño de abordar una aproximación conceptual al término *Derecho*, constatamos ya una dificultad paralela a la hora de tratar de conceptualizar el término *política*. Resulta unánime en cualquier conceptualización al efecto, el que venga precedida de la advertencia que señalamos, súmese a esta situación el que además

son incontables los intentos y los esfuerzos que, desde las ciencias sociales, han tratado de esclarecer tal cuestión y que a la vez de intentar arrojar luz a su comprensión contribuyen notable y paradójicamente a dificultar su contenido, al sumirlo en una ingente cantidad de opiniones imbuidas simultáneamente en innumerables líneas doctrinales que abarcan cuantitativa y cualitativamente proporciones oceánicas a lo largo de la historia del pensamiento humano.

Así es posible rastrear desde la antigüedad el interés de la filosofía y el *Derecho* acerca del tratamiento y conceptualización del término política; sirvan de ejemplos las obras referenciales de Platón y Aristóteles¹ donde trataron desde diversas perspectivas de explicar la concepción de la política para lo que se sirvieron del análisis de aquellas grandes instituciones sociales, artificiales dada su naturaleza, que aún hoy continúan conteniendo, amén de sus mutaciones, los Estados actuales, como la familia, el Estado o algunas relaciones humanas. Por tanto podemos señalar que la política, ciencia y arte simultáneamente, ha representado un tradicional bastión desde el que partir para el tratamiento de los diversos asuntos sociales y que ha sido por tanto tratado a lo largo de la historia y muy especialmente en el pensamiento occidental a lo largo de todos los tiempos. La temática que aludimos está además presente en las obras de todos los grandes pensadores de la historia desde San Agustín, Santo Tomás, Hobbes, Rousseau, Montesquieu o Kant, hasta llegar a la modernidad y más concretamente al siglo XX, donde encontraremos una muy profunda reflexión sobre esta materia en la obra de Hannah Arendt, especialmente en sus obras tituladas *Los orígenes del totalitarismo* (1951) así como la reciente compilación de sus textos en la obra editada por Piper, y elaborada por Ursula Ludz, titulada: *¿Qué es la política?* (1993).

Llegados a la actualidad consideramos ajustada, debido a su concisión y vigencia, la conceptualización dada desde la politología por el profesor Sodaro, cuando afirma que la política "es el proceso por el que las comunidades persiguen objetivos colectivos y abordan sus conflictos en el marco de una estructura de reglas, procedimientos e instituciones, con el objetivo de alcanzar soluciones y adoptar decisiones aplicables por la autoridad estatal (en sus diferentes niveles políticos-administrativos) al conjunto de la sociedad"². Y decimos que la consideramos adecuada porque transcribe la línea genérica en la que puede ser incluida cualquier línea política y más ampliamente cualquier concepción que pretenda dilucidar sobre su conceptualización, ello, siguiendo el tenor literal de la cita, en virtud de las siguientes premisas:

1º "(...) proceso por el que las comunidades persiguen objetivos colectivos y abordan sus conflictos en el marco de una estructura de reglas (...)" En efecto, cualquier

1 Consúltese a este tenor para conocer en mayor profundidad las obras referenciales de estos autores: Platón, *La República*, Bogotá, Panamericana, 1998; y Aristóteles, *La Política*, Madrid, Espasa-Calpe, 1974.

2 Michael Sodaro, *Política y ciencia política. Una introducción*, Madrid, McGraw-Hill, 2004, p. 1.

movimiento político exige ante todo el elemento de colectividad o “comunidad”. La política debe regir, coordinar y direccionar el movimiento social concreto desde donde se lleve a cabo. Esto puede hacerse de forma unilateral, como sería en un gobierno absoluto, o colectiva en un gobierno democrático, pero siempre perseguirá “objetivos colectivos” o más precisamente de colectividad. Además direcciona su inercia desde una estructura jurídica y socialmente predeterminada.

2º “(...) con el objetivo de alcanzar soluciones y adoptar decisiones aplicables por la autoridad estatal (en sus diferentes niveles políticos-administrativos) al conjunto de la sociedad (...)”. Como decimos, la política siempre tendrá el último objetivo de ajustar el comportamiento de la autoridad estatal (en sus diferentes niveles), para alcanzar la consecución de los parámetros que se determinaron previamente al conjunto de la sociedad; sin embargo, la política llevada a cabo por la autoridad estatal habrá de ser sin excusa respetuosa con los principios fijados en la estructura social donde se desarrolle. En caso contrario se trataría de una política ilegítima y por naturaleza “enemiga” del sistema desde donde se proyecta.

Del primer punto destacado podemos además entrever la estrecha relación entre política y Derecho, pues parecen guardar una relación simbiótica sin la que sea posible *a priori* explicar la presencia de la una sin el otro. Destacando en segundo lugar, de forma sintética, que la política, en todo caso, tratará de direccionar en uno u otro sentido el devenir y la evolución de la sociedad que la instituya y a la que pretenda ordenar.

1.2 Aproximación al concepto *Derecho*

Tal como expresamente señaló hace algunos años Santiago Nino, la pregunta ¿Qué es el Derecho?, quizás sea la que probablemente desde la antigüedad hasta nuestros días “mayor escozor y desorientación provoque entre los juristas”³. Afirmación que sustenta sobre la hipótesis en la que se resalta la dificultad que entraña dicha conceptualización al provenir esencialmente de la falta de claridad sobre los presupuestos que relacionan “lenguaje y realidad”⁴. Relación que parece entroncar a su vez con la dependencia que une estos términos desde la concepción platónica sobre los mismos y que pervive aún en la actualidad. Parecidas afirmaciones subrayó Hart al afirmar que “pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aún paradójicas como la pregunta “¿qué es el Derecho?” (...) situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado de forma sistemática como

3 Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 11.

4 *Ibid.*

disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas “¿qué es química?” o “¿qué es medicina?”⁵.

Sobre esta cuestión se han desarrollado y pronunciado, como podemos intuir, una innumerable cantidad de corrientes jurídico-filosóficas⁶, que tratan de responder a la cuestión que se formula como: ¿qué es el *Derecho*? Además, se posicionan sobre ella gran cantidad de filósofos, juristas, políticos, en definitiva pensadores, que han tratado de dilucidar tal cuestión y en cuya conclusión han fundamentado gran parte de su labor científica personal.

Tal vez nos sirva de auxilio en la presente aproximación construir nuestra particular idea acerca de qué es el Derecho, partiendo de los más básicos y esenciales principios jurídicos. Sirva a tal fin el principio *ubi societas, ibi ius*. En efecto, donde hay sociedad, hay Derecho, de donde podemos extraer la relación entre Derecho y sociedad, siendo el Derecho un carácter más de la sociedad que lo instituye, con el objetivo de proceder a su propia organización. Afirma a este tenor el profesor Peces-Barba que el “Derecho es un fenómeno humano”⁷ y explicita que está destinado a regular “diversas dimensiones de la vida humana social”⁸, atribuyéndole además un carácter histórico. Matizamos sobre esta cuestión, sustentándonos en el principio anteriormente citado, que más precisamente, el carácter de fenómeno humano que le es atribuido al Derecho, a nuestro juicio, se constituye como un fenómeno social (donde hay sociedad hay Derecho) y tal vez nos sirva como rasgo caracterizador de las diversas sociedades, pues no tendría sentido en la actualidad jurídica plantearnos si existe o no Derecho en las relaciones entre los reinos animal o vegetal y el ser humano, precisamente por contar el Derecho con el carácter social que lo funda y lo define y en cuya colectividad sólo tienen cabida aquellos individuos pertenecientes al género humano.

Recordamos que Peces-Barba nos señalaba su carácter histórico y le atribuye además “naturaleza normativa”⁹. Y es que efectivamente en su naturaleza histórica se puede localizar, la paulatina normativización del Derecho, dos caracteres más que nos ayudarán a visualizar la idea que buscamos. Desde las primeras sociedades de las cuales las ciencias sociales tienen constancia histórica escrita, al menos en occidente,

5 Herbert Hart, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p.1.

6 Algunas de las más relevantes que resaltan por su trascendencia, en el s. XX en el contexto occidental son: el formalismo jurídico, el realismo jurídico, el normativismo, el iusnaturalismo o incluso el marxismo jurídico.

7 Gregorio Peces-Barba; Eusebio Fernández; y Rafael De Asís, *Curso de teoría del Derecho*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 18.

8 Ibid.

9 Ibid.

encontramos diversas normas escritas, normas jurídicas sin duda, orientadas a la organización social en la que fueron creadas. Los primeros textos que nos atestiguan esta situación están incluidos en el conjunto normativo que denominamos globalmente como Derecho sumerio siendo, tal vez, su texto más representativo (no el más antiguo que se conserva) el Código de Hammurabi (1750 a. C). Pero la positivización de la norma jurídica no indica por sí misma, en exclusividad, la existencia del Derecho. Evidentemente sí del Derecho escrito, al que le deben ser añadidas todas aquellas normas que forman parte del Derecho consuetudinario y que del mismo modo convinieron en regular la administración social de la cultura en las que se contuvieron y a la que administraron. La costumbre por tanto se configuró inicialmente como único medio contenedor y perpetuador del Derecho en todas aquellas sociedades que carecían de un sistema de escritura, aunque sin embargo contaban ya con una estructura social más o menos organizada, obviando naturalmente su grado de complejidad y nivel de desarrollo. Sin lugar a dudas la escritura trajo consigo la posibilidad de fijar en el tiempo y en la forma las normas de carácter hasta entonces consuetudinario, lo que indudablemente condujo, al menos en el campo jurídico, al desarrollo del Derecho como un sistema organizativo integrado por normas que instituyen la forma y organización de la sociedad, estructurando un sistema definido dotado de cierta seguridad jurídica sustantivada precisamente en la variabilidad jurídicamente tasada de la norma escrita.

Atribuyen Kant y posteriormente Kelsen un elemento más que caracterizará la concepción que buscamos y es precisamente la capacidad de coacción que define al Derecho, que obliga a su cumplimiento. Sitúan la naturaleza del mismo en el resultado mediante el cual se define el equilibrio debido entre libertad y coacción, en tanto que el Derecho es la herramienta que promueve la libertad de todos (al menos en un sistema democrático moderno), siendo la coacción la amenaza de un mal tasado normativa y sistemáticamente que será infligido por parte exclusiva del poder público (Estado) en el caso en que se vulneren las normas pre-escritas que organizan la sociedad y garantizan el orden en el sistema.

Dejamos al margen de estas consideraciones aquellas definiciones que también conceptualizan al término Derecho, aunque desde una perspectiva lingüística, y que irán en función del contexto donde se vea insertado. Como ejemplo de lo anterior, podemos situar en el lenguaje coloquial el término "Derecho" que hará referencia al conjunto de normas de un ordenamiento jurídico (Derecho colombiano, Derecho español, etc...) o bien, a la capacidad subjetiva de cualquier individuo cuando afirma: "tengo derecho a...", entre otras múltiples acepciones lingüísticas que aunque válidas, ciertamente no resultan en este momento medio idóneo para la consecución de nuestro objetivo.

De la breve aproximación que pretendemos, podemos resaltar ya la polivalencia semántica que contiene la conceptualización, incluso a nivel técnico, que sustenta la respuesta a la pregunta ¿qué es el Derecho? y que sin lugar a dudas fija dos caracteres a

la problemática intrínseca que conlleva la tarea de definir el concepto Derecho, que son: la ambigüedad terminológica que presenta este término que aboca necesariamente, en segundo lugar, a la vaguedad de su definición, con la que inevitablemente en todo caso tendremos que contar.

Señaladas pues en esta aproximación algunas ideas que pudieran servirnos básica y auxiliariamente al objetivo que pretendíamos, la conceptualización del término Derecho, y que podemos extractar en: 1º La dificultad y vaguedad de definición, 2º la gran cantidad de concepciones emanadas del esfuerzo de definición por parte de la doctrina que podemos constatar sobre el término "Derecho", y 3º sus caracteres básicos definitorios (capacidad organizativa social determinada y capacidad de coerción), damos por apuntada la presente aproximación.

1.3 Aproximación al concepto *globalización*

Tratemos de situar, vistas las consideraciones previas sobre los conceptos *política* y *Derecho*, mediante un similar esfuerzo deductivo, una breve consideración acerca de lo que entendemos por globalización tal y como se está manifestando en la esfera jurídica actual. Con esta aproximación pondremos fin a este primer punto introductorio enfocado esencialmente hacia la reflexión conceptual sobre la temática que nos ocupa, fundamentada en la triple perspectiva que tratamos de clarificar. El contenido de los tres conceptos que conforman el esquema, a nuestro juicio fundamental, nos permitirá entrar al fondo del objetivo que buscamos, o más bien plantear cuantas cuestiones, dudas o hipótesis nos surjan en el desarrollo del presente comentario.

La globalización o mundialización fue advertida inicialmente durante la década de los años ochenta del pasado siglo, principalmente en el ámbito de la economía, donde conviene en situarse comúnmente su origen. Desde este sector fue saltando e implicando a las diferentes ramas de las disciplinas sociales, pudiendo afirmarse en la actualidad que se trata de un fenómeno todavía incipiente, que inevitablemente está conduciendo a la interconexión cada vez más acelerada de la política, el Derecho, la cultura y la economía, en favor de una macroestructura multiforme contenedora de una sociedad cada vez más interconectada, una sociedad multicultural.

Importantes pensadores han dedicado notables esfuerzos a su estudio, sirva como muestra y ejemplo de ello las diferentes visiones que sobre la globalización, principalmente en su perspectiva jurídica y política, han aportado en sus obras y entre otros muchos autores: Agamben, Beck, Buchanan, Carrillo Salcedo, De Lucas, Ferrajoli, Habermas, Hardt, Held, Muñoz Conde, López Calera, Monedero, Monereo Pérez, Nair, Negri, Pastor Antolín, Pérez Cepeda, Pernice, Portilla Contreras, Ramonet, Walzer o Zizek¹⁰.

10 Véanse en profundidad algunas de sus posiciones, a nuestro juicio más representativas en las siguientes obras: Giorgio Agamben, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-textos, 2003; del

En diversas de las tesis de los autores señalados es posible localizar múltiples enfoques, directos o no, referentes a la globalización y a la repercusión que este fenómeno supone no sólo en la economía, sino que también en el Derecho, la política o la sociedad. En definitiva en el entorno cultural que envuelve a la sociedad posmoderna y multicultural caracterizada como tal en el s. XXI. Convienen además en situar y comentar los diferentes rasgos que implica el fenómeno de la globalización, y a pesar de múltiples puntos de divergencia coinciden aproximadamente en el campo jurídico, en que dicho fenómeno representa la “transnacionalización del Derecho”, y por tanto, una manifiesta imbricación de los diferentes órdenes jurídicos que día a día localizan entre sí diversos puntos de conexión. Fenómeno que además de crear nuevos nexos de forma continua, fortalece paulatinamente los ya existentes.

Beck, propone una definición del concepto afirmando que se trata “de procesos en virtud de los cuales los Estados soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades (...)”¹¹, atribuyéndole además un carácter irreversible. Para Monereo Pérez, la globalización posee el efecto de transnacionalizar¹² el Derecho. Alude en el

mismo autor: *La comunidad que viene*, Valencia, Pre-textos, 2006. Ulrich Beck, *La democracia y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 2000; del mismo autor: *La Europa Cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 2006; del mismo autor: *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, Barcelona, Paidós, 2005; del mismo autor: *La sociedad del riesgo global*, Madrid, SigloXXI, 2002; del mismo autor: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2002; del mismo autor: *¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, Respuestas a la Globalización*, Barcelona, Paidós, 2008; del mismo autor: *Sobre el terrorismo y la guerra*, Barcelona, Paidós, 2006; James Buchanan, *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el leviatán*, Madrid, Liberty Fund y Katz Editores, 2009; Juan Antonio Carrillo, *Globalización y Orden Internacional*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005; Javier De Lucas, *Globalización e identidades*, Barcelona, Icaria, 2003; Luigi Ferrajoli, “Más allá de la Soberanía y la Ciudadanía: Un Constitucionalismo Global”, en *Isonomía*, N° 9, México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1998, pp. 173-184; del mismo autor: *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004; Jürgen Habermas, *Más allá del Estado nacional*, Madrid, Trotta, 2001; Michael Hardt; y Antonio Negri, *Imperio*, Barcelona, Paidós, 2005; de los mismos autores: *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*, Barcelona, Debate, 2004; David Held, *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997; Nicolás María López, *Filosofía del Derecho II*, Granada, Comares, 1998. Juan Carlos Monedero, *Disfraces del Leviatán. El papel del Estado en la globalización neoliberal*, Madrid, Akal, 2009; Sami Naïr, *Diálogo de culturas e identidades*, Madrid, Editorial Complutense, 2006; Luis Jesús Pastor (Coord.), *Globalización y migraciones hoy: Diez años de continuos desafíos*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2002; Ana Isabel Pérez, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Madrid, Iustel, 2007; Guillermo Portilla, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007; Ignacio Ramonet, “Globalización y fracturas” en *Le Monde Diplomatique*. Edición española, año XII, N° 154, 2008; del mismo autor: *Guerras del siglo XXI. El imperio contra Irak*, Barcelona, Debolsillo, 2004; Slavoj Zizek, *La suspensión política de la ética*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2005.

11 Ulrich Beck, *¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, Respuestas a la Globalización*, Barcelona, Paidós, 2007, p. 34.

12 José Luis Monereo, “Estudio preliminar” de la obra de Georges Gurvitch, *Sociología Jurídica*, Granada, Comares, 2001, p. XXI.

mismo sentido al fenómeno Mercado Pacheco, afirmando que supone “una cadena de procesos económicos, científicos y culturales, que van desde la mundialización de la economía hasta la revolución tecnológica y la transformación de los sistemas de comunicaciones, están cambiando el escenario de las condiciones de la vida social”¹³. Tal como es posible advertir en estas aproximaciones sobre la globalización, se nos indica la existencia de múltiples caracteres que son usados para definir dicho concepto. Pero en nuestra opinión, en la que asumimos todos los rasgos definitorios acerca de la globalización aportados por los autores mencionados, pensamos que la globalización representa mucho más que las múltiples características o “cadenas de procesos” que le son atribuidos y que son usados para su definición.

La “imbricación”, carácter omnipresente, como es sencillo constatar en cualquier intento de definición de “globalización”, se materializa a nuestro parecer en las tesis que argumentan la existencia de los diferentes modelos/sistemas/teorías de conexión de ordenamientos jurídicos, expuestos y teorizados, entre otros, por Arnold, Pernice o Ferrajoli. Sistemas en los que genéricamente tienen cabida, a su vez, los tradicionales principios que han definido la relación entre normas jurídicas y ordenamientos: primacía, jerarquía, competencia, subsidiariedad, etc. y que suponen hoy los resortes jurídicos que vienen a dinamizar las relaciones entre ordenamientos, dinamitando simultáneamente la autonomía estatal soberana que imperó durante toda la modernidad desde sus inicios en Westfalia. En este ámbito son útiles las teorías del “*Multilevel Constitutionalism*”, o la del “Constitucionalismo Global” e incluso los modelos de relación de ordenamientos jurídicos expuesta por Arnold Rainer. Por tanto, desde este punto de vista, dichas teorías vienen a explicar desde diversas posiciones, la relación e imbricación existente entre ordenamientos jurídicos, lo que en última instancia, en nuestra opinión, viene a constatar la repercusión de la globalización en el ámbito jurídico. En virtud de lo expuesto constituyen, a nuestro juicio, explicaciones técnicas de naturaleza filosófica y jurídica sobre cómo está incidiendo la globalización en los diferentes ordenamientos jurídicos y en definitiva, qué está representando dicho fenómeno en el ámbito jurídico.

Pero si observamos además, de forma simple, la tónica de integración de la sociedad humana a lo largo de la historia, advertiremos que la sociedad ha ido evolucionando, de uno u otro modo, siguiendo una pauta siempre expansiva de integración e interconexión de sociedades. Por lo que el proceso que la globalización representa, en cierta medida lógico y natural desde este punto de vista, no es otro sino el fenómeno evolutivo de integración social aludido y maximizado en el s. XXI. A cuyo estadio actual, en nuestra opinión, convenimos en nominar con el concepto “globalización”. Ello supone, tomando

13 Pedro Mercado, “El proceso de Globalización en el Estado y el Derecho”, en: AA. VV., *Mutaciones de Leviatán*, Guillermo Portilla (Coord.), Madrid, Akal, 2005, p. 119.

en cuenta su magnitud y desarrollo, que no pueda ser parangonable con ningún otro fenómeno anterior, concerniente a la integración de las sociedades, que haya acaecido a lo largo de la historia humana conocida hasta nuestros días.

Múltiples son, como hemos visto, los caracteres que se le atribuyen. Aunque a nuestro juicio, la globalización no trata especialmente sobre ninguna ideología concreta, no materializa tampoco un movimiento cultural o multicultural moderno, ni un fenómeno histórico puntual motivado por las inercias económicas mundiales, al margen de que pudiera situarse, o no, allí su origen. Todas éstas son áreas que entre otras muchas, prueban la caracterización del fenómeno que representa la globalización al manifestarse sobre ellas. Se trata pues, ratificándonos en nuestra opinión, del incipiente nivel evolutivo social en el que se encuentra la sociedad humana mundial en el s. XXI.

La globalización ha demostrado autonomía suficiente como para poder ser calificada en ese sentido. Pone de manifiesto además, en la evolución y con su incidencia, la crisis del Estado-nación mediante la pérdida o alteración del estatus que se proyectó tras la Paz de Westfalia, y con ello, el cambio de paradigma (paridad y soberanía) que definió a los Estados y a su organización en la sociedad internacional durante la modernidad. Así pues los Estados, como miembros primarios de la sociedad internacional, han convenido en formar y estructurar, en virtud de sí mismos y de sus intereses, una serie de organizaciones o entidades de carácter supranacional. Dichas entidades han ido cobrando de forma paulatina mayor autonomía e importancia respecto a los Estados que las idearon y de los que son derivadas, hasta el punto que las organizaciones internacionales son también hoy actores, al igual que los Estados, en el tablero internacional.

Pero esta tónica de integración global, ni positiva ni negativa *a priori* en nuestra opinión, que denominamos globalización, pone de manifiesto simultáneamente, como es natural, múltiples aspectos negativos en todos los campos, también en el jurídico. Derivados simplemente del curso que está adoptando su incontrollable, más precisamente incontrolada, evolución. Ello resulta especialmente visible, a los efectos que tratamos, a tenor de la escalada de terror mundial inaugurada formalmente tras los atentados contra las *Twin Towers*, el 11 de septiembre de 2001. Fenómeno que vino a direccionar el desarrollo de la globalización bajo los mandatos de seguridad y control, demandados fuertemente por la ciudadanía y por la sociedad en general. Dichos presupuestos, tras ser oportunamente escuchados por el poder público, parecen reafirmar a los Estados, los que tras advertir su trance presente que conduce hacia la pérdida de hegemonía que los situó desde la modernidad en el núcleo de la sociedad internacional como actores principales, ven en ellos una posible oportunidad para su restitución y refortalecimiento, por proclamarse como únicos garantes de la seguridad de la ciudadanía.

Por tanto podemos sintetizar lo comentado afirmando que la globalización trata, a nuestro juicio, el momento histórico en el que se encuentra la sociedad humana en el siglo XXI y que entre los múltiples efectos que plantea, está provocando en el ámbito jurídico, la interconexión, de forma cada vez más inevitablemente acelerada, de los diferentes ordenamientos jurídicos, homogeneizando además sus respectivas normativas. Se trata pues de la culminación, hasta el momento, de un largo proceso histórico de integración de sociedades y dada su insipiencia y su todavía imperfección, nos conduce a no poder determinar aún sus efectos; sólo advertir los que en su evolución ya ha desplegado, entre los que podemos observar desde el punto de vista jurídico-democrático múltiples oscilaciones pendulares de carácter positivo y negativo. Lo anterior indica y justifica, a nuestro juicio, la urgente necesidad de análisis y de atención que aún precisa el fenómeno que tratamos de apuntar desde su perspectiva jurídica.

2. Conceptualización y naturaleza del Derecho penal del enemigo y su repercusión en el *multilevel* ordinamental del mundo globalizado

La teoría del Derecho penal del enemigo se sitúa, *a priori*, como una escisión¹⁴ del Derecho penal. En palabras de Jakobs, su principal precursor en la actualidad, “pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo”¹⁵. Matiza seguidamente este autor que esto no significa que “esté todo permitido”¹⁶, ya que al enemigo ha de reconocérsele una personalidad potencial y “no puede superarse el límite de lo necesario”¹⁷; además reconoce la facultad al Derecho penal del enemigo de defender de “agresiones futuras”¹⁸. El propio Jakobs admite que el Derecho penal del enemigo sigue unas reglas

14 Dicha escisión ya fue argumentada por Edmund Mezger en sus informes para el Régimen Nacional socialista de 1943 sobre el proyecto de ley de “Extraños a la Comunidad” que nunca entró en vigor. Donde mantenía la existencia de un Derecho penal para la generalidad y un Derecho penal especial, para determinados individuos. Véase Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 170 y ss.

15 AA. VV., *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Francisco Muñoz Conde (Coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 58. Dicha afirmación, si no tenemos en cuenta la subjetividad necesaria, es la propia del *ius ad bellum*.

16 Ibid.

17 Ibid. Llama a nuestro juicio especialmente la atención la expresión de Jakobs de que “no puede superarse el límite de lo necesario”, ya que entra en contradicción consigo mismo, pues el límite de lo necesario es según nuestra libre interpretación, la ausencia de límite alguno para procurar la consecución de un objetivo. Se trata de una expresión ambigua, de enorme carga subjetiva y que no es posible acotar jurídicamente en modo alguno en este contexto.

18 Ibid.

diferentes del Derecho penal estatal y asume la incertidumbre que efectivamente se trate de una rama jurídica, al cuestionarse su naturaleza misma como Derecho¹⁹.

No obstante menciona que “combatiendo con penas más duras, limitando las garantías procesales, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”²⁰, estamos por tanto en espera de analizar lo que el Derecho penal del enemigo entiende por enemigos.

Dice Jakobs que el enemigo “es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales (...)) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o principalmente a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada ...), es decir, en cualquier caso de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra ese déficit a través de su comportamiento.”²¹ Jakobs reconoce la *vis* expansiva del Derecho penal del enemigo y aclara que “el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que más bien todavía va a aumentar”²². Apenas aportadas algunas pinceladas sobre la realidad dogmática de esta teoría y ya nos resulta posible cuestionarnos cuál es su posición en el ordenamiento jurídico, si es que la tiene, y replantearnos su naturaleza misma como Derecho, por tanto si forma o no parte del ordenamiento jurídico democrático.

Jakobs no sólo constata la efectiva existencia del Derecho penal del enemigo, sino que además y a lo largo de su obra desarrolla su estructura, justificando la necesidad de su existencia. No hablamos de un posicionamiento teórico, su repercusión va mucho más allá de eso²³, pues a raíz de los múltiples atentados terroristas en el ámbito

19 La naturaleza no jurídica del Derecho penal del enemigo está tratada por muchos y diversos autores, coincidiendo de forma *quasi* unánime en situarlo al margen de la legitimidad del ordenamiento jurídico. Su naturaleza radica exactamente en este punto, pues está ideado para combatir situaciones de excepción no abarcables por el ordenamiento jurídico. Esta es la línea adoptada también por el prof. Donini cuando afirma: “*sarebbero “non diritto” esattamente perché la necessità non ha legge. Inutile dunque disciplinarli, ma inutile anche, a questo punto, sottoporli a controlli di legittimità. Solo il diritto, infatti, può essere sottoposto a controlli di conformità ai principi, solo le regole possono esserlo. Non invece i comportamenti, o i “fatti”, che saranno conformi o difformi rispetto alle regole.*”. Véase en “*Diritto penale di lotta vs. Diritto penale del nemico*”, texto inédito, p. 40.

20 Cit. AA. VV., *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Francisco Muñoz Conde (Coord.), cit., p. 59.

21 Ibid.

22 Ibid., p. 60. Cabría cuestionarse ante tal afirmación si realmente es el número de enemigos el que crecerá o si por el contrario lo que abarcará un mayor abanico de posibilidades será la propia conceptualización de “enemigo”.

23 A juicio de Muñoz Conde, entre otros, son manifestaciones del Derecho penal del enemigo: la *Patriot Act*, en *E.E.U.U.*, “que permite la detención gubernativa y la violación de la correspondencia y otros datos de la intimidad sin control judicial”, que instituye “los Tribunales militares secretos” y que además suspende “otros derechos fundamentales en caso de sospecha de terrorismo”. Idéntica equiparación

internacional, así como la incertidumbre que provocan a los Estados las diversas oleadas migratorias (compuestas por seres humanos, que no huyen de Estados ni saltan fronteras motivados por meros motivos vacacionales sustentados en un temor abstracto, sino que huyen de la más absoluta miseria, de donde nunca han oído hablar ni de dignidad humana ni de los derechos que en el primer mundo se garantizan “a todos los miembros de la familia humana”, por tanto de un terror terriblemente concreto) sustenta una producción legislativa represiva y vulneradora de los derechos humanos y de la democracia en última instancia. Dice Jakobs, justificando la existencia de esta manifestación del Derecho penal, que “la necesidad de la reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano- y finaliza en el terrorista, denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden”²⁴. Además aclara, que la consideración de estos sujetos como “enemigos” no excluye que además puedan y deban ser penados conforme a la justicia ordinaria, tomando como base para ello, que los resultados que obtienen también constituyen ilícitos para el Derecho penal estatal. Enfatiza que el Estado no tiene la obligación de considerar a los sujetos cuestionados por el Derecho penal del enemigo como a una persona, por tanto, restan fuera de los límites de las garantías que asisten a todas las personas, en virtud de la perseguida desvirtuación de su estatus (en este punto coincide plenamente con Mezger). Lo que sintetiza afirmando que “quien incluye al enemigo en el concepto de delincuente no puede asombrarse si se mezclan los conceptos de “guerra” y “proceso penal””.

Jakobs estructura de forma limpia a la vez que compleja su planteamiento, que puede ser resumido en la contraposición en la que sitúa el concepto “persona” con el concepto “no-persona” *-Untermenschen-* y su tratamiento por parte del Estado. Afirmando que las garantías fundamentales que garantizan la esfera de la persona no pueden operar cuando se está en presencia de una “no-persona”. Esto es así porque las personas gozan, en virtud del ordenamiento jurídico, de la protección constitucional que materializa el pacto social del Estado moderno y las denominadas como “no personas” o “enemigos” enfocan su actividad en contra precisamente de ese pacto social; por tanto constituyen un factor que trata de debilitar o destruir el pacto que

expresa en lo concerniente a la Base militar americana de Guantánamo, o las torturas probadas en la prisión de *Abu Ghraib*. Véase en Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre “el Derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 18. Por no comentar el fondo de la extrema crudeza de la novedosa legislación antiinmigración del Estado de Arizona, E.E.U.U. (Ley S.B. 1070 de 2010).

24 Günther Jakobs, *Derecho penal del enemigo*, Navarra, Thomson-Civitas, 2006, p. 42. De nuevo Jakobs amenaza con la ambigüedad e imprecisión de sus términos, al referirse al genérico terrorista como “...a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico...”, siendo posible incluir en esta “definición” a múltiples sujetos y a múltiples acciones. Que bien podrían ser solventadas desde la normalidad democrática.

fundamenta la sociedad y que en su conjunto conforma el sistema que denominamos Estado.

A nuestro juicio, la teoría del Derecho penal del enemigo se posiciona frontalmente²⁵ a los conceptos más básicos que sustentan el Estado social y democrático de Derecho, lo que implica la absoluta negación de la teoría de los derechos humanos y un no menos lesivo ataque al propio concepto de dignidad humana y de persona, en última instancia. En modo alguno esta teoría y sus manifestaciones estarían incluidas ni tendrían cabida, en los sistemas democráticos modernos formalizados materialmente por las cartas constitucionales. Esto es así por múltiples razones, algunas de ellas son: 1º se niega el principio de igualdad de todos los miembros de la familia humana; 2º niega las garantías mínimas proclamadas por el constitucionalismo moderno en forma de derechos fundamentales y que son inseparables a la dignidad humana; 3º ataca el orden y la normalidad constitucional en virtud de que sus manifestaciones vulneran frecuentemente los principios más básicos del Derecho como el principio de legalidad, en tanto que provienen de decisiones *in extremis* de las altas esferas políticas, a veces sin ser fiscalizadas adecuadamente por los controles democráticos previamente establecidos; vulnera el principio *ne bis in idem* en tanto que se prevé la aplicación en un primer momento del Derecho penal del enemigo sin perjuicio de una ulterior actuación del Derecho penal estatal, complementado en numerosas ocasiones por el orden administrativo; niega el principio de presunción de inocencia, en cuanto quedan habilitados los cauces para su actuación de modo preventivo llegando a deshabilitar el *habeas corpus* y niega el principio de proporcionalidad; 4º niega la importancia del valor de universalidad, sin el que encontraríamos serias dificultades para sostener cualquier sistema de defensa y promoción de los derechos fundamentales, entre otros.

En conclusión, podemos afirmar que está formal y materialmente constatada la existencia del Derecho penal del enemigo reformulada por Jakobs, quien decidió pronunciarse públicamente sobre ella por primera vez en 1999. Si bien consideramos que la existencia de esta teoría/práctica, a pesar de no ser en absoluto novedosa²⁶,

25 Asumen también esta crítica múltiples autores en el ámbito internacional, destacan (según señala Muñoz Conde en Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre "el Derecho penal del enemigo"*, cit., p. 32, nota 11, donde pueden localizarse las reseñas bibliográficas concretas de algunos de los autores que citamos a continuación) en Europa: Muñoz Conde, Pomares Cintas, Portilla Contreras, Quintero Olivares, Prittowitz, Albin, Eser, Demetrio Crespo, Gómez Martín, Gracia Martín, Díez Ripollés, etc., en América ha tenido también una dura crítica encabezada por: Lascano, Velásquez, Zaffaroni, Figueiredo Dias o René Ariel Dotti.

26 Afirma Muñoz Conde: "Junto a estas leyes de excepción, otras muchas similares ya existentes anteriormente en estos y en otros muchos países, en materia de terrorismo interno, criminalidad organizada, narcotráfico, etcétera, demuestran que la existencia de un "Derecho penal del enemigo", con este o con otro nombre, no es un invento del Sr. Jakobs, sino una realidad evidente y cada vez más preocupante que amenaza con extenderse como un huracán, favorecido por el viento del miedo y la inseguridad ciudadana, por todos los países, incluidos los que han sido más respetuosos con

no constituye una manifestación ni escisión del Derecho penal, sino que materializa una práctica o comportamiento diferente por naturaleza de cualquier manifestación jurídica, en tanto que precisamente se fundamenta en la negación del Derecho, lo que queda corroborado en la expresión de Jakobs en la mezcla de los conceptos “guerra” y “proceso penal”.

Es por tanto una herramienta política ilegítima que intenta ser mimetizada con la norma jurídica, que es activada en casos de “emergencia”, lo que no quiere decir en casos excepcionales. Sitúa al Estado y al enemigo fuera del ámbito jurídico, sin que medie el principio de legalidad, y en una misma esfera, que no nivela, esto es, en el Estado de naturaleza hobbesiano²⁷, que legitima cualquier ataque del Estado como ente unitario frente a cualquier enemigo que promueva su menoscabo.

No obstante, cualquier intento de revestir jurídicamente al Derecho penal del enemigo como Derecho sería más que deseable, en tanto que no es posible, en nuestra opinión, su justificación ni su existencia entre los límites del Estado social y democrático de Derecho en los sistemas constitucionales actuales, si bien, mientras continúen siéndolo. En ese intento quedaría, por fuerza, manifiestamente desvirtuado jurídicamente y situado al margen del ordenamiento jurídico. Esto es así porque dichos sistemas encuentran su fundamentación en la democracia y en el respeto a la dignidad humana y a la persona, quien es acreedora de la misma y eje central del pacto social, por ser el elemento que lo virtualiza. Respeto proclamado en todos los textos de derechos humanos del orden *multilevel*, que sustentan la teoría de la democracia y constitución de los Estados en la actualidad. Pero es que además, la disfunción que venimos tratando, no sólo queda contradicha a la luz del orden constitucional, supone un error imposible de asumir ya desde la concepción del orden penal democrático en tanto que no tratamos de un Derecho penal de resultado, sino de un Derecho penal de autor²⁸ que convierte en actos de guerra, infracciones que pueden constituir delitos, al

el Estado de Derecho, barriendo los principios básicos de éste y el reconocimiento de los derechos fundamentales que constituyen la base de la regulación jurídica de la convivencia, tanto a nivel interno como internacional”, en Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre “el Derecho penal del enemigo”*, cit., p. 19.

27 En este sentido Portilla Contreras afirma sobre el Derecho penal del enemigo que “se legitima la creación de un Derecho policial en el que rige, no la evitación de resultados lesivos, sino la persecución de la condición del autor, de la “maldad”, de los enemigos del ordenamiento jurídico”, Guillermo Portilla, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Guillermo Portilla (Coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía/ Akal, 2005, p. 57.

28 Manuel Cancio Meliá confirma que se trata de un Derecho penal de autor, afirmando además su incompatibilidad con el Derecho penal del hecho (en: AA. VV., *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Carlos Gómez-Jara y Manuel Cancio Meliá (Coords.), Madrid, Edisofer, 2006, p. 139); mientras que Muñoz Conde remarca su similitud, a modo de crítica, añadiendo además que fue el que promovieron los penalistas nazis, “según el cual lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la “perversión”, “inclinación o tendencia al delito” o “peligrosidad criminal” que pudiera tener su

margen de su gravedad. Por tanto, tal como señala el propio Cancio Meliá “la cuestión de si puede haber Derecho penal del enemigo queda resuelta negativamente en el plano de la teoría de la pena”²⁹.

En virtud de lo dicho cabe plantear a continuación aquellos criterios que asumen su justificación, ya que al comprobar que no es posible su sustentación, a nuestro juicio, como una escisión del Derecho penal, ¿qué motivos justifican su reactivación en la realidad jurídica actual?

2.1 Justificación jurídico-política de la teoría del enemigo

Resulta posible en este punto partir de la conclusión alcanzada anteriormente y es la de situar fuera de la naturaleza jurídica al Derecho penal del enemigo y sus manifestaciones. Esta teoría supone precisamente lo contrario en cuanto a que *in extremis* puede llegar a ser equiparada a manifestaciones propias del *ius ad bellum* o *del ius in bellum*, por tanto en la órbita hobbesiana del estado de naturaleza. En definitiva, a la propia negación del Derecho y de su sistema, al menos en términos constitucionales. Pero entonces, ¿qué sentido tiene este debate? si su mantenimiento iusfilosófico parece no tener cabida en los ordenamientos jurídicos en la actualidad ¿qué mecanismo ha posibilitado su efectiva inclusión en la realidad jurídica y política contemporánea? y lo que es más relevante aún, ¿cómo mantiene su vigencia y continúa su preocupante expansión? Cuestiones todas inquietantes que deben ser analizadas con urgencia con el objetivo de tratar de racionalizar la situación e intentar contribuir modestamente a su esclarecimiento.

En principio, la situación parece estar fuertemente ligada a las condiciones sociopolíticas mundiales y a los diferentes fenómenos que se han manifestado en los últimos años. La inestabilidad del Estado social y democrático de Derecho sitiado más si cabe por la incidencia, en términos de terror, que los fenómenos terroristas han propiciado; la reaparición de las teorías articuladas con base en la búsqueda de la seguridad estatal y abstracta/subjetiva del individuo, han legitimado teorías, que en definitiva promueven la exclusión de múltiples individuos del género humano. Tal como apuntó Donini, un papel fundamental juega en este punto el binomio *política y Derecho* que encuentra su fundamentación en la actualidad, en las teorías de Walzer, en la urgencia de tratar aquellos graves intentos de perturbación del orden del sistema como circunstancias y hechos de guerra, si es que la urgencia justifica que deban ser

autor.” Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre “el Derecho penal del enemigo”*, cit., p. 37. Añadimos en nuestra opinión el criterio de “peligrosidad social abstracta” que plantea el fenómeno en la actualidad.

29 AA. VV., *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Carlos Gómez-Jara y Manuel Cancio Meliá (Coords.), cit., p. 134.

tratadas de ese modo. “La teoría de la guerra justa empezó al servicio de los poderes”³⁰ y vinculada a los primeros estadios del cristianismo, con el objetivo de permitir y hacer coherente con su sistema el uso de la guerra en la moral cristiana primitiva. No obstante, algunos autores de marcado carácter religioso como San Agustín, los escolásticos medievales o Francisco De Vitoria limitaron, hace siglos, hasta postergar la guerra, como respuesta a una agresión (legítima defensa), deslegitimándola incluso por las diferencias religiosas (entonces judaísmo/islamismo/cristianismo). Pero estas manifestaciones fraguaron sólo una escuela ideológica siendo la realidad, como es conocida, mucho más mundana y abusiva en lo referido al uso del Derecho *a* y *en* la guerra. Posteriormente, y en gran medida gracias a las ideas antropocéntricas, comenzó a fundamentarse paradójicamente el uso de la guerra para la búsqueda de la paz³¹ como objetivo principal, lo que viene incluso a contrastar frontalmente con la primera de las leyes naturales hobbesianas.

Es evidente, que en la disertación que venimos formulando, compleja ciertamente, ponemos de manifiesto la vinculación de las medidas sugeridas por la teoría de Jakobs, con las teorías que legitiman la guerra justa, guerra en todo caso. Expuestas detalladamente en la teoría por Walzer y en la práctica por Bush, en la guerra que inició “contra el terror”, empleando para ello la fuerza.

Para continuar sacando a la luz aquellos actores o circunstancias que contribuyen a la expansión de la excepcionalidad en el escenario internacional/nacional, debemos mencionar, a consecuencia de lo ya anunciado, que frente al binomio Derecho y política se erige otro de más ejemplaridad paradigmática, si cabe, en tanto que puede considerarse como elemento que configuró, entre otros, el nacimiento del Estado moderno. El antiguo binomio seguridad y libertad, vuelve a retomar su posición en el núcleo de la configuración político-social, en tanto que en términos supraindividuales, la seguridad motiva el comportamiento excepcional de la política estatal en la lucha contra aquellos fenómenos perturbadores del entorno sociopolítico en que se desarrollan. Pero desde otra perspectiva también supraindividual, la libertad deslegitima el comportamiento abusivo del Estado, quien en la lucha abstracta contra el terror acaba lesionando la libertad objetiva e individual de las personas, consagrada por los derechos fundamentales, con el objetivo, no inocente, de fortalecerse a sí mismo frente a los avatares que la propia globalización le impone.

30 Michael Walzer, *Reflexiones sobre la guerra*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 25.

31 Ni el propio Hobbes logró articular tal fin, que negó expresamente en su obra *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*: “... jamás podrá ser que la guerra preserve la vida y la paz la destruya”, Thomas Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza editorial, Madrid, 2004, p. 142. Además motivó las razones que inclinan a los hombres a la paz, estas son: “el miedo a la muerte, el deseo de obtener las cosas necesarias para vivir cómodamente, y la esperanza de que, con su trabajo, pueda conseguirlas. Y la razón sugiere convenientes normas de paz, basándose en las cuales los hombre pueden llegar a un acuerdo”, *Ibid.*, p. 117.

Frente a todo lo anterior añadiremos que el miedo y el terror son previos a la propia constitución social y han sido tomados tradicionalmente como herramienta por el Estado, también hoy por los medios de comunicación³², para ser rentabilizados en múltiples aspectos, prueba de ello es la propia aplicación de la pena ante la comisión de un ilícito (prevención general). La profesora Pérez Cepeda afirma que “los atentados de Nueva York y Washington han ahondado en la percepción de la seguridad a escala casi planetaria”³³, en efecto, la escalada de atentados culminada recientemente con el atentado de Moscú³⁴ de 30 de marzo de 2010, saldado con treinta y nueve víctimas mortales y más de setenta heridos. Al hilo de lo anunciado por Pérez Cepeda: “(...) a escala casi planetaria (...)”³⁵ introducimos el último y fundamental elemento a tener en cuenta en toda esta disfunción y es la inauguración de la era posmoderna concretizada en el mundo globalizado. Pues todo lo descrito se está desarrollando en la era de la globalización³⁶, lo que constituye el entorno, hoy

32 Frente a esto se han pronunciado también múltiples autores: Nair afirma que “Desde esa fecha (refiriéndose al 11 de septiembre de 2001) la temática del “choque” se ha vuelto el tema central de la estrategia guerrera de Estados Unidos. Los medios de comunicación estadounidenses se han transformado en organismos de propaganda de este mensaje, fortalecido, por supuesto, por la estrategia adversa, pero simétrica de *Al Qaida*” Sami Nair, *Diálogo de culturas e identidades*, Madrid, Editorial Complutense, 2006, p. 11. Por su parte Vervaele, en su obra: *La legislación antiterrorista en Estados Unidos ¿inter arma silent leges?*, inicia ya en su introducción afirmando que: “Desde el 11 de septiembre de 2001, los temas relacionados con la seguridad y el terrorismo han dominado, como nunca, los *mass media* en Estados Unidos”, y continúa citando como ejemplo más de diez titulares de periódicos estadounidenses referidos a la materia, en la horquilla de tiempo comprendida entre 2003 y 2006, John Vervaele, *La legislación antiterrorista en Estados Unidos ¿inter arma silent leges?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, p. 1.

33 Ana Isabel Pérez Cepeda, “El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal” en AA. VV., *Derecho Penal de Excepción. Terrorismo e inmigración*, Patricia Faraldo Cabana (Coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 95.

34 Véase en la *web* oficial del periódico El País del 30 de marzo de 2010: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Rusia/endurece/lucha/antiterrorista/atentados/Moscu/elpepuint/20100330elpepuint_2/Tes.

35 *Ibid.*

36 La bibliografía sobre globalización y concretamente en lo que atañe al orden internacional, tratada incluso desde el punto de vista de sus manifestaciones negativas/positivas es inabarcable, aunque pueden suponer excelentes puntos de partida las aproximaciones realizadas por De Lucas, en Javier De Lucas, *Globalización e identidades*, cit.; Carrillo Salcedo, en Juan Antonio Carrillo, *Globalización y orden internacional*, cit.; García Segura, en Catalina García, “La Globalización en la Sociedad Internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales” en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1998*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco – Editorial Tecnos, 1999; Ramonet en sus múltiples artículos en *Le Monde Diplomatique* o en Ignacio Ramonet, *Un mundo sin rumbo: la crisis de fin de siglo*, Madrid, Debate, 1997; o Beck, en Ulrich Beck, *¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, Respuestas a la Globalización*. No obstante, debemos sustraer al término globalización, a nuestro juicio y *a priori*, de cualquier connotación positiva o negativa, pues no es más que el periodo socioeconómico e histórico en el que nos encontramos y por tanto de naturaleza insuperable. Si bien haciendo eco de las palabras de otros tantos autores, como señala Carrillo Salcedo, debería analizarse “¿cómo gobernar la globalización?”, en Juan Antonio Carrillo, *Globalización y orden internacional*, cit. p. 35.

actual mañana histórico³⁷, donde se está fraguando la totalidad de los fenómenos descritos y donde naturalmente se desarrolla su interacción.

Al extraer por tanto la teoría del Derecho penal del enemigo del orden jurídico y cuestionarnos así la filosofía jurídica que pretende mantenerlo en el entorno que desea, lograremos situarlo al margen del Derecho. Esta política democráticamente ilegítima del enemigo se contextualiza en la promoción que por parte de algunos sectores sociales y políticos se le ofrece, no sólo en el ámbito estatal sino que también en el supraestatal. Al sustraerle el carácter jurídico todo cobra mayor sentido, sin que podamos hacer igual mención respecto a la debida coherencia. La sociedad posmoderna³⁸ y globalizada presenta, en opinión de Beck, una característica o rasgo fundamental que denomina "la sociedad de riesgo mundial"³⁹ de la que afirma que "surge, en virtud de la percepción pública de los riesgos"⁴⁰ y mucho tiene que ver en nuestra opinión el papel que juega en este sentido el tratamiento y capacidad de amplificación/disminución de la información por los medios de comunicación que

37 Pietro Barcellona, "La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna", en AA. VV., *Mutaciones de Leviatán*, Guillermo Portilla (Coord.), cit., p. 12. Dice este autor: "la sociedad moderna se representa esencialmente como una sociedad de mercado, donde actúan individuos libres e independientes y sin embargo condicionados por la necesidad de poseer "bienes económicos", y que por eso dan un ordenamiento jurídico y un Estado que sanciona dichas relaciones".

38 Jacobo López Barja De Quiroga, "El papel del Derecho penal en la segunda modernidad", en AA. VV., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor antonio González-Cuellar García*, Madrid, Colex, 2006, p. 326, "La sociedad actual es la sociedad del riesgo en la que la única preocupación es canalizar el riesgo para obtener la seguridad (...). No se trata de buscar la causa de la criminalidad para adoptar las medidas necesarias para atajarla, sino de saber dónde se produce para aislar ciertos grupos de población de ella, para mantenerlos al margen de la misma. La sociedad postmoderna es una sociedad carente de humanización y de ideología, en la que la única meta es gestionar el riesgo y la seguridad, o dicho de otra manera, en el fondo se trata de gestionar la inseguridad. Para ello, se utiliza (...) el Derecho penal. (...) ha pasado a ser un Derecho penal máximo, en el que todo se centra en la criminalización de las conductas (...)".

39 Ulrich Beck, *¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, Respuestas a la Globalización*, cit., p.191. Este término ha trasgredido las fronteras de lo sociológico teniendo incluso proyección en el ámbito jurídico, Véase la obra de la profesora Mendoza Buergo, titulada *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, donde puntualiza las características que presenta la sociedad de riesgo: "a) el cambio potencial de los peligros actuales en relación a los de otras épocas (...)" dice que son riesgos "(...) artificiales en el sentido de que son producidos por la decisión del hombre y vinculados a una decisión de este.", "b) complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad (...)" y los dos anteriores condicionan un tercero que se sintetiza en "c) una sensación de inseguridad subjetiva (... [que] ...) puede existir independientemente de peligros reales", Blanca Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 25 y ss.. Sobre esto se ha pronunciado también Portilla Contreras, que afirma que "Con la excusa de la alarma social – artificialmente creada- que generan la inmigración o los delitos contra la propiedad privada, se generaliza el léxico de la seguridad, se propone el olvido de los principios, apostando por la neutralización de las clases peligrosas...", véase en Guillermo Portilla, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, cit., pp. 70-71.

40 Ibid.

llegan a convertirse en el público escenario ávido de juzgar, incluso suprimir o moldear los medios democráticos y convencionales a los que debe estar sujeta la política de un Estado y la propia sociedad democrática. La relación entre lo descrito es simple. Una de las características de la sociedad de riesgo es que se hace patente una sensación de inseguridad subjetiva generalizada en la población, amplificada en ocasiones por los medios de comunicación, quien exige a través de los medios, incluso democráticos, a la política del Estado una superproducción normativa de seguridad en todos los aspectos jurídicos, eminentemente el penal, que reafirme la seguridad objetiva y subjetiva frente a riesgos hipotéticos con el objetivo de que les haga posible (a los ciudadanos) sentirse libres de temores.

Es desde este punto de vista, una petición social la que parece radicalizar el comportamiento del Estado a la hora de legislar en sentido restrictivo frente a la libertad consagrada con la ayuda del constitucionalismo democrático hasta los años que precedieron a 2001, y que sitúa como manifestación política aquellas conductas abusivas por parte del Estado y de sus poderes concretadas en la teoría del “enemigo”. Petición impulsada, además, por el terror al dinamismo mostrado en los ataques terroristas. Como ejemplo gráfico y cercano, en ámbito nacional, citamos la advertencia hecha por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación español, a aquellos ciudadanos que pretendan realizar un viaje a cualquier país del mundo, “colgada” en su propia página web, que reza: “se recuerda que en estos momentos ninguna región del mundo y ningún país están a salvo de posibles actos terroristas”⁴¹.

Llegados a este punto podemos concluir que la manifestación y extensión del denominado en la actualidad como Derecho penal del enemigo no responde, ni puede a nuestro juicio ser subsumido, bajo la órbita de ningún ordenamiento jurídico democrático,

41 Véase en la Web oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación: <http://www.maec.es/es/MenuPpal/Paises/ArbolPaises/Turquia/Recomendaciones%20de%20viaje/Paginas/recoTurquia.aspx>. En efecto, “ninguna región del mundo y ningún país están a salvo de posibles actos terroristas” que desgraciadamente desde 2001 han provocado directamente unas 4000 víctimas mortales aproximadamente en casi diez años, entre los atentados de Nueva York, Madrid, Londres, Bali, Beslán y Moscú. Pero en términos cuantitativos cabría cuestionarse, con el único objetivo de establecer una comparativa, ¿cuántas víctimas mortales directas se han provocado desde 2001 en la lucha contra el terror?; ¿Qué coste supondrá a la propia formulación de los derechos humanos (al menos a los de primer nivel) los centros de Guantánamo o *Abu Ghraib*?; ¿Quién sacará una mayor retribución a nivel político, de poder o económico de toda esta situación?; y lo que es más importante ¿En qué lugar acabará la propia configuración del Estado democrático moderno deudor del respeto de la dignidad humana? Vaya por delante, nuestro más claro posicionamiento en contra de cualquier manifestación de terror, por ende, también en contra del terror que como prueban múltiples episodios pasados o no, también han tenido como autor al Estado. Por su parte García Amado, dice respecto a lo anterior: “No vivimos rodeados de violadores y terroristas, por mucho que sean muy llamativos y dramáticos algunos de los pocos supuestos actuales de uno u otro de esos comportamientos”, véase en Juan Antonio García Amado, “El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs”, en AA. VV. *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Carlos Gómez-Jara y Manuel Cancio Meliá (Coords.), cit., pp. 887 y ss.

con todo lo que ello implica. No obstante, sus manifestaciones tratan de ser revestidas por un carácter normativo en la búsqueda de la autolegitimación necesaria para su pervivencia y mantenimiento en el sistema. En ocasiones encuentra su justificación en el sentimiento de miedo infundido por cualquier medio a la población, que responde solicitando al Estado el uso de políticas que efectivamente coarten y extirpen el terror hipotético generalizado. Si nos remontamos al inicio del constitucionalismo este terror era ejercido frecuentemente por el Estado que la democracia “maniató” a través de la manifestación de la soberanía popular y la ansiada separación de poderes. Por tanto, las circunstancias que rodean las manifestaciones del Derecho penal del enemigo atribuyen al Estado cada vez más poder de actuación, que se extiende peligrosamente hasta los límites de los principios democráticos, reinstaurando al mismo tiempo al Estado en las antiguas facultades que les atribuía la concepción hobbesiana del término, lo que nos parece indicar una pretendida invasión por parte del Estado frente al principio de separación de poderes que aboca de forma inevitable a su intento de restitución.

2.2 La incidencia de las políticas de seguridad en los valores democráticos

Podemos afirmar ya en este punto tal como han manifestado en diversas ocasiones Muñoz Conde, Portilla Contreras, Pomares Cintas, Ferrajoli, García Amado, Quintero Olivares, Donini, etc. que la teoría jakobsiana del Derecho penal del enemigo, es hoy una realidad que excede el ámbito de la teoría y se está insertando directamente en la política legislativa de los Estados occidentales.

La teoría del Derecho penal del enemigo es heredera de las manifestaciones del Derecho nacionalsocialista de la época nazi teorizado entonces por Mezger. Si bien se han reinterpretado sus postulados y la clasificación de enemigos del sistema para adaptarla a la realidad humana a controlar en el s. XXI.

El “ejército de enemigos” preconizado por von Liszt a finales del s. XIX, cuya lucha hacia posible la regeneración del sistema, estaba compuesto por: “Mendigos y vagabundos, prostitutas de ambos sexos y alcohólicos, estafadores y gentes de mundo galante, (...) degenerados psíquicos y físicos (...)”⁴² se ha transformado hoy en el grupo que engloba la “multitud”, tal como señala Portilla Contreras, en “precarios, sectores improductivos, disidentes, inmigrantes”⁴³. Ellos son hoy el fenómeno a controlar, por conformar aquel sector que con su simple existencia ponen de manifiesto la

42 von Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Tomo I, Berlin, J. Guttentag, 1905, p. 167. Citado por Muñoz Conde en Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, cit., p. 42, nota 24.

43 Guillermo Portilla, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, cit., p. 34.

fragilidad y debilidad del sistema. “Conforman sectores de riesgo para los que resultan insuficientes los sistemas tradicionales de represión”⁴⁴, situación que ha provocado la elaboración e intento de legitimación, en cierto modo inevitable y natural, por parte de la doctrina (Jakobs) tal y como ya sucedió en los años previos a la segunda guerra mundial (Mezger), del soporte científico e ideológico, puesto al servicio del sistema y cuyo objetivo es el de colaborar, tratando de dar coherencia científica a aquellas conductas políticas, ilegítimas en términos democráticos precisamente por vulnerar los derechos humanos, al configurarse estos últimos en el auténtico límite del poder estatal frente al ser humano.

Walzer, a pesar de declararse expresamente contrario a la Ley Patriótica americana y de reconocer las restricciones que todas estas situaciones implican especialmente para los inmigrantes, que tacha de “probablemente anticonstitucionales”⁴⁵, ha elaborado en su doctrina lo que denomina como “doctrina de la emergencia suprema”⁴⁶ puesta al servicio de la “teoría de la guerra justa” que paradójicamente para este autor “lleva implícita una teoría de la paz justa”⁴⁷. Marco teórico que mucho ha tenido que ver con las iniciativas puestas en marcha tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, cuyo máximo exponente lo conformaron por entonces Reino Unido y España, con Estados Unidos a la cabeza.

Pero toda esta situación encuentra también su sostenimiento jurídico en la teoría del “enemigo” que autoriza al Estado, quien a través de un Derecho penal especial para “enemigos”, puede sustraer de forma preventiva a todas aquellas personas, de la barrera de garantías que suponen los derechos fundamentales que gravitan en el núcleo de los sistemas constitucionales actuales. Para muchos autores, entre los que también destaca Walzer, se trata de riesgos asumibles, daños colaterales, que en todo caso suponen un *mal menor* frente a esta situación sociopolítica mundial.

Portilla Contreras se cuestiona si efectivamente “las políticas penales europeas imitan los modelos ético-políticos de Estados Unidos”. Y responde afirmativamente, diciendo que se trata de “una política criminal ejemplarizante (...) que prosigue la línea iniciada por el imperialismo de exportar todos sus fracasos: la política antidroga⁴⁸, el

44 Ibid., p. 36.

45 Michael Walzer, *Terrorismo y Guerra Justa*, Kazt, Buenos Aires, 2008, pp. 68-69.

46 Ibid.

47 Ibid., p. 15.

48 Sobre esto véase la entrevista, recogida en formato audiovisual, realizada a Ferrajoli, donde para él, la lucha contra la droga ha conseguido precisamente lo contrario de lo que perseguía, es decir, fortalecer el monopolio de los carteles de la droga y todo el sistema de corrupción que lo rodea. Aboga por la despenalización del consumo en todas sus variantes, con “todas las cautelas necesarias” que plantea, véase en: [//www.youtube.com/watch?v=FVT2f3Po4fQ](http://www.youtube.com/watch?v=FVT2f3Po4fQ) (primera parte) y <http://www.youtube.com/watch?v=xtVRU9zQ330&feature=related> (segunda parte).

racismo y la tendencia a la construcción de un Estado policial⁴⁹. Concluye además afirmando que en la posmodernidad, se emplea la política criminal en un modo que rememora “viejas fórmulas represivas”⁵⁰ comentadas por Foucault, con sus “connotaciones disciplinarias de una cárcel que adquiere funciones de almacén”⁵¹.

Para finalizar este breve comentario a la prospectiva jurídica actual referida a los fenómenos que apuntamos, podemos convenir que dichas teorías están marcando la evolución (negativa en términos democráticos) de la sociedad humana del siglo XXI, en lo que resulta una manifestación más de lo que unánimemente se ha convenido en denominar como globalización.

2.3 El mandato social de seguridad

A la vista de los indicios extraídos hasta aquí, llama nuestra atención el contraste que advertimos, si tomamos en consideración el rango elevado con el que han sido sancionadas todas aquellas garantías inherentes a la dignidad humana, con aquellas otras legislaciones represivas y de control que se extienden⁵² de modo natural (Zaffaroni) en todos los ámbitos sociales, con la justificación de la seguridad y desde el paradigma que supone el Derecho penal. Son como vemos especialmente representativos aquellos supuestos⁵³ capaces de levantar gran alarma social, por unos u otros motivos, y son generalmente de naturaleza estructurada, difusa e incontrolable. Terrorismo e inmigración tienen en común, al menos, esos caracteres, según son

49 Guillermo Portilla, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, cit., pp. 68-69.

50 Ibid.

51 Ibid.

52 Eugenio Raúl Zaffaroni, documento virtual en formato de entrevista a Zaffaroni en el marco del XV *Congrés Internacional de Défense Sociale*, Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, septiembre de 2007, disponible en la Web (minuto 20): <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/ENTREVISTA%20ZAFFARONI>.

53 Para Delgado Martín, “La criminalidad organizada ha aumentado extraordinariamente sus actividades en los últimos años, afectando a toda la comunidad internacional y extendiéndose a muchos sectores de la actividad económica, favorecida tanto por la globalización (explosivo desarrollo de los medios de comunicación y transporte) como por la integración supranacional”. Los instrumentos que utilizan los poderes públicos, citados por este autor, para combatir este fenómeno son: “1º.- Al Derecho penal material, mediante la creación de nuevos tipos penales, frecuentemente adelantando barreras punitivas; aumentando la severidad de las sanciones, (...) 2º.- Al Derecho procesal penal, mediante la utilización de instrumentos cada vez más restrictivos de los derechos fundamentales, tanto en la investigación como en la fase de enjuiciamiento. 3º.- Al Derecho orgánico, mediante la instauración de nuevos órganos encargados de la persecución de delitos cometidos por grupos de delincuencia organizada, (...) 4º.- Al Derecho Internacional, relativizando el principio de territorialidad frente a una creciente importancia de la jurisdicción universal, con preocupantes efectos sobre el principio *ne bis in idem*; y con la adopción de nuevas formas de cooperación internacional tanto policial como judicial.”, Joaquín Delgado, *Criminalidad organizada*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 21-22.

avistados dichos fenómenos por parte del Estado, en tanto que, su repercusión es vista como una problemática difícil de controlar y que en ocasiones puede llegar a perturbar el orden y la paz social llegando a ser considerado, por parte de los Estados, como un fenómeno capaz de subvertir el orden constitucional.

La “subversión del orden constitucional”⁵⁴ que indicamos, recogida de forma típica en la legislación penal española, de Reino Unido y de Alemania, da buena cuenta del temor de los Estados a la incidencia de los fenómenos citados y que incita a los mismos, en ocasiones a petición de la propia sociedad, a llevar a cabo políticas de control cada vez más restrictivas en favor de la seguridad; que viene a justificar la permanencia de las causas de urgencia y de excepción, no como algo transitorio sino como en un “estado de guerra global”⁵⁵ y permanente. “Cuando el estado de excepción se convierte en regla, y la guerra en condición interminable, se desvanece la distinción tradicional entre la guerra y la política”⁵⁶. Esta afirmación de Hardt y de Negri, queda materializada en la realidad en aquellos tipos penales que recogen un concepto tan amplio y difícil de acotar como “subvertir el orden constitucional”, ya que subvertirlo o tratar de hacerlo resulta, en nuestra opinión, un concepto que llega a ser extremadamente extensivo e imposible de acotar, al menos, jurídicamente. Sin embargo, desde una perspectiva política, en la que el Estado se desarrolla permanentemente bajo los postulados de la emergencia, este precepto se convierte en el “cajón de sastre” en el que pueden ser incluidas múltiples acciones ávidas de ser calificadas como subversivas, por parte de la política, respecto del ordenamiento jurídico constitucional. Lo que demuestra e indica la vía de entrada y la incidencia del Derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico positivo, a escala mundial.

Indicó Baratta a este tenor, quien observó detenidamente los postulados sobre la “seguridad”, que puede observarse que “(...) al sustantivo “seguridad” se agregan,

54 En España: “Subvertir el orden constitucional, (Artículos 571 y 577 del CP), en Alemania: desestabilizar la sociedad, aterrorizar a la población o poner en peligro el orden político, económico u otras estructuras sociales, así como los fundamentos del orden constitucional (según Kai Ambos, citado por Portilla Contreras, Guillermo Portilla, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, cit., p. 43) y en Reino Unido (citado por Portilla Contreras, *Ibid.*): “al que, como miembro de un grupo terrorista internacional, ha participado en la comisión, preparación o instigación de actos de terrorismo internacional, o bien tiene vinculación con una persona perteneciente a dicho grupo”. El concepto de terrorista para Jakobs “autor por tendencia o que está imbricado en una organización –la necesidad de la reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano- y finaliza en el terrorista, denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden”, Günther Jakobs, *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 42. De lo que podemos observar la efectiva tipificación de los postulados del enemigo jakobsiano en el derecho positivo.

55 Michael Hardt; y Antonio Negri, *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*, Barcelona, Debate, 2004, cit., p. 33.

56 *Ibid.*

implícita o explícitamente, los adjetivos “nacional”, “pública”, “ciudadana”. Se trata siempre de connotaciones colectivas, no personales, de la seguridad de los derechos de los sujetos individuales, cualquiera que sea su posición en el contexto social, sino de la seguridad de la nación, de la comunidad estatal, de la ciudad.”⁵⁷. En estas palabras podemos advertir según señala el autor, la naturaleza colectiva de la conceptualización “seguridad” en la sociedad de la globalización, que apunta a romper el equilibrio del Estado asistencial dirigiéndose hacia un Estado preventivo⁵⁸ o policial. Esta nueva forma de Estado preventivo, se configura de forma problemática desde su origen, en tanto que, las medidas de seguridad operan fundamentalmente no cuando ya se ha realizado un resultado, sino antes de que éste se produzca, por medio de la hipotética detección de la intención de los autores. Por lo que parece ser objetivo prioritario de este nuevo sistema identificar al posible transgresor potencial de la norma, quien será seleccionado con criterios desiguales basados en diferencias sociales⁵⁹, que en definitiva vienen a corroborar la diferencia schmittiana de amigo/enemigo y, con esto, se ratifica nuevamente la vigencia de la tesis citada, reformulada en la actualidad, como hemos visto, por Jakobs.

Ofrece también Baratta un estudio específico sobre la “seguridad”, en el que reflexiona acerca de su naturaleza. Enuncia que “la seguridad es una necesidad humana y una función del sistema jurídico”⁶⁰ y afirma que “en ambos casos carece de contenido propio”⁶¹ otorgándole además el rango de “derecho secundario”⁶² respecto de las necesidades o derechos primarios. Asevera que “un derecho fundamental a la seguridad (Isensee 1983) no puede ser otro que el resultado de una construcción constitucional falsa o perversa”⁶³ que acaba por desembocar en la realidad, en la limitación necesaria (a estos fines) de los derechos fundamentales, recogidos en todo el *multilevel* jurídico. La necesidad que aludimos, de limitar los derechos fundamentales, va en conexión con la desprotección que pretende llevar a cabo el Estado, con el cometido de poder

57 Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Carlos Alberto Elbert (Director), Buenos Aires, B de F, 2004, p. 156.

58 Ibid., p. 164. Baratta ofrece en este punto los “tres niveles de prevención: el primario, cuando se actúa sobre los contextos sociales y situaciones para evitar que se favorezca la delincuencia y para procurar condiciones favorables a comportamientos legales; el secundario, dirigido específicamente a evitar que se cometan infracciones e *incivilités*; el tercer nivel, cuando la prevención se encuentra orientada a evitar la reincidencia”.

59 Ibid., p. 161. Cita expresamente a “extranjeros, jóvenes, toxicodependientes, pobres, sin familia, sin trabajo o sin calificación profesional”, Ibid., p. 158.

60 Ibid., p. 200.

61 Ibid.

62 Ibid.

63 Ibid., p. 202.

controlar y vigilar, según un esquema preventivo, a todas las personas que se sitúan bajo su ámbito de influencia. Los derechos fundamentales son decididamente la barrera más importante, que viene a limitar la libre actuación del Estado respecto de las personas, siendo además precisamente los derechos fundamentales las garantías democráticas que salvaguardan la dignidad humana; por tanto, cualquier limitación en detrimento de los mismos supone indudablemente un menoscabo a la democracia y a la esencia misma de la dignidad humana, lo que en última instancia supone un movimiento en sí mismo capaz de subvertir el orden constitucional.

Pero la “seguridad” puede ser llevada a cabo también en dos direcciones bien diferenciadas: la seguridad como derecho o la “seguridad de los derechos”⁶⁴, siendo la primera a la que se ha intentado acoger el sistema europeo y norteamericano, y la segunda suscrita expresamente por Ferrajoli, legítima y más deseable, implica una protección integral de todos los derechos sancionados como fundamentales. Según lo cual, en la era de la globalización, el sistema debe ser dirigido precisamente a la seguridad de los derechos y no al derecho a la seguridad, pues éste último es el que permite al Estado como garante, emprender cuantas acciones sean necesarias, al margen de que supongan la limitación de los derechos fundamentales, a emprender una línea política difícilmente integrada/integrable en el marco del Estado democrático, social y de Derecho.

Al hilo de lo anterior, afirma Portilla Contreras, suscribiendo la tesis de Baratta, que “ya no se alude a la seguridad de los derechos a través de la protección de bienes jurídicos: así interpretado el derecho a la seguridad sería una garantía a la libertad, y ello significa que la protección de los valores abstractos del Estado sólo sería admisible cuando se vislumbra como medio necesario para el desarrollo de la ciudadanía”⁶⁵. En efecto, este autor establece que la “seguridad de los derechos”, apuntada por Baratta, supone una garantía a la libertad, valor por completo individualizable como derecho, mientras que el derecho a la seguridad parece alzarse como un derecho, secundario, capaz al parecer de reconfigurar la dirección democrática de respeto a los derechos fundamentales, en tanto que, los límites que suponen se alzan como obstáculos inamovibles ideados en su origen para que el Estado pueda procurar/imponer el derecho a la seguridad tal y como le es demandado por determinados sectores sociales.

Los profesores Frosini y Bassu, contextualizan, a nuestro juicio de modo acertado, la libertad personal. La contrastan con la seguridad, sobre lo que *a priori* adelantan como un “*difficile rapporto*”⁶⁶. No obstante difieren de la opinión de Baratta

64 Ibid., p. 203.

65 Guillermo Portilla, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, cit., pp. 52-53.

66 Tommaso Edoardo Frosini; y Carla Bassu, “La libertà personale nell’emergenza costituzionale”, en AA. VV., *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, Francisco Fernández (Coord.), Madrid, Dykinson, 2008, pp. 499 y ss.

al considerarlo con el rango de "*diritto della persona*"⁶⁷ en lugar de considerarle un valor secundario, lo que encuentra su explicación en que de forma diversa a Baratta, observan de partida la seguridad no como un derecho, sino como la "seguridad de los derechos". Es a este objetivo al que debe tender la actividad del legislador, con la intención de conseguir asegurar aquellos bienes jurídicos amenazados en el Estado de Derecho, lo que en ningún caso debe suponer la ausencia de límites para el Estado en la búsqueda de la seguridad. Consideran expresamente, Frosini y Bassu, que uno de los grandes problemas que amenaza a la democracia y atenta a la libertad viene dado por las diferentes respuestas, materializadas en la política-legislativa de los Estados, para repeler el terrorismo internacional; en tanto que, los Estados occidentales siguen una tónica de control que inevitablemente desemboca en la limitación de "*le quotidiane libertà*"⁶⁸, en virtud de una legislación represiva que se extiende velozmente de forma feroz por todo Occidente, con la ayuda de las nuevas tecnologías⁶⁹ de la información y de la comunicación.

En definitiva, la relación mediante entre "libertad" y "seguridad" como contraposición binómica constante en la historia, retoma su vigencia hoy, a la luz de las políticas de control y de lucha contra el terrorismo internacional, ante la pretendida reafirmación del Estado constitucional y democrático, del que resulta elemento esencial el principio de legalidad. En este punto es como un elemento decisorio la evolución de cómo la democracia puede evolucionar protegiéndose, sin vulnerar las reglas sobre las cuales se funda, es decir sin vulnerar el sistema garantista que ella misma proyecta.

3. Las políticas de seguridad en el sistema *multilevel*

Como ya hemos aludido a lo largo de todo este ensayo, muy especialmente a consecuencia de los terribles sucesos de septiembre de 2001, se ha ido instituyendo de forma paulatina, por todo el sistema multinivel jurídico (internacional, internacional-regional y nacional) una serie de medidas, pautas o políticas de seguridad frente la incidencia del multiforme enemigo. A este tenor destacan las medidas adoptadas en

67 Ibid., p. 502: "*in Spagna, nella cui Costituzione (art. 9, terzo comma) vi è un esplicito alla tutela della seguridad jurídica; in Francia, dove la sicurezza privata è divenuta un principio fondamentale di libertà del cittadini, affermato anche in via legislativa; in Germania, dove si è elaborato il concetto di Rechtssicherheit, inteso come sicurezza garantita dal diritto e quale concetto chiave dello stato di diritto in senso formale*".

68 Ibid., p. 505.

69 Ibid. A juicio de estos autores la tecnología ha determinado el nacimiento de una nueva forma de libertad personal: la libertad informática. En la página 509, *op. cit.*, hacen referencia al proyecto de la administración americana *Terrorism Information Awareness System*, que prevé la creación de un gigantesco aparato tecnológico que gestione y analice la información personal total de todos los ciudadanos del mundo. Cita este autor para obtener más información del asunto referido, la obra: Stefano Rodotà, "*Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*", en Michelangelo Bovero (Coord.), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Bari-Roma, Laterza, 2004.

el entorno de Naciones Unidas, pasando por aquellas adoptadas por las entidades de carácter regional como Unión Europea, Unión Africana y Organización de Estados Americanos y las puestas en marcha por los propios Estados particularmente. Medidas que convienen a la perfección, precisamente en la pretendida interconexión que entre sí tratan de establecer en la búsqueda, lucha y control frente al enemigo y que cuyo último resultado viene a fortalecer paradójicamente el fenómeno de la globalización, siendo por tanto en última instancia contraproducente para la propia autonomía y soberanía de los Estados.

Resulta paradójico también, a la vez que desolador en términos de libertad, el panorama securitario y de control al que venimos aludiendo y que se está institucionalizando en virtud de la lucha y control de los fenómenos apuntados que suponen reactivamente un mandato inequívoco de seguridad⁷⁰, dado por la ciudadanía y motivado por la inseguridad que provocan los actos de "terror", a sus respectivos Estados. Éstos trasponen a las entidades transnacionales dicha preocupación con el objetivo de desarrollar y sincronizar sus políticas de seguridad y control, haciéndolas así en teoría, más eficaces. Recordemos que para Ferrajoli el objetivo prioritario de su democracia global no es otro sino garantizar la permanencia de la paz y la protección de los derechos humanos. Ahora bien, ¿cómo pueden ser éstos garantizados si consideramos la incidencia del terrorismo internacional y tomamos en cuenta las políticas de seguridad que son llevadas a cabo en su lucha?; ¿qué políticas marcan las pautas de actuación de los Estados en el control de los fenómenos citados?; ¿son respetuosas con los sistemas de derechos humanos que ellas mismas han consagrado?; ¿quién dirige la dirección de los vectores que rigen el comportamiento de la sociedad internacional y de los Estados: la política, el Derecho, la economía (...)?; ¿el sentido que apuntan es el adecuado jurídicamente para mantener el respeto al Estado social y democrático de Derecho y materializar sus objetivos? Son éstas algunas de las cuestiones previas que nos planteamos y que cuya respuesta deberá ser recabada por medio del profundo análisis de las medidas políticas y legislativas ya institucionalizadas a lo largo de todo el *multilevel* jurídico ordinamental.

Múltiples autores⁷¹ coinciden en encuadrar dentro del mundo globalizado, a la

70 Stefan Huster; Ernesto Garzón Valdés; y Fernando Molina, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 30., "El concepto de seguridad no describe ninguna situación claramente definida. En muchos aspectos este concepto es más bien una construcción social que depende de nuestra concepción de la realidad (...). Este hecho resulta explosivo desde el punto de vista político, porque la percepción y el sentimiento de seguridad de la gente y su confianza en la garantía de seguridad del Estado son decisivamente significativos a efectos de la legitimación política".

71 Véase Agustina Iglesias Skulj, Tesis Doctoral (defendida 30-XI-2009), *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2009, p. 13. Donde además apunta al profesor Silva Sánchez por ser quien retoma la tesis de Beck en su obra *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Jesús maría silva sánchez, *Aspectos de la política*

vista de la expansión de las medidas de seguridad no siempre jurídicas sino que como hemos visto también políticas (DPE) del Estado, en lo que Beck denominó y continúa desarrollando como “sociedad del riesgo”. Este autor reconoce la evidencia de que todas las sociedades siempre han estado “rodeadas de peligros”⁷² aunque matiza dicha evidencia, en el presente, afirmando que el concepto de “riesgo” es un concepto moderno que se ha visto renovado, en tanto que, “nuestras decisiones como civilización desatan unos problemas y peligros globales que contradicen radicalmente el lenguaje institucionalizado del control, la promesa de controlar las catástrofes patentes a la opinión pública mundial”⁷³. Desde este punto de vista, es tarea simple verificar cómo las decisiones tomadas, en numerosas ocasiones *in extremis*, por los Estados y entidades supranacionales afectan de manera simultánea a la totalidad del planeta. Obsérvense como ejemplos más claros, la lucha contra el terrorismo internacional que ha justificado no pocas disposiciones políticas y legislativas de los Estados tendentes a su erradicación, o las restrictivas legislaciones de control migratorio (comentadas, entre otros, de forma dura y crítica por Ferrajoli) impuestas en los Estados desarrollados. El tratamiento de estos ejemplos implica, usando la terminología de Beck, una “explosividad política” sin precedentes en la historia y precisamente es esto lo que el autor sitúa como caracterización de la “sociedad de riesgo”.

Este peligro convenientemente mediatizado, y en no pocas ocasiones rentabilizado política y económicamente, pone de manifiesto además la insuficiencia del Estado y de sus instituciones para dominar el peligro abstracto que supone la eventual actuación de un grupo terrorista en cualquier parte del planeta o la ineficacia de las medidas de control impuestas por los Estados para contener el fenómeno migratorio. Circunstancias que nuevamente respaldan la crisis del Estado-nación en la era de la globalización. Terrorismo e inmigración pueden ser tomados, en nuestra opinión, como parámetros especialmente paradigmáticos en la actualidad, ya que permiten la visualización de la faz negativa de la incidencia de la globalización y, por tanto, permiten observar también la repercusión que tiene en la política y en el *Derecho* a escala global. Esta casuística posibilita concretamente verificar si, efectivamente, el sistema sociopolítico actual es respetuoso con el sistema de derechos fundamentales el que, como señala Cámara Villar, ha llegado a ser “el origen mismo del poder estatal”⁷⁴.

criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, Civitas, 2001. O Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo global*. Y Ulrich Beck *Sobre el terrorismo y la guerra*, cit.

72 Ibid., p. 16.

73 Ibid., p. 17.

74 Francisco Balaguer Callejón (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, p. 35. Sobre el origen del poder político se pronuncian Hardt y Negri, afirmando que: “el origen del poder político y la definición de soberanía consiste en la victoria de uno de los bandos sobre el otro, una victoria que transformará a uno en soberano y al otro en súbdito”, Michael Hardt y Antonio Negri, *Imperio*,

La vinculación que Monereo Pérez atribuía a la globalización, de poseer el efecto de transnacionalizar⁷⁵ el Derecho, ha sido potenciada tras los ataques del 11 de septiembre de 2001, ante la universalización de la amenaza de un eventual ataque terrorista, así como por el descontrol del fenómeno migratorio. Incontrolabilidad que preocupa fuertemente a los Estados quienes, conscientes de su insuficiencia para abordar la problemática expuesta, proceden a unirse mediante pactos o tratados que aúnen y fortalezcan sus esfuerzos. Dicha transnacionalización puede ser advertida jurídica y políticamente en todo el *multilevel* de ordenamientos, desde Naciones Unidas, hasta los ordenamientos jurídicos nacionales, pasando por cualquier alianza regional/internacional como la Unión Europea o la OTAN.

4. El límite de los derechos fundamentales en el sistema *multilevel*

Conviene proseguir en este momento del análisis observando aquellos rasgos que dotan de obligatoriedad, respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales, en tanto que éstos se configuran como los límites infranqueables de rango constitucional, con los que la democracia moderna ha convenido en consagrar la dignidad humana frente a toda intromisión de cualquier naturaleza, especialmente la política. De nuevo como en el punto anterior, tendremos que acogernos al multinivel de ordenamientos donde se sitúan estos preceptos, dado que vienen a construir un único cuerpo para la proclamación y defensa de los derechos fundamentales, y que abarca desde el nivel internacional al nivel nacional, pasando por los diferentes niveles de carácter regional-internacional existentes, todos ellos de uno u otro modo conectados entre sí.

En el ámbito de Naciones Unidas (ámbito internacional que incluye los sistemas regionales de protección), el sistema quedaría desvirtuado si no se hubiera habilitado un procedimiento que haga posible su oponibilidad frente a la política de los Estados. Dicho sistema debe garantizar el cumplimiento, directo o indirecto, de las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos por parte de los Estados. Es ésta la función de control que tiene atribuida Naciones Unidas y que ejercita a través de los mecanismos convencionales y de los mecanismos extraconvencionales, en función de las circunstancias que cada caso presente.

Los mecanismos convencionales están ideados para aquellos Estados que están adheridos a un tratado internacional específico, y está expresamente previsto

cit., p. 117. Lo que a nuestro juicio, al ser contrastado con la opinión de Cámara Villar, sobre el origen del poder estatal, y tomando en cuenta la superprotección con la que cuentan los derechos fundamentales, puede venir a confluir en la hipótesis que confirme que los derechos fundamentales, en la actualidad, son el origen del poder estatal, prueba de ello es la propia sumisión del Estado a la Ley y por tanto a los derechos fundamentales.

75 José Luis Monereo, "Estudio preliminar" de la obra de Georges Gurvitch, *Sociología Jurídica*, cit., p. XXI.

en el tratado el procedimiento a seguir, así como el órgano resultante garante de su observancia y cumplimiento. Como ejemplo paradigmático de mecanismos convencionales, situamos los dos Pactos de 1966. Mientras que los mecanismos extraconvencionales remiten su fundamentación en los poderes generales de la Carta de Naciones Unidas sobre derechos humanos. La ONU debe garantizar dichos derechos en el ámbito mundial, para lo que en la actualidad tiene activados tres procedimientos diversos, que le permiten la acción de control y garantía, estos son: "procedimientos especiales"⁷⁶, "procedimientos de denuncia"⁷⁷ y "el examen periódico universal"⁷⁸. Recordemos no obstante que ninguno de estos procedimientos tiene carácter jurisdiccional, sino que llevan a cabo la protección de los derechos humanos a través de técnicas políticas; el profesor Díez De Velasco, focaliza su estudio en su obra *op. cit.*, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (pág. 672 y ss).

En el ámbito europeo, debemos atender nuevamente a la dualidad, cada vez más unificada, de protección de los derechos fundamentales. Por tanto a lo prescrito en el CEDH y en la CDF de la Unión.

Cámara Villar afirma del CEDH que "La pieza esencial para el aseguramiento en Europa de los derechos humanos básicos la constituye el Convenio –o Convención- para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (...)"⁷⁹. Además de estar ratificado por los Estados miembros de la UE, supone un parámetro constitucional

76 Díez de Velasco, fija su aparición en 1968, motivados por la situación de los derechos humanos en algunas regiones de África. Es un procedimiento consolidado en la actualidad. Los caracteres que lo definen son la publicidad y que además pueden ser activados sin el consentimiento del Estado interesado. Se ponen en marcha cuando existan indicios de una "violación global" de los derechos humanos en algún Estado. Por lo que en por este procedimiento se observarán aquellas situaciones generalizadas de violación de los derechos humanos por parte de uno o varios Estados, de dicha observación se materializará en un informe elaborado por expertos dirigido al Consejo de Derechos Humanos. Por último cabe resaltar que la eficacia de este método de control se sitúa en la presión que se ejerce desde el Consejo de Derechos Humanos y desde la propia ONU sobre el Estado objeto de investigación. Véase en mayor profundidad en Manuel Díez De Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 674.

77 Vio sus inicios en 1971 y tiene como objetivo "abordar cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales que se produzcan en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia". De estas situaciones están titulados para comunicarlas, cualquier persona o grupo que se considere víctima de una violación de sus derechos, o de cualquier persona o grupo (incluido ONG's) que tengan conocimiento y prueben dicha violación. Las comunicaciones recibidas deberán ser filtradas previamente por unos requisitos de admisibilidad. Véase en profundidad en *Ibid.*

78 Es el último de los mecanismos extraconvencionales y encuentra su parangón en los exámenes estatales sobre esta materia, instaurados en algunos tratados internacionales, como en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. En virtud de este método, todos los Estados miembros de ONU tendrán que elaborar un informe periódico, en el que constará la situación de cumplimiento de los derechos humanos en su territorio. Véase en profundidad en *Ibid.*, p. 676.

79 Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, p. 381.

interpretativo de los derechos fundamentales en sus Estados miembros; constituye uno de los textos primordiales sin el cual sería difícil explicar la propia formulación de la Carta de los Derechos Fundamentales. Desde esta perspectiva y debido a la remisión que la Carta efectúa hacia el Convenio, podemos hablar de cierta virtualidad jurídica positiva, que no se deriva desde su sumisión al Derecho internacional, sino del propio ordenamiento constitucional interno de los Estados de la Unión que han ratificado la Carta de los Derechos Fundamentales. El órgano garante del Convenio es el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Por tanto, las normas de derechos humanos proclamadas en el CEDH, han de ser observadas como normas jurídicas con plena validez y se les debe otorgar el cumplimiento debido.

En cuanto a la obligatoriedad de las normas comunitarias, poco resta decir ya al efecto, ya que han pasado a ser Derecho propio de todos los Estados de la Unión Europea. Por lo que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y de la Carta de Derechos Fundamentales, tales derechos se sitúan en la cúspide del ordenamiento jurídico comunitario y son de obligado cumplimiento para todos los Estados miembros de la UE, con las precisiones que las normas prevean respecto a la interpretación de tales derechos conforme al CEDH, la jurisprudencia del TJCE y la tradición de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros.

En el caso concreto de España, debemos decir que ha acomodado su legislación a lo dispuesto en el CEDH, si bien con las oportunas reservas⁸⁰ y que la Carta de Derechos Fundamentales cuenta como hemos visto con plena vigencia en el Estado español. Nos resta, simplemente remitirnos a todo lo expuesto, para observar que los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española, son de especial obligado cumplimiento por los poderes públicos y los ciudadanos, de acuerdo además con la CDF, el CEDH y la DUDH.

Podemos concluir este epígrafe afirmando la obligación de respeto y de protección de los derechos fundamentales. Dicha obligación no debe considerarse derivada del valor como normas jurídicas positivizadas en los diferentes ordenamientos jurídicos, sino que dicha obligación emana del respeto debido a la dignidad humana, para cuya salvaguarda se establecieron las normas nominadas como fundamentales. Esta obligación vincula por tanto a todo poder público y protege a todo ser humano frente a ataques de su dignidad por parte de terceros. Resulta paradójico no obstante, que a pesar de no contar el individuo con la capacidad de subjetividad internacional, el orden internacional no sólo tenga obligación de respeto y protección de su dignidad, sino que además la salvaguarda de la dignidad puede considerarse como uno de los

80 Las reservas han sido efectuadas en consideración al artículo 57 del CEDH. Son relativas a los artículos 5 y 6 ya que se pensó que podrían ser incompatibles con las normas del Código de Justicia Militar. También se establecieron en el artículo 11, ya que podrían ir contra los artículos 28 y 127 de la Constitución Española, entre otras.

elementos reactivos fundamentales que justificaron su concretización y que no puede violar. Lo dicho parece volver a situar la posición central del ser humano respecto al ordenamiento jurídico.

Por tanto, los grandes valores humanistas, entre los que destaca la universalidad, que toman en consideración la dignidad humana, encuentran su materialización positiva contemporánea en los órdenes constitucionales⁸¹, cuyos exponentes más representativos son las declaraciones americana y francesa de los derechos humanos. Han encontrado su formulación presente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1948 auspiciada bajo la protección de la Carta de Naciones Unidas.

El profesor De Asís Roig⁸², toma en cuenta la relación entre igualdad y universalidad para mantener dos ideas básicas: la primera es la relativa a retomar el discurso histórico de la generalización de los derechos para "proyectarlo al presente"⁸³, en la segunda demanda una teoría coherente⁸⁴ de la teoría de los derechos fundamentales. Señala además, referido a la universalidad, que ésta fraguó la materialización de muchos de los textos jurídico-positivos y doctrinales, realidad que por otra parte no es posible cuestionar en la actualidad teórica, sino que su ámbito de discusión es eminentemente práctico, siendo la realidad práctica actual la que nos reenvía a las múltiples vías de discusión en el ámbito de la filosofía, la moral y el Derecho. Como afirmamos, dicha discusión es de extrema necesidad si se quiere mantener con coherencia la teoría de los derechos fundamentales, en tanto que supone uno de los caracteres fundamentales y primigenios de dicha teoría.

El profesor De Lucas encuentra la maximización de la problemática actual aludida en la realidad de los fenómenos migratorios. Se sitúa por tanto en la misma línea "trinchera" que Ferrajoli. De Lucas afirma que "no se trata de que las pretensiones de los inmigrantes pongan en peligro derechos humanos individuales de carácter universal, sino que son los derechos humanos universales los que están en peligro precisamente porque se niegan a los inmigrantes"⁸⁵. Ésta es también la línea teórica de

81 Los órdenes constitucionales representan el pacto social moderno intrínsecamente unido a la promoción y protección de los derechos humanos, hasta el punto que no es posible deslindarlos en la actualidad.

82 Rafael De Asís, "Hacia una nueva generalización de los Derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos", en Ignacio Campoy Cervera, *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 35 y ss.

83 Ibid.

84 Es *conditio sine qua non*, según las posturas de Ferrajoli, De Lucas, Peces-Barba Martínez, Cámara Villar o Stern, entre otros muchos, interpretar la teoría de los derechos fundamentales desde los principios de universalidad y de igualdad.

85 Javier De Lucas, "Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos", en Ibid, p. 65.

Velasco⁸⁶, que apunta como posible solución natural la tesis de la constitucionalización global de Ferrajoli.

Como vemos, apenas apuntado el valor de universalidad en los ordenamientos jurídicos constitucionales actuales, eminentemente en relación con los textos de derechos humanos, la cuestión alcanza ya importantes proporciones, en tanto que, el binomio universalidad e igualdad bien puede formular el espíritu sin el cual, la teoría de los derechos fundamentales podría alejarse considerablemente del concepto de justicia, perdiendo así por completo su coherencia, eficacia y vigencia.

No pretendemos, por tanto, aportar una formulación teórica de la incidencia de la universalidad en los derechos fundamentales, sino que pretendemos indicar su valor fundamental en este epígrafe, en tanto que a nuestro juicio, no puede ser comprendido el sistema de los derechos humanos sin tomar bien presente el valor que representa la universalidad de los mismos, en virtud del cual serán acreedores de los mismos todos los miembros de la familia humana.

5. Conclusiones

Trataremos pues de finalizar este breve ensayo sin perder de vista el objetivo que nos proponíamos desde el inicio, que no era otro sino el de aportar algunas pinceladas que inciten a la reflexión acerca del fenómeno que está representando la globalización en el sistema jurídico, especialmente en lo referido al sistema de derechos humanos, a juzgar por la creciente incidencia de la política del enemigo. A tal fin cerraremos este escrito sintetizando las tres ideas en torno a las cuales gira en nuestra opinión la temática que hemos abordado:

1º Las democracias actuales han encontrado su sustento y coherencia en el respeto absoluto a los principios democráticos, normativamente establecidos en las diferentes cartas constitucionales. Principios que inspiran a su vez no sólo dichas cartas, sino que impregnan todo el orden multinivel supranacional (internacional, regional-internacional y estatal) en el que se insertan y por el que se conectan todos los Estados. Lo que afirmamos implica además el deber de respeto por parte del poder público al sistema de derechos humanos/fundamentales que deberá ser observado frente a todo miembro de la familia humana, por tanto desde la óptica de universalidad de tales derechos, los que desde su proyección resultaron el límite más eficaz para garantizar el respeto de la dignidad humana frente a la libre injerencia del poder público.

2º Por otra parte, la globalización parece incidir negativamente respecto al estatus (paridad/soberanía) que ha fundamentado al Estado-nación, tal como se proyectó en Westfalia, que parece responder, ante el manifiesto estado de crisis, por cauces

86 Véase en Juan Carlos Velasco, "La desnacionalización de la ciudadanía. Inmigración y universalización de los derechos humanos", en *Ibid.*, pp. 319 y ss.

y políticas a veces no democráticas, apoyadas paradójica y oportunamente en los fenómenos que tratan de debilitarlo, para lo que se sirve del paradigma de la seguridad que promete a su ciudadanía, alzándose como garante de la misma.

3º Es en el contexto que señalamos donde parece tener cabida, o al menos donde se está desarrollando, la línea política del enemigo, mediante la cual el poder público, independiente del ente que lo contenga, sea estatal o supraestatal, está pretendiendo flexibilizar el sistema de garantías fundamentales, con el objetivo prioritario de neutralizar por cualquier medio a aquellos, cada vez más numerosos, que advierte como enemigos.

En síntesis, resulta prioritario a nuestro juicio el intento de análisis y estudio del fenómeno que advertimos, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino que también político o sociológico con el objetivo de direccionar la evolución que está adoptando la globalización, no hacia el paradigma de la seguridad sino hacia el más absoluto respeto a la democracia y a los valores que la instituyen desde el respeto a la dignidad humana.