

¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre derecho penal y guerra*

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz**

RESUMEN

La relación entre Derecho penal y Guerra, raramente ha sido tema de debate. El análisis de esta relación y de la distinción entre las categorías de “crimen”, “guerra” y “Derecho penal” cobra una mayor relevancia a partir de los sucesos del 11 de septiembre de 2001. Esta distinción se hace aún más necesaria en las circunstancias del mundo actual donde la lucha contra el crimen toma cada vez más la forma de guerra, y la guerra se legitima como acción de castigo. Así, los hechos del 11 de septiembre generan un llamado para discutir nuevamente el traspaso del monopolio del poder estatal a instancias supranacionales, y para rechazar la producción de “enemigos por exclusión” con los cuales no se pueda en el futuro zanjar un conflicto.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal, guerra, terrorismo, 11 de septiembre, derecho penal supranacional, Estado de derecho.

Traducción del original (*Krieg im Frieden?. Grund und Grenzen der Unterscheidbarkeit von Strafrecht und Krieg*) realizada por Fernando Navarro Cardoso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

** Catedrático de Derecho penal, Procesal penal y Filosofía del Derecho, de la Universidad Johann Wolfgang Goethe-Frankfurt am Main.

SUMARIO

1. DERECHO PENAL Y GUERRA: ANUDAR LO TRADICIONAL Y LO ACTUAL. 2. TERRORISMO Y GUERRA CONTRA EL TERRORISMO: PRIMERAS CLASIFICACIONES. 3. DERECHO PENAL Y GUERRA: ¿UNA DIFERENCIACIÓN NECESARIA?. 4. 11-S (NINE/ELEVEN): ¿GUERRA O CRIMEN?. 5. RESUMEN. 6. PERSPECTIVA.

1. Derecho Penal y guerra: anudar lo tradicional y lo actual

A) Referencias tradicionales poco discutidas

Guerra y Derecho Penal tienen mucho en común. Esto no es nada nuevo y resulta bastante evidente. Ambas infligen males apenas justificables dado el nivel de civilización alcanzado, y ambas se encuentran en contigüidad con la venganza y la revancha, tal vez incluso en su misma tradición.

A pesar de eso, sólo una minoría de pacifistas y abolicionistas considera a la guerra y al Derecho Penal como algo tan irracional e inhumano, que las rechazan completamente. La inmensa mayoría, en cambio, cree inquebrantablemente en la necesidad del castigo y la guerra (“vienen bien”, Strafe muß sein!). Admite, eso sí, que se trata de males, pero insiste en que son males necesarios¹, y justifica ambos con notables esfuerzos argumentativos, sobre todo, con vistas al esperado efecto preventivo. Y no pocos ven en la guerra y el Derecho Penal mucho más que una “amarga necesidad”² y “ultima ratio”³: algo que ha acompañado a la humanidad durante tanto

¹ Vid. Sobre la guerra, Tolstoi, L.N., *Krieg und Frieden*, 1865: “La guerra es... lo más atroz que se da en la vida... Serios y rigurosos debemos tolerar nosotros esta terrible necesidad”; y sobre el castigo, Noll, P., *Die etische Begründung der Strafe*, 1962, p. 17: “La pena, si bien es un mal necesario, no es necesariamente un mal”.

² Al contrario de lo que ocurre en el Proyecto Alternativo de Código Penal, Parte general, 1966, p. 29.

³ Vid. sobre esta caracterización del Derecho Penal, PRITTWITZ, C., “Subsidiär, fragmentarisch, ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen von Strafbarkeitsbeschränkungspostulaten” en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN (Edit.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, págs. 387 y ss. [N. del T. Existe una versión en español por el ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA E INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Edit.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, Comares, 1999].

tiempo, puede ser ensalzado –aunque de manera más o menos tímida– como “madre de todas las cosas” (utilizando la sentencia de HERÁCLITO, en el caso de la guerra)⁴ o como “honra al delincuente como racional” (recordando la célebre expresión de HEGEL, en el caso de la pena)⁵.

La relación entre el Derecho Penal y la guerra, sin embargo, es raramente tema de debate, aunque las metáforas de guerra en el discurso del Derecho Penal no son menos frecuentes que las metáforas jurídicas en el discurso de la guerra. El Derecho Penal se considera como objeto de la política interior, y la guerra como objeto de la política exterior y de seguridad. Siguiendo la distinción, los responsables de política interior se dedican a lo uno⁶ y los de política exterior y de defensa a lo otro. Y, aunque ello no pueda considerarse en absoluto como consecuencia implícita, a la clase política le siguen las ciencias y los científicos, los cuales, sin tomar buena nota unos de otros, se acercan a sus respectivos objetos, como por ejemplo, los fundamentos empíricos y la legitimación de los conceptos de disuasión (*Abschreckung*) o venganza (*Vergeltung*), con argumentos y preguntas idénticas o paralelas.

B) Referencias actuales

Desde los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 y sus secuelas durante las semanas posteriores, definitivamente no podemos permitirnos más este estado mutuo de inobservancia y de no intervención. Así, desde el 11-S nadie sabe muy bien qué pasó: ¿Reaccionaron en aquel entonces con una guerra a un crimen? ¿Fue el presunto crimen mismo también una acción de guerra? ¿Se trata de nuevo de reaccionar con prosecución penal y con penas a un crimen con dimensión bélica? O, finalmente, ¿fue

⁴ 53º fragmento de Heráclito, transmitido por Hipólito.

⁵ HEGEL, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 100, nm. 98, pág. 96, Hamburg, Felix Meiner, 1995: “De modo que si se considera a la pena como conteniendo en ella su propio derecho, en ella se honra al delincuente como racional” (subrayado en el original) [N. del T. Traducción tomada de la edición de K.L. ILTING, traducida por C. Díaz, Madrid, Libertarias/Prodhuvi, 1993].

⁶ Con lo cual aquí es empleada una noción más extensa y no técnica de política interior, que la política criminal puede ser clasificada como más ajustada hacia el interior del ámbito político. El hecho de que las cosas van evolucionando, y en qué medida lo hacen, se muestra, por ejemplo, en los (eficaces) esfuerzos que se han realizado alrededor del Estatuto de Roma y de un Derecho penal nacional alemán.

la guerra la reacción ante un crimen y, por eso, la respuesta misma podría ser calificada como crimen? Y, sobre todo, ¿tienen aquí y ahora tales distinciones alguna importancia? Dicho sea de paso que la denominación misma que los norteamericanos le han dado a la tragedia, *nine/eleven*, reduciéndola a unas siglas, 11-S, la inmortaliza (guardándola para las generaciones futuras), al mismo tiempo que la desdramatiza y la convierte en algo “maneable”.

C) Exclusión de la perspectiva crítica al poder (herrschaftskritische Perspektive)

Para llegar lo más rápido posible a las preguntas interesantes –en todo caso, interesantes para mí–, quisiera poner un tema entre paréntesis. Se trata de un tema que también conecta al Derecho Penal y la guerra, que parece inherente a ambos, y que en los dos casos es objeto de una valoración política controvertida. Me refiero a la relación entre el ejercicio ilegítimo del poder y el Derecho Penal o, respectivamente, entre el ejercicio ilegítimo del poder y la guerra. Aludo a las posibles interpretaciones de ambos como instrumentos de ejercicio ilegítimo de poder –hacia dentro, en el caso del Derecho Penal; y hacia afuera, en el caso de la guerra–.

Reconocidos penalistas y expertos en Derecho Penal histórico, saben bien que el Derecho Penal puede ser interpretado y entendido como instrumento de poder⁷. Y, en el caso de la guerra, se necesita una sola mirada en los libros de historia y en los periódicos para identificar conflictos armados pasados y presentes, no sólo como medidas de protección y autodefensa, sino también como medidas de expansión del área de influencia⁸.

⁷ Este entendimiento ha penetrado, desde entonces, hasta en manuales de Parte General de Derecho Penal. Cfr. JESCHECK, H.H.; WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, 1996, p. 3; los cuales, no obstante, rechazan los tan justificados ataques sobre la legitimidad de la existencia del Derecho Penal, cuando, como en una “sociedad liberal estructurada y sometida al Estado de Derecho”, el caso es que “tan sólo la pena hace posible la protección de la paz jurídica en libertad”.

⁸ Ésto es válido sin tener en cuenta el Pacto Briand-Kellog de 1928 que prohibió imponer cualquier objetivo de política nacional por medio de guerras. En todo caso, me parece que la política de seguridad y, sobre todo, la ciencia política, al contrario de la Política criminal y la Criminología, no permiten que las buenas intenciones plasmadas en el mencionado pacto obnubilen su mirada y les impidan un análisis sereno del caso en cuestión.

Este elemento citado de ejercicio ilegítimo del poder lo quiero dejar fuera del debate. No porque esta perspectiva del Derecho penal me parezca falsa o irrelevante, sino por otras razones. Sostengo que una reconstrucción del Derecho Penal, o también de la guerra, reducida a esta perspectiva, sería inadecuada y no ilustrada; tan inadecuada y no ilustrada como también percibo la posición contraria, más común, la cual se niega a aceptar que el Derecho Penal tiene algo que ver con el ejercicio –a veces, ilegítimo- del poder.

Sin embargo, en nuestro contexto me parece más decisiva otra reflexión: la perspectiva crítica del poder es en cuanto al fundamento y límites de la distinción entre Derecho Penal y guerra poco productiva, porque ella nivela el Derecho Penal y la guerra sólo como diferentes rostros del ejercicio del poder.

2. Terrorismo y guerra contra el terrorismo: primeras clasificaciones

Después del 11 de septiembre de 2001, ya lo he mencionado, no llevar a cabo una relación entre Derecho Penal y guerra es difícil. Desde los atentados bastante simbólicos contra las torres gemelas del *World Trade Center* y –no menos simbólico- contra el Pentágono, y unas semanas después la respuesta de Estados Unidos y sus aliados derivada de aquéllos, las nociones y los conceptos de dos mundos hasta ahora separados se fragmentaron y mezclaron unos con otros de manera bastante incontrolada. No resulta muy difícil identificar el terrorismo como el fenómeno que parece haber traído el desorden de las cosas: por un lado, “verdaderos” (es decir, según nuestras propias categorías) “crímenes”, a los cuales, según parece, no se puede responder de un modo adecuado con los medios del Derecho Penal; por otra parte (en opinión de muchos), sólo podían ser contestados adecuadamente con los medios de la guerra, aunque los atentados terroristas (si acaso, vistos como guerra desde la propia percepción de los terroristas), según el empleo de nuestras propias categorías, no representaron un verdadero ataque militar.

Intentemos poner algún orden en el debate.

A) Guerra contra Afganistán

En primer lugar, el análisis de los atentados que costaron varios miles de vidas humanas resulta bastante sencillo. Los bombardeos sobre objetivos

en Afganistán, con los que Estados Unidos y una extraordinaria alianza contra el terror (desconocida hasta el momento) reaccionaron a partir del 7 de octubre de 2001 a los atentados, que igualmente costaron varios miles de vidas humanas civiles, fueron un “conflicto armado internacional”, como el moderno Derecho Internacional denomina a la guerra⁹, eufemismo¹⁰ que tan solo es superado por el cambio de la denominación “Derecho de guerra” por otra que, a cambio, suena mucho mejor, “Derecho Internacional humanitario”. Fue una guerra en sentido clásico, en sentido propio. Sin embargo, a nadie se le pudo escapar que uno de los móviles de esta guerra –o incluso el motivo principal- quizás fuera el castigo.

B) ¿Guerra y atentado contra Estados Unidos?

Más interesante es la pregunta acerca de cómo son clasificados los ataques del 11 de septiembre de 2001. Los problemas comienzan mucho antes de la propia distinción entre “combatientes de la libertad” y “terroristas”¹¹, necesaria si bien extremadamente compleja según el caso.

Si se toma nota y se analizan las primeras valoraciones, la respuesta parece fácil. Los atentados fueron para el público y para la opinión política, y así lo confirman cientos de veces los medios de comunicación, “crimen y guerra”: “Ataque a América” y “atentado terrorista”¹², “guerra contra Estados Unidos” y “monstruosa matanza”¹³; en resumen: “guerra mundial del terror”¹⁴.

⁹ En correspondencia con el indicado Pacto Briand-Kellog de 1928, conocido también como “Pacto de proscripción de la guerra”, esta terminología es usada sobre todo desde el cuarto Acuerdo ginebrino de 1949 y el segundo Protocolo de Adición aprobado en 1977.

¹⁰ Cfr. exactamente en este aspecto, un punto de vista crítico de los “pactos de proscripción de la guerra” en el Manual de Derecho Internacional de *Ignaz Seidl-Hohenvverder* y *Torsten Stein*, 10ª edición, 2000, nm. 1829.

¹¹ Cfr. para la reanudación de esta necesaria discusión tras el 11 de septiembre la contribución de *Hess, H.*, “Discussing Terrorism”, pp. 489 y ss., y *Scheerer, S.*, “Terrorismus –die Globalisierung des Bösen”, pp. 515 y ss., en *Prittowitz, C.* et ál. (Edit.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002.

¹² *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12 de septiembre de 2001, p. 1.

¹³ Así, el semanario *Die Zeit*, 13 de septiembre de 2001, p. 1.

¹⁴ Desde entonces, así enfocada por el semanario *Die Woche*, 14 de septiembre de 2001, p. 1.

Particularmente revelador fue el oscilante modo de expresarse del Presidente de Estados Unidos George W. Bush, utilizando al principio, pocos minutos después del ataque, la idea de “catástrofe nacional”¹⁵, mientras que pocas horas después empleaba la imagen bélica de que la libertad “atacada” será “defendida”. Sin embargo, en ese mismo comunicado oficial se prometió (claramente ya en el lenguaje propio del Derecho Penal) que los responsables del ataque serán “capturados y castigados”¹⁶. Un día después, en su primer discurso transmitido por televisión en directo, sin duda haciendo la Administración norteamericana un cuidadoso uso del lenguaje, Bush calificó los ataques de nuevo como “matanza”, prometiendo, por otra parte, que América ganará la “guerra contra el terrorismo”¹⁷.

C) Concreción de los objetos de mi interés

¿No puede darse uno por satisfecho con ésto? ¿Es necesario querer saber realmente qué es guerra, qué es crimen y qué es Derecho Penal? ¿Es posible todavía distinguir estas categorías? Y, sobre todo, cabe preguntarse si y por qué se deben diferenciar.

Opino que estas preguntas deben ser abordadas, aun cuando encierran ciertos riesgos. Y es que para todos aquellos que consideran que la guerra y el Derecho Penal no son más que un atavismo o, cuanto menos, un anacronismo¹⁸, podrían surgir nuevas posturas sobre la guerra o el Derecho

¹⁵ Declaración del Presidente BUSH en Sarasota, Florida, citada en www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010911.html.

¹⁶ Las citas textuales son tomadas del *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12 de septiembre de 2001, aunque algunas agencias de noticias no hablan de “capturar” sino de “cazar”. Nótese la diferencia.

¹⁷ Citas textuales del reportaje del *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13 de septiembre de 2001.

¹⁸ Hay quienes en vista de estas posiciones piensan inmediatamente en la imagen del romántico pacifista y abolicionista. Reacción comprensible ante la evidencia de que para muchos Estados, entre ellos precisamente EE.UU., la guerra y el castigo (incluida la pena de muerte y la pena de reclusión de por vida absolutamente desproporcionada) representan uno de muchos instrumentos (pero, en ningún caso, sólo la *ultima ratio*) de política interior y exterior. Ahora bien, cabría recordarles la prohibición del empleo de la violencia y del uso de las actividades bélicas del art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y la proscripción casi universal de la pena de muerte. Para profundizar el compartido escepticismo general también frente a la pena de reclusión, cfr. la colección de LÜDERSSEN, K., *Anschaffen des Strafens?*, 1995.

Penal que, probablemente, les resultasen incómodas. ¿Acaso habrá que olvidarse de todo pensamiento pacifista y abolicionista en vista de las actuales amenazas, objetivas y subjetivas, en materia de seguridad? ¿Es que se trata de un pensamiento surgido en nuestras latitudes en un clima de lujo, alentado por el notable aumento de seguridad interior y exterior? La simple respuesta “debe haber pena, también a través de la guerra”, ¿no será, quizás, la respuesta justa? O, ¿se puede y se debe uno oponer, ahora como antes, a la seductora promesa de seguridad, la cual nos es prometida como resultado de guerras sancionadoras y de un Derecho Penal bélico?

Especialmente difícil, y especialmente provocador para los penalistas críticos (los cuales se han acostumbrado a entender como progreso, sin excepción alguna, cualquier reducción del Derecho Penal¹⁹), es llegar a la discusión sobre si un Derecho Penal supranacional –cuyos contornos se observan en el horizonte- puede interpretarse como un avance en el grado de civilización sobre cualquier posible conflicto bélico.

Una cosa es segura: el horror de todo el Mundo por los atentados del 11 de septiembre y la palpable conmoción de la seguridad subjetiva –por tanto, de la sensación de seguridad- sufrida por la población norteamericana y sus políticos, prohíbe replegarse a inmunizadoras explicaciones simples y, además, ideológicas, dicho en el sentido peyorativo de la palabra.

Aquellos que siempre han sostenido que Estados Unidos se ha transformado en un estado policial en el interior y en un imperio global en el exterior (en la búsqueda de mercados y fuentes de energía), seguramente tendrán razón en algún que otro detalle, o tal vez incluso en muchos aspectos, pero serán incapaces de aproximarse a un entendimiento analítico de nuestro problema.

Ahora bien, es rechazable, cuanto menos en igual grado, la opinión contraria, esto es, la clasificación que se efectúa del Mundo, con un riguroso

¹⁹ En el preciso análisis de las posiciones críticas con el Derecho Penal se deja al margen que una posición radical semejante es la excepción, y que a la petición de descriminalización (en el ámbito de la microcriminalidad) también se agregaron siempre reivindicaciones de neocriminalización o recriminalización (en el terreno de la extensamente definida macrocriminalidad). Cfr. sobre esto, NAUCKE, W., “Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung”, en *Goldammers Archiv für Strafrecht*, 1984, pp. 199 y ss.; LÜDERSSEN, K., “Rechtsgüter und Angriffswege” – Widersprüche bei Neukriminalisierungen; De- und Entkriminalisierung”, en *El mismo, Abschaffen des Strafens?*, 1995, pp. 186 y ss. Sobre una amplia noción de macrocriminalidad, cfr. PRITTWITZ, C., “Makrocriminalität: Konkretion des Bösen oder zurechenbare Straftaten?”, en BEMMANN; SPINELLIS (Edit.), *Mangakis-FS*, 1999, pp. 673 y ss.

sentido religioso, entre “buenos” y “malos”. Ella hace aparentemente innecesario cualquier análisis racional del conflicto de intereses, evitando obviamente ocuparse de las razones históricas y culturales de las tensiones y conflictos, y culmina en la convicción de que el Derecho, tanto nacional como internacional, casi no juega ningún papel cuando se trata de combatir a “los malos”.

La experiencia de que estos planteamientos todavía sean posibles en este comienzo del siglo XXI o que vuelvan a serlo, podría representar una conmoción duradera para el mundo civilizado fuera de Estados Unidos.

3. Derecho Penal y guerra: ¿una diferenciación necesaria?

Quien no se deje sobrecoger por el excitado y emocionante debate que se ha disparado con el 11 de septiembre y continúe buscando los argumentos y los matices, en primer lugar se debe preguntar si aquí la supuesta diferenciación (o, en todo caso, supuesta dicotomía) entre guerra y Derecho Penal es realmente necesaria. Las lecturas y las discusiones nos enseñan que muchos participantes en el discurso público no parten de una dicotomía e, incluso, son también muchos los que consideran una diferenciación como innecesaria. Teniendo en cuenta la tradición y la retórica norteamericana tanto en declaraciones de guerra como en guerras contra el crimen como parte de “lo malo”, no es de extrañar este resultado. Además, se pudo también aceptar que –al menos en el comprensible estado de conmoción inicial tras los sucesos- la nivelación entre “el crimen y la guerra”, por un lado, y “la persecución penal y la guerra”, por otro, quizás está, incluso, justificada. Sobre todo, aquellos que desempeñan cargos de responsabilidad tratarán de asegurar y transmitir la imagen de que a “todos” los niveles se hará “todo” lo que prometa ser de “alguna” utilidad. Pero tras esta primera conmoción –y eso es lo que, al fin y al cabo, le debemos a la herencia de la Ilustración- el Estado y la sociedad tendrán que clasificar los acontecimientos ante los que hay que reaccionar: según se haya producido una guerra o un crimen, la respuesta será guerra o persecución penal.

Vale la pena detenerse un momento en las razones para el mantenimiento de la diferenciación. Un punto central del avance de la civilización se centra en la estigmatización de la aplicación de la privación de libertad y de la violencia como algo por lo general ilegítimo. Precisamente porque la ejecución de la pena es, de hecho (*tatbestandlich*), privación de libertad, la muerte en la guerra sigue siendo, de hecho, un homicidio y,

con frecuencia, en tanto se emplean medios peligrosos, un asesinato²⁰. Este avance de la civilización se lo debemos agradecer al monopolio del poder estatal, es decir, al reconocimiento del hecho de estar justificado que el Estado puede, bajo determinadas condiciones, transgredir el derecho a la libertad de las personas (en el ejemplo de la ejecución de la pena), y aun cuando realiza los hechos punibles del Código Penal, no lo lleva a cabo de una manera “ilegal” (*rechtswidrig*). En el Estado de Derecho consolidado, el cual se define por sus garantías de libertad, se entiende que la justificación del uso de la violencia por parte del Estado presupone que se cumplan estrictamente las condiciones específicas para determinadas lesiones de bienes jurídicos. Para la justificación de la persecución penal o de la intervención sancionadora en los bienes jurídicos de las personas se necesita la existencia de las “condiciones previas especialmente formuladas para ello”, y lo mismo es aplicable, *mutatis mutandi*, en un mundo en el cual se sueña con un *global rule of law*, para la justificación de la lesión de los bienes jurídicos afectados en la guerra.

De ahí no se deduce, naturalmente, que una situación (como los atentados del 11 de septiembre) no pueda cumplir las condiciones de ambas posibilidades, el uso de la fuerza legítima del Estado (o de una institución supranacional en caso de que exista). En este sentido, sería equivocado deducir una dicotomía entre la guerra y el crimen de las bases del Estado de Derecho bosquejadas; sin embargo, estas mismas bases imponen la necesidad de diferenciación.

Ya que un Estado que se somete a la autoridad del Derecho no satisface bajo ningún concepto las exigencias del Estado de Derecho, cuando haciendo un uso indebido del principio de proporcionalidad, diferencia entre guerra y persecución penal y, sin embargo, reacciona “con la fuerza” ante acontecimientos semejantes; y, por principio, para la comunidad de Estados que se siente comprometida con los principios del Estado de Derecho tampoco puede valer otra cosa.

Por lo tanto, un intento de clasificación que con cierto recato se ha ventilado en el debate público resulta bastante fácil de rebatir. Del hecho de que las posibles reacciones del sistema judicial penal a un suceso prometan pocas posibilidades de éxito, bajo ningún concepto se debe concluir que el correspondiente suceso no ha sido un crimen sino un ataque bélico. Exactamente lo mismo vale para la otra cara de la misma moneda: la

²⁰ En todo caso, cuando se emplea por la Dogmática penal alemana la distinción entre homicidio (*Totschlag*) y asesinato (*Mord*).

evaluación –ya sea correcta o equivocada- de que las bombas en Afganistán son una respuesta a los atentados que promete resultar eficaz, no representa, evidentemente, ningún argumento idóneo para sostener que los atentados hayan sido un “ataque bélico”.

Todo lo contrario: la idea de Estado de Derecho –es decir, de un Estado que se sujeta al Derecho independientemente de su poder en el interior o en el exterior- parte de que la admisibilidad o licitud (*Zulässigkeit*) de una reacción estatal (persecución penal, pena, guerra) depende de la naturaleza de la causa a la cual se reacciona.

4. 11-S (nine/eleven): ¿guerra o crimen?

Estas aclaraciones pueden parecer superfluas y de hecho son, según mi opinión, triviales. Sin embargo, parecen necesarias en un discurso de estado de emergencia que asfixia cualquier pensamiento racional. Precisado esto, de pronto resulta fácil la respuesta a la pregunta de si el 11 de septiembre se cometieron “crímenes”: naturalmente se han cometido crímenes. La masacre de personas, de los pasajeros de los aviones secuestrados y de las personas que estaban en los edificios atacados, así como los secuestros de los aviones y las destrucciones provocadas, corresponden a la definición de delitos de cualquier código penal (o de cualquier otra fuente del Derecho Penal) de este Mundo. También respecto a la improcedencia de las actuaciones no puede existir ninguna duda; y lo mismo vale para la culpabilidad de los atacantes cualquiera que sea su ceguera ideológica o política. Dentro del contexto de la ciencia penal no hay ninguna duda en la clasificación de los atentados como delito, pero sí hay una serie de preguntas por contestar como, por ejemplo, la penal material, pero también criminal, según la responsabilidad específica de los autores y de los cabecillas que planearon los atentados, o como la criminológica, de acuerdo con el contexto en el que se produce una criminalidad políticamente motivada de esta índole.

Ahora bien, mucho más difícil –y no sólo para el penalista hasta cierto punto obligado a reducirse al diletantismo- parece la respuesta a la pregunta de si los atentados del 11 de septiembre no sólo fueron un “delito en América” sino también un “ataque a América”. Muchas de las primeras opiniones ratificando esto no resisten un análisis que indaga sobre los motivos de la clasificación.

El punto esencial debiera ser la cuestión supuestamente fácil de si el ataque a Estados Unidos se efectuó “desde el exterior”. Desde el punto de

vista del Derecho Internacional parece del todo incierta la interpretación del término “ataque desde el exterior”: si ello reclama una “dirección” de los ataques a través de otros Estados, si es suficiente el “apoyo” de esos otros Estados o quizá basta su “tolerancia”. No menos problemática resulta la cuestión que de la primera se deduce: si el régimen talibán dominante en Afganistán fue el autor de los atentados, cuando ni los autores del atentado eran ciudadanos afganos ni el ataque ha sido lanzado o preparado desde el territorio afgano.

Otro acceso a una respuesta –quizá más prometedor- a la pregunta de si el crimen en Estados Unidos puede considerarse a la vez como ataque contra Estados Unidos pasaría por el análisis de las resoluciones 1368 y 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, con las que dicha Institución respondió a los atentados. La condena de los atentados como *horrifying terrorist attacks* (horribles ataques terroristas) es totalmente inequívoca. En cambio ya no resulta tan evidente calificar estos ataques como amenaza a la paz internacional y a la seguridad (*like any act of international terrorism as a threat to international peace and security*). Aunque, al contrario de una opinión muy extendida en el debate público, ello no autoriza explícitamente a Estados Unidos a utilizar por su parte la fuerza bélica.

Antes bien al contrario, la ambigüedad de la resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no puede pasar inadvertida. El derecho a la autodefensa colectiva, si bien es mencionado de manera explícita en la resolución 1368, cuyo único contenido es la condena de los atentados del 11 de septiembre, no contiene, así mismo, una posible autorización “explícita” por parte del consejo de Seguridad para adoptar también medidas sancionadoras con el empleo de las armas. La mención del derecho a la autodefensa (según las reglas generales de interpretación) tiene poco sentido, a no ser que con ello se quiera indicar que contra esos actos terroristas también la autodefensa puede ser legítima. Por otro lado, difícilmente se puede pasar por alto que, según el art. 51 de la Carta, solamente se reconoce el derecho a la autodefensa ante un “ataque armado” (que no es constatado explícitamente por el Consejo de Seguridad), mientras que la amenaza a la paz mundial (expresamente constatada por dicho Consejo) puede, en efecto, conducir a sanciones de tipo armado, si bien éstas están ligadas a su autorización expresa por parte del citado Consejo de Seguridad. Para entender estas imprecisiones, pero no para solucionarlas, ayuda saber que dichas inexactitudes no se deben, en ningún caso, a errores de redacción, sino a ideas distintas, las cuales (por lo que a mí me parece, a un alto precio)

se “intentan compaginar a la fuerza”. Por lo tanto, se podría deducir de esta resolución, sobre todo, que el Consejo de Seguridad –mediante la mención de la potencial amenaza de la paz mundial por el terrorismo- se declara a sí mismo competente en estas ocasiones y que, por otro lado, reconoce que, fundamentalmente, medidas de autodefensa colectiva contra ataques terroristas pueden considerarse como adecuadas.

Ahora bien: teniendo en cuenta que se podía partir de que Estados Unidos optaría por una respuesta militar, una resolución que no declara explícitamente como ilegítimo lo que todos esperaban podría entenderse como legitimación anticipada –o, por lo menos, como consentimiento- de las acciones militares de EE.UU. y sus aliados en cuanto que representan medidas de autodefensa contra ataques terroristas. Si nos aproximamos a la cuestión de si el 11-S fue un ataque a Estados Unidos y no sólo un crimen por la vía estratégica y pragmática, y no por la vía material y teórica –a pesar de las dudas arriba expuestas-, prevalecen los argumentos que hacen suponer un ataque a Estados Unidos y, por lo tanto, conducen a afirmar la legitimidad fundamental de la respuesta bélica.

Ello no implica, sin embargo, un poder general. No se puede negar que la retórica de la Administración Bush estaba dirigida hacia la venganza y el castigo e incluso a la aniquilación del enemigo (esto último de forma esporádica pero nunca desmentida). Ello pone en evidencia el carácter claramente facultativo del Derecho Internacional, el cual en una medida de defensa armada no sólo aplica el criterio del principio de proporcionalidad, sino también exige que ella se debería “dirigir severamente contra la propia amenaza terrorista y no (debería) adoptar un carácter sancionador o represaliador”. En este punto se basa una crítica minoritaria pero muy categórica a las acciones militares de Estados Unidos y sus aliados. Particularmente BALTASAR GARZÓN ha sostenido el parecer de que los atentados han sido “crímenes atroces, pero al fin y al cabo hechos delictivos y no actos de guerra”; por consiguiente, según él, hay que responder con “la persecución penal, con la vista de la causa y juicios públicos”, pero no con una guerra²¹. En mi opinión cabe adherirse a esta tesis en cuanto al contenido. No obstante, deteriora demasiado la frágil autoridad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Frente a esta postura resulta preferible, aún siendo consciente del carácter idealista de los argumentos, juzgar la

²¹ GARZÓN, B., “La respuesta”, *El País*, 2 de octubre de 2001. Una versión en alemán se encuentra bajo el título “Die einzige Antwort auf den Terror”, semanario *Die Zeit*, 25 de noviembre de 2001.

actuación de los americanos justamente por medio de los procedimientos previstos para ello, contrastarla con las normas de Derecho Internacional y, eventualmente, denunciar infracciones constatadas.

5. Resumen

Resumamos: en Estados Unidos se ha cometido un crimen inconcebible que ha provocado un sentimiento de inseguridad en todo el mundo. Pocas semanas después tuvo lugar la respuesta, entre otras, en forma de bombardeos a Afganistán durante semanas. Por medio de esta operación fue eliminado el régimen talibán, que concedía refugio a los terroristas, y un número desconocido de luchadores (¿soldados?) de este régimen y de miembros del grupo terrorista al que se hacía responsable de los atentados del 11 de septiembre resultaron muertos o fueron hechos prisioneros. Se ganó la guerra. Y ahora, ¿todo arreglado? ¿Se ha saldado de esta manera una factura que, aunque le fue presentada a la justicia penal²², no podía ser saldada por ella?²³ Puede ser. Ante todo me parece a mí que se ha puesto de manifiesto que los objetivos esenciales no fueron alcanzados: los verdaderos responsables de los atentados no fueron ni capturados ni castigados.

Ahora bien, hay otro aspecto que parece más importante: después del 11 de septiembre una serie de proyectos fundamentales de la humanidad (seguridad, libertad y supremacía del derecho) fueron dañados de una manera tan abierta y evidente que resulta ser de una calidad sin precedentes. El mundo no ha cambiado, pero ha enseñado una cara ya anteriormente conocida aunque no muy bien vista: inseguridad ciudadana, debido a una nefasta conexión entre terrorismo y tecnología. Pérdida de libertades por culpa de unos Estados y unas sociedades que se dejan sacar de su equilibrio con demasiada facilidad y que, en la duda, mayoritariamente se deciden *pro securitate* y *contra libertatem*. Y, finalmente, el deterioro del Estado de Derecho y la mengua de la fe en el desarrollo de un *global rule of law*, debido a la falta de capacidad de distinción y al déficit en los procedimientos existentes en los Estados y en las sociedades, así como a un

²² Vid., HONDRICH, K.O., “Stemstunde der Weltmoral. Verbrechen soll man bekämpfen nicht bekriegen”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 18 de septiembre de 2001.

²³ Vid., HONDRICH, K.O., “Unschuld und Sühne – zum Sinn des Krieges”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 de diciembre de 2001.

trato poco respetuoso de la Ley (o del Derecho Internacional), cuando se trata de hacer valer los propios intereses.

En el Derecho Penal –nacional e internacional- se van haciendo patentes ciertas desestimaciones que se observan ya desde hace tiempo: con ello se justifica el poder definir el Derecho Penal como “guerra en la paz”. La lucha contra el crimen, por un lado, va adoptando cada vez más la forma de una guerra, y, por otro lado, las guerras –en tiempos en los que el *ius ad bellum* como norma ya no es defendible- son legitimadas como acciones de castigo. Es evidente que con eso se refuerzan las tendencias existentes de “militarización del Derecho Penal y de la judicialización de la guerra” (KLAUS GÜNTHER), las cuales están a mano. ¿Pero qué es lo que conlleva eso? De la “judicialización de la guerra” se podría en teoría esperar un efecto civilizador²⁴, más que nada en vista de una sutil tradición que asigna responsabilidades penales; pero el caso concreto talibán no legitima o autoriza dichas esperanzas. Más plausible parece la apreciación escéptica de que la guerra sólo recurre al Derecho Penal con el fin de arrogarse una legitimidad que un eufemístico “Derecho Internacional humanitario” le ha quitado.

Pero aún más oscuras aparecen las nubes que se han levantado sobre el militarizado Derecho Penal. Hace no mucho tiempo (tan mal parece irle al Derecho Penal) se propuso civilizar mediante la aplicación de los principios del *bellum iustum* al cada vez más importante Derecho Penal de combate (*militarisierten Kriminalrecht*)²⁵ –desenmascarado en primer lugar por JAKOBS como Derecho penal del enemigo²⁶, y después propagado abiertamente como tal²⁷-. ¿Civilización de la guerra por medio de un

²⁴ Vid. los argumentos en este sentido de LÜDERSEN, K., “Unsere feine Ware. läßt sich der Krieg durch ein weltstrafrecht zivilisieren?“, *Frankfurter Rundschau*, 23 de enero de 2002.

²⁵ SCHNEIDER, H., “Bellum Justum gegen den Feind in Inneren?“, *ZStW* 113 (2002), pp. 499 y ss.

²⁶ JAKOBS, G., “kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung“, *ZStW* 97 (1985), pp. 751 y ss. [N. del T. Existe una versión en español en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, trad. y estudio preliminar por E. Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y M. Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997].

²⁷ JAKOBS, G., “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart“, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (Edit.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, págs. 47 y ss.

Derecho Penal mundial? ¿Civilización del Derecho Penal por medio de los principios de la guerra? Más bien habrá que temer que la influencia mutua lleve a un total desenfreno de ambas partes.

6. Perspectiva

¿Malos tiempos para los optimistas? Yo opino: no necesariamente. En conjunto, los pasados 200 años –y esto tampoco se debe olvidar en momentos en que la creencia en el mal inesperadamente ha vuelto a ganar fuerzas- han traído consigo una reglamentación (*Verrechtlichung*) y civilización de los conflictos tanto de los ciudadanos entre sí como entre los ciudadanos y los Estados. Este principio es válido a pesar de que el proceso de civilización se haya visto interrumpido por una terrible recaída en la barbarie. Los hechos no desmienten esta evolución, pero ilustran que la entrega del poder al Derecho es un proceso difícil, al que los poderosos siempre se oponen. Para la situación momentánea queda un doble resultado:

Por un lado: los hechos ocurridos alrededor del 11 de septiembre, que (también en el Derecho Penal) tanta confusión sacaron a la luz, que en una situación de impaciencia social nos han puesto ante la elección entre Escila y Caribdis, entre una guerra tendencialmente hostil al Derecho y una persecución del crimen supuestamente ineficiente, llaman a que se discuta con nueva urgencia sobre el traspaso del monopolio del poder del Estado a instancias supranacionales²⁸. El Tribunal Penal Internacional es un primer paso en ese sentido, la ampliación de sus competencias sobre actos terroristas de estas dimensiones sería un segundo paso y el establecimiento de una Policía (criminal) mundial sería un tercer paso en esa dirección. Se sobreentiende que las ventajas y los riesgos de unas medidas que supondrían un profundo cambio de la estructura mundial se deban sopesar unas con otras con todo cuidado y que no hay espacio ni para el entusiasmo ingenuo ni para el rechazo generado por el mero reflejo.

²⁸ Vid. HESS, H., “Terrorismus und Weltstaat“, *Kriminologisches Journal*, 2002, pp. 143 y ss; la réplica de Michael Waite y Frank Neubacher en *KrimJ* 2002, pp. 205 y ss.; y la adicional réplica de Hess en *KrimJ* 2002, pp. 207 y ss., así como TÖNNIES, S., “Weltfrieden und Völkerrecht: Made in USA oder Aufgabe der UNO?“, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 46/2001, pp. 829 y ss.

Pero, por otro lado, hay que dejar claro: que tanto las sociedades del mundo como la sociedad mundial, por mucha premura que se observe en la evolución actual, deben tener cuidado de no producir enemigos por exclusión, con los que en un futuro ya no sean capaces de zanjar un conflicto, sino que se verán obligados a combatirlos como enemigos. Ahí podría estar un provecho esencial del desorden producido por el 11 de septiembre también en el Derecho Penal.

Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo"

Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo*

RESUMEN

El autor expone el estado de la discusión y las diversas propuestas político criminales a propósito de la llamada modernización del derecho penal. A partir de la tensión reduccionismo versus expansionismo muestra los diferentes planteamientos actuales que intentan dotar de legitimidad al derecho penal desde perspectivas abolicionistas, neoproporcionalistas, reduccionistas, garantistas y expansionistas; dando finalmente una opinión al respecto, resaltando las nuevas realidades a las cuales se enfrenta el sistema penal en su conjunto.

PALABRAS CLAVE

Evolución-involución, derecho penal del enemigo, derecho penal liberal, "modernización" del derecho penal, abolicionismo, neoproporcionalismo, reduccionismo, garantismo, derecho penal mínimo, expansión del derecho penal, sociedad postindustrial, "nuevo" derecho penal, víctima, legitimación, sociedad de riesgo, delitos de peligro.

* Profesor Titular de Derecho penal, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo. Este trabajo constituye una apretada síntesis, actualizada bibliográficamente, de algunos aspectos desarrollados en uno de los capítulos del *Proyecto Docente* presentado en junio de 2001 para la obtención de una Plaza de Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Castilla-La Mancha.