

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO



90
AÑOS

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

CUADERNO DE TRABAJO N° 3

DERECHO Y EMERGENCIA: HACIA UNA TEORIA DEL DERECHO DEL ENEMIGO

Profesor: Dr. EDUARDO HERNANDO NIETO

Agosto, 2007

Tercer Cuaderno de Trabajo del
Departamento Académico de Derecho de la PUCP

“Derecho y Emergencia: Hacia una teoría del Derecho del Enemigo”

© Eduardo Hernando Nieto

© Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel
Lima 32, Perú

Prohibida la reproducción de esta obra por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2007-08464

Impreso en Perú
Agosto, 2007

**DERECHO Y EMERGENCIA:
HACIA UNA TEORIA DEL DERECHO DEL ENEMIGO**

Eduardo Hernando Nieto

Profesor Ordinario del Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

INTRODUCCION

Si deseáramos plantear una comparación entre las obras de Platón y Aristóteles con Tucídides - autor del clásico *Historia de la Guerra del Peloponeso*¹ -, encontraremos por ejemplo que ya no se está a la búsqueda del mejor régimen político como correspondía a la obra de los primeros sino más bien se retrata aquí la intensidad de la vida política en toda su magnitud y crudeza, la misma que se manifiesta en términos de una guerra civil o exterior ubicándose entonces al ser humano en los límites de la vida y la muerte.

Pero, como señalaba el filósofo político Leo Strauss, a pesar de lo profundo de las divergencias entre estos filósofos, sus opiniones no serían necesariamente incompatibles sino más bien convergentes, pues mientras que Platón y Aristóteles estaban describiendo a la mejor ciudad en “reposo”, Tucídides nos mostraba más bien a la misma ciudad en “movimiento”².

Tal distinción entre la ciudad en “reposo” y la ciudad en “movimiento” es algo que difícilmente se planteó dentro del mundo moderno, precisamente porque la modernidad se construyó en función al ideal del progreso ilimitado y la solvencia de la racionalidad, es decir, excluyendo el movimiento y la violencia de la vida humana. Sin embargo, también es cierto que ya algunos filósofos contemporáneos como Alasdair MacIntyre, adelantaban el tema de la vulnerabilidad humana que había sido soslayada precisamente por esa creencia respecto a nuestra lejanía con el plano animal e instintivo³, olvidándose que la naturaleza humana también compartía algunos elementos de la naturaleza animal. Esto, claro está, como resultado del afán moderno por separar al hombre de la naturaleza y considerarlo algo superior o finalmente distinto a ella.⁴

¹ Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Madrid, Cátedra, 1994.

² Leo Strauss, *The City and Man*, Chicago, The University of Chicago Press, 1978. pp. 139 – 140.

³ Alasdair MacIntyre, *Dependent Rational Animals, why human beings need the virtues*, Chicago, Open Court, 1999.

“...estos dos conjuntos de hechos relacionados, aquellos referidas a nuestras vulnerabilidades y aflicciones, y aquellos concernientes a la amplitud de nuestras dependencias respecto de otros son evidentemente de tan singular importancia que ninguna alusión en torno a la condición humana cuyos autores esperan alcanzar credibilidad podría haberlas omitido. Sin embargo, la historia de la filosofía moral occidental sugiere otra cosa. De Platón a Moore y desde entonces, son comunes, con algunas raras excepciones, solo algunas referencias tangenciales a la vulnerabilidad y aflicción humana y las conexiones entre ellas y nuestras dependencias sobre otros.” p.1

⁴ Ibid., p. 4-5.

Evidentemente, tal paradigma de la modernidad racionalista es hoy severamente cuestionado, por ejemplo, gracias a la crudeza de la realidad reflejada muchas veces a través de las imágenes de la televisión que exhiben la crueldad de muchos seres humanos en distintas partes del mundo⁵, así como también la violencia de la guerra y la verdad de lo que significa apreciar las ciudades en movimiento constante.

No es gratuito entonces el interés de muchos académicos en estos últimos años por esta situación llamando la atención sobre este fenómeno de la violencia y las continuas amenazas a la vida, más aun si lo asociamos con acontecimientos tan trascendentes para nosotros, por ejemplo, como fue la guerra contra el grupo terrorista Sendero Luminoso o también para otras naciones como nuestro vecino Colombia que desde 1960 se encuentra batallando una inacabable guerra contra las guerrillas marxistas y el narcotráfico o, finalmente, Estados Unidos inmerso en una guerra contra el “terror” desde los funestos acontecimientos que se produjeron en la ciudad de Nueva York durante el mes de septiembre del 2,001. En este sentido, resulta lógico y hasta natural el que surja esta inquietud por evaluar la dinámica del derecho dentro de la realidad contemporánea y entender así la complejidad del denominado estado de emergencia.

Así pues, este pequeño texto se dirige a discutir este “nuevo” concepto del derecho de emergencia y el “derecho del enemigo” – dentro del derecho penal - como una categoría distinta al enfoque liberal en el derecho y que estaría – según argumentaré - en mejores condiciones para describir y comprender esta situación y también probablemente para intervenir en ella con éxito cumpliendo así los fines últimos del derecho.⁶

El trabajo comprenderá entonces una introducción al tema de la excepción en el derecho, a partir de las tesis del realismo europeo en especial los aportes del jurista y politólogo

⁵ Ciertamente, se suele mencionar a la segunda guerra mundial como la mejor muestra de las limitaciones humanas y del fracaso del proyecto de la modernidad, Cfr. Max Horkheimer & Theodor W. Adorno, *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta, 1998 .

⁶ Si es que nos sumamos a la tesis clásica del derecho y que ahora se reactualiza por perspectivas como la “teoría de la argumentación jurídica” el derecho no es sino una técnica para la solución de problemas de orden práctico, por lo tanto lo que se esperaría sería la solución de un problema severo como sería por ejemplo una desgracia natural o una guerra civil. Sobre la visión clásica del derecho, ver Michel Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho*, II Vols., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1979. Sobre el enfoque práctico de la argumentación jurídica, ver Manuel Atienza, *Derecho y Argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997. Sin embargo, hay que destacar que los teóricos de la argumentación comparten las tesis liberales del derecho, por lo tanto estarían en una posición opuesta a la de Schmitt por ejemplo. Respecto a los fines últimos del derecho éstos no serían otros que el orden y la paz, es decir, que en tiempos de guerra el derecho no puede ser sino un medio para la realización de tal propósito. Curiosamente se podría encontrar alguna similitud entre el pensamiento de Schmitt y Hans Kelsen a pesar de todo, puesto que también la tradición positivista consideraba al derecho como un estructura que tendía hacia este fin, empero, la diferencia con Schmitt estaría en que para él, el derecho como medio solo opera en las situaciones de emergencia mas no así en una situación en reposo donde contamos con un derecho material sustentado en una serie de valores superiores (en su caso, ligados a la religión católica) . Sobre la relación entre Kelsen y Schmitt (así como también el penalista Günther Jakobs que será materia de un desarrollo ulterior) se puede ver el trabajo de Guillermo Portilla Contreras “Los Excesos del Formalismo Jurídico Neofuncionalista en el Derecho Penal” en Mutaciones del Leviatán, Guillermo Portilla Contreras (coord.) Madrid, Universidad Internacional de Andalucía / Akal, 2,005, también, David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy, Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* , Oxford, Oxford University Press 1997

alemán Carl Schmitt, para seguir luego con la propuesta del derecho penal del enemigo, del profesor de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs y finalizar con un análisis de la casuística contemporánea de la emergencia y sus debates teóricos liberales a partir de la guerra contra el terrorismo emprendida por los Estados Unidos y la manera como se podría enfrentar dicho caso.

I. EL PROBLEMA DE LA EXCEPCION.

“*dictator est qui dictat*”

Citado por Carl Schmit en *La Dictadura*

1. CARL SCHMITT Y LAS RAICES TEOLOGICAS DE LA EXCEPCION

Sin lugar a dudas la referencia inmediata, si se trata de lidiar con el problema de la excepción o estado de emergencia en el mundo político y jurídico, es el teórico político y constitucionalista alemán Carl Schmitt⁷ (1888 – 1985), quien por obvias razones resulta siendo un autor de lectura obligatoria si queremos comprender el sentido de nuestras instituciones políticas en el mundo actual ya que el académico alemán se caracterizó precisamente por apreciar la “polis” en movimiento⁸ siguiendo en este sentido una línea que siempre se manifestó en el pensamiento político occidental pero que por acción de la modernidad y el racionalismo se opacó al punto de que la obra de Schmitt parecía ser una visión novedosa que habría sido prácticamente “inventada” por el mismo y gracias a su vinculación con el nazismo⁹.

Siendo Schmitt un autor cercano al denominado decisionismo de raíz hobbesiana¹⁰, precisamente por su defensa de la soberanía política frente al relativismo planteado por el

⁷ Dicho sea de paso uno de los más importante y brillantes crítico del liberalismo. En estos momentos existe una profusa bibliografía sobre la obra y el pensamiento del Profesor Schmitt, por ejemplo, cfr. Jan – Werner Müller, *A Dangerous Mind, Carl Schmitt in Post – War European Thought*, New Haven, New Jersey, Yale University Press, 2003; Gopal Balakrishnan, *The Enemy, an intellectual portrait of Carl Schmitt*, London: Verso, 2000; Chantal Mouffe (ed), *The Challenge of Carl Schmitt*, London, Verso, 1999; William E. Scheurmann, *Carl Schmitt the End of Law*, Lanham, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 1999; David Dyzenhaus, (ed) *Law as Politics, Carl Schmitt’s critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998; John P. McCormick, *Carl Schmitt’s Critique of Liberalism, against politics as technology*, New York, Cambridge University Press, 1997. En español se destaca la obra colectiva *Carl Schmitt, su época y su pensamiento*, Buenos Aires, EUDEBA, 2000, editado por Julio Pinto y Jorge Dotti

⁸ Línea que se puede observar en Tucídides como ya mencionamos pero también en otros pensadores como Maquiavelo, Hobbes, De Maistre, Donoso Cortés y en el siglo XX junto con Schmitt, una pléyade de académicos “Realistas” como Raymond Aron, Bertrand de Jouvenel, Hans Morgenthau, Panajotis Kondylis o Gonzalo Fernández de la Mora por citar algunos.

⁹ Al respecto veremos que el discurso de la excepción es tan antiguo como la filosofía política y de hecho se pueden encontrar antecedentes también en el mundo medieval y en el mundo moderno.

Ver, Francisco Bertollini, “Antecedentes medievales del caso de excepción de Carl Schmitt” en, *Carl Schmitt su época y su pensamiento*, y en la época moderna se puede revisar, de Giorgio Agamben, *Estado de Excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editores, 2004

¹⁰ Uno de los primeros autores que en los Estados Unidos difundió el pensamiento de Schmitt lo llamó precisamente el Hobbes del siglo XX porque en un inicio Schmitt se mostraba no solamente crítico del marxismo y del positivismo sino también del nacionalsocialismo, empero, cuando Hitler toma el poder en Enero de 1933 y más concretamente cuando se le confieren poderes excepcionales, Schmitt consideró que la conducta adecuada en esa circunstancia era su obediencia a la autoridad a cambio de recibir protección, es decir, siguiendo la perspectiva Hobbesiana se intercambiaba obediencia por seguridad. Cfr. Joseph Bendersky, *Carl Schmitt. A theorist for the Reich*. Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1983. p.200.

ordenamiento liberal como se apreciaba en sus trabajos, *Teología Política*¹¹ (Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveranität, 1922); *Teoría de la Constitución*¹² (Verfassungslehre, 1928), era evidente que su discurso tendría un impacto importante en el terreno de la teoría legal como observaremos luego.

La tradición del excepcionalismo, vinculada principalmente a la Teología Política¹³, no se inicia en realidad con Schmitt, de hecho, se tendría que decir que ésta aparece con el cristianismo a través de la revelación y más específicamente con la fe en la revelación¹⁴ empezando su historia oficial con la presencia de Dios y de Satán como lo menciona el Génesis: “Dijo entonces el señor Dios a la serpiente: Por cuanto tu hiciste esto, maldita tu eres o seas entre todos los animales y bestias de la tierra; andarás arrastrando sobre tu pecho, y tierra comerás todos los días de tu vida. Yo pondré enemistades entre ti y la mujer; y entre tu raza y la descendencia suya: ella quebrantará tu cabeza, y andarás acechando su calcañar”¹⁵.

En este pasaje bíblico tenemos ya dos referencias interesantes, en primer lugar se establece la dicotomía esencial de la teología y que se sintetiza en la presencia antagónica entre Dios y el Demonio, el bien y el mal, o entre el Cristo y el Anticristo o el amigo y el enemigo¹⁶ y en segundo lugar, se advierte la primera señal de la teología política cuando se indica que la lucha ente el bien y el mal podría llegar a su fin en algún momento¹⁷, en todo caso, y volviendo al párrafo, la mujer a la que se refiere el versículo podría ser a su vez María o la misma Iglesia Católica y su descendencia Jesucristo o los fieles de la Iglesia Católica quienes derrotarían al Anticristo.

Así pues, “porque existe la revelación de Dios existirá entonces la enemistad hacia Dios” y “allí donde la revelación no despierte la fe entonces despertará la rebelión”, con estas citas de Heinrich Meier¹⁸ podemos comprender no solamente lo que representa la teología – política sino también sus efectos inmediatos. Se tratará en el fondo de representar la lucha entre Dios y Satanás quienes llevarán adelante una batalla decisionista que pensamos que terminará en algún momento con la victoria de Dios (el amigo) y la derrota de Satán (el enemigo)¹⁹.

¹¹ *Teología Política*, Buenos Aires, Struhart & Cia, 1998

¹² *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992

¹³ Evidentemente, como luego observaremos la figura de la Dictadura es anterior al cristianismo aunque su sentido verdadero se da con la revelación y la posibilidad de identificar un escenario de caos – anterior a la creación de l mundo – y posteriormente la generación de un orden a partir del acto de creación de Dios.

¹⁴ Heinrich Meier, *The Lesson of Carl Schmitt, four chapters on the distinction between Political Theology and Political Philosophy*, Chicago: Chicago University Press, 1998.p. 66.

¹⁵ Génesis 3 : 14 –15.

¹⁶ Precisamente las raíces de su famosa definición de lo político, es decir la distinción entre amigo y enemigo emana de su pensamiento teológico. Ver *Der Begriff des Politischen* , Berlin: Duncker & Humblot, 1932 , edición en español *El Concepto de lo Político* , Madrid, Alianza, 1991

¹⁷ Gopal Balakrishnan, *The Enemy, an intellectual portrait of Carl Schmitt*, p. 57. .

¹⁸ Heinrich Meier, *The Lesson of Carl Schmitt*, Ibid.

¹⁹ Ibid.,p.70.

Pero, es en otro cita bíblica donde se muestra ahora si nítidamente la naturaleza de la teología política ²⁰, esto cuando se destaca la presencia del **Katéchon** ²¹ (o sello) del que habla la segunda epístola de San Pablo a los Tesalonicenses ²² y que impediría la manifestación plena del inicuo o Anticristo. Es decir, que en el mundo el mal (anomia) tiene un freno que lo detiene y que en principio pudo haber estado encarnado por el Emperador Bizantino²³, por la Iglesia en alguna medida y finalmente por el Estado y por la política, pero que la desaparición o debilitamiento del *Katéchon* significaría también la decantación del Anticristo hasta la segunda llegada del Salvador.

Ciertamente, podríamos decir que el **Katéchon** no es otra cosa que una valla que evita que se produzca el caos y que podría ser originado, por ejemplo, por las inclinaciones egoístas de las personas que anula cualquier posibilidad de convivencia y por ende evita que los hombres alcancen el bienestar ²⁴.

Por otro lado, la representación del hombre de la iniquidad (Anticristo) es por demás sugerente pues se muestra no solo como alguien que no cree en Dios (metafísica) sino que tampoco cree en el mismo hombre ²⁵ y por eso lo condena a la esclavitud perpetua. Cristo según el relato de otro reconocido teólogo político ²⁶ como Dostoievski (La leyenda del Gran Inquisidor en *Los Hermanos Karamazov*) representa como contraparte la libertad y

²⁰ Véase que hacemos una distinción precisa entre teología y teología política, la primera sólo tiene que ver con el bien y el mal mientras que la segunda se centra en la lucha entre ambos (en un espacio) y que en algún momento culminará mas no sabemos cuando ocurrirá esto.

²¹ Palabra griega que significa (el) “que retarda” o “retrasa”. En la lectura teológica – política el **Katéchon** podría ser representado por el Estado o el Derecho y lo que realiza éste no es otra cosa que retardar la llegada de la anomia (el Anticristo)

²² Segunda Epístola de San Pablo a los Tesalonicenses, 2: 6 – 8:

“Ya sabéis vosotros la causa que ahora le detiene, hasta que sea manifestado o venga en su tiempo señalado. El hecho es que ya va obrando o formándose el misterio de la iniquidad; entretanto el que está firme ahora, manténgase, hasta que sea quitado el impedimento. Y entonces se dejará ver aquél perverso, a quien el Señor Jesús matará con el resuello o el solo aliento de su boca, y destruirá con el resplandor de su presencia.”

²³ Alexander Dugin, *The Paradigm of the End; metaphysics of annunciation*, INET, 1997. Citado por Fernando Fuenzalida Vollmar,, “Metapolítica: entre el Nomos y el Anomos” , introducción al libro de Eduardo Hernando Nieto, *Pensando Peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 24.

²⁴ A propósito es sintomático que el pensamiento conservador siempre haya considerado que las inclinaciones egoístas de los hombres sería algo perjudicial para ellos mismos por lo que podría ser recomendable frenar tales tendencias contando para ello con frenos de carácter interno (léase la moral) y frenos de carácter externo, (las instituciones). Cfr. Jerry Z. Muller, “What is Conservative Social and Political Thought?” introducción a *Conservatism, an anthology of social and political thought from David Hume to the present*, editado por Jerry Z. Muller, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1997.

²⁵ Nótese que dentro de esta descripción se pueden ubicar quienes teniendo una percepción extremadamente pesimista de la naturaleza humana consideran que la libertad es una carga y que la virtud es también imposible de alcanzar. Esta forma de pensamiento abre el camino a la filosofía política moderna y se puede encontrar en autores como Maquiavelo y Hobbes como lo señala claramente Leo Strauss. Cfr. *What is Political Philosophy? and Other Studies*, Chicago, Chicago University Press 1988. Traducción incompleta, *¿Qué es Filosofía Política?*, Madrid: Guadarrama,1970 también, *Natural Right and History*, Chicago, Chicago University Press, 1953

²⁶ Aunque Schmitt no lo viera de esta manera, ver John P. McCormick, *Carl Schmitt's critique of liberalism...* p.94.

seguir su camino significa sufrimiento pero también liberación, a diferencia del sendero propuesto por el Gran Inquisidor que es la vía fácil, la de la felicidad sin libertad ²⁷.

Sin embargo, es menester recordar que las tesis teológicas de Schmitt deben verse en concordancia con la tesis de Donoso Cortés y Proudhon quienes ya habían destacado la deuda de la política moderna con la teología²⁸, de allí que Schmitt hubiese planteado entonces la analogía entre la excepción y el milagro ²⁹. Como él indicaba, el milagro representaba en realidad el momento en el que cual se manifestaba la omnipotencia de Dios que se materializaba al operar por encima de las leyes naturales (creadas por el mismo) ³⁰. Es decir, el milagro es en concreto el momento cumbre donde Dios se hace visible,³¹ en ese sentido, si la excepción es análoga al milagro y el soberano análogo a Dios, entonces la excepción sería el momento cumbre de la política:

“el estado de excepción, pues equivale a la caducidad de un orden regular y constituye el momento político por excelencia, porque sólo en ese momento y no durante la vigencia de la regularidad del orden, se pone de manifiesto quien es el verdadero soberano, porque es él – y sólo él – el que puede decidir. De lo contrario no sería el soberano, del mismo modo como Dios no sería Dios si no pudiera neutralizar el orden regular de las causas naturales”. ³²

Cómo indica a su vez el Profesor Luis María Bandieri, en la introducción a la traducción argentina de *Teología Política*, así como el milagro era entendido como un fenómeno *extra ordinario* (*extra ordinem*) es decir, algo que se daba fuera del orden natural - aunque perteneciente al orden divino - , la excepción también aparecía como un fenómeno *extra ordinario* que se daba fuera del orden normativo pero no del orden jurídico ³³.

Es decir, gracias a que existe el estado de excepción, la soberanía puede manifestarse abiertamente, dicho de otra manera, el derecho como orden jurídico no existiría si es que éste no emana de una decisión previa, como señalaba Schmitt, “el caso excepcional transparenta de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. Vemos que en tal caso, la decisión se separa de la norma jurídica y, si se nos permite la paradoja, la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho” ³⁴.

²⁷ Nicolás Berdiaev, *El espíritu de Dostoievski*, Buenos Aires, Ediciones Carlos Lohlé, 1978, p.157. También para una magnífica lectura de la obra de Dostoievski y el problema teológico ver de Ellis Sandoz, *Political Apocalypse, a study of Dostoevsky's Grand Inquisitor*, Wilmington, ISI Books, 2000, second edition.

²⁸ Eduardo Hernando Nieto, *Pensando Peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*, p.111.

²⁹ Carl Schmitt, *Teología Política*,...p.54

Así Schmitt señala que: “todos los conceptos de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados no sólo por su desarrollo histórico – en el cual ellos fueron transferidos de la teología a la teoría del Estado, deviniendo el Dios omnipotente en el legislador omnipotente – sino también por su estructura sistemática, cuyo reconocimiento es necesario para una consideración sociológica de tales conceptos” *Teología Política*, op.cit., p. 54.

³⁰ Francisco Bertollini, “Antecedentes medievales del caso de excepción de Carl Schmitt” en, *Carl Schmitt su época y su pensamiento*, p.33.

³¹ Como afirma Schmitt al inicio de *Teología Política*, “soberano es aquel que decide sobre la Excepción”. p. 15

³² Francisco Bertollini , op.cit., p. 34.

³³ Luis María Bandieri, Introducción a *Teología Política*,...p.7.

³⁴ Carl Schmitt, *Teología Política*,...p.25.

Precisamente, siguiendo esta lectura respecto a los antecedentes cristianos y medievales de la excepción hallaríamos por ejemplo el caso del monje agustino Egidio Romano quien durante el siglo XIV publicó el tratado *De eclesiástica potestate*³⁵, (sobre el poder eclesiástico) en donde destacaba la capacidad que tenía el soberano de decidir sin ningún tipo de restricción en el estado de excepción, esto sin embargo había que contextualizarlo dentro de lo que significaron las disputas entre Felipe el Hermoso y el clero francés y el papado, en el que textos como el de Egidio sostenían la defensa de la *plenitudo potestatis* (suma del poder total) para el Papa³⁶ a fin de subordinar la autoridad política a la papal.

Pero, para lograr la manifestación total del poder papal, decía Egidio, era necesario plantear la analogía entre la teología y la política.

“Aunque normalmente Dios permite que las causas segundas actúen según sus propias leyes, el prototipo del poder de Dios no está en su accionar natural, sino en el milagro, máxima expresión de la omnipotencia divina. El milagro es un accionar de Dios sobre el mundo que neutraliza la acción de las causas segundas. En este caso, Dios produce directa e inmediatamente un efecto sin recurso a otra causa que no provenga del carácter absoluto de su poder. Por ello el milagro constituye el momento de manifestación más plena de la totalidad del poder de Dios”³⁷

El principio de la teología política entonces se manifestará en la presencia del orden y del desorden que coexisten en una forma de relación de opuestos o contrarios pero que sin embargo no generan caos (*complexio oppositorum*)³⁸. El mal, por su parte, es visto en términos de peligro antes que en la forma de brutalidad o de salvajismo que sería más bien la lectura pesimista extrema del protestantismo o de algunos pensadores conservadores³⁹, en realidad Schmitt se aleja de las posiciones que toman a la ligera el problema del mal como también de aquellos que lo toman de un modo radical (es decir, demasiado en serio)⁴⁰. Evidentemente, en caso de que Schmitt y su teología política admitiesen la condición pecadora de todos los hombres en el sentido de decir que todos serían malos entonces

³⁵ Aegidius Romanus, *De eclesiástica potestae*, Richard Scholz, Aelen, 1961, citado por Francisco Bertollini, Ibid.

³⁶ Ibid., pp. 34 – 35

³⁷ Ibid., p.41

³⁸ Schmitt entiende que esta “extraña” relación de opuestos puede ser vista dentro de la historia de la Iglesia Católica que reflejaría el modo de actuar de la teología política. Por ejemplo, se puede comprobar como la Iglesia Católica ha acogido en su seno figuras contrarias como el diplomático y pensador reaccionario español Donoso Cortés y el activista sindical irlandés Padraic Pearse o como la Iglesia logró incorporar también cultos paganos. Cfr. *Römischer Katholizismus und Politische Form*, Hellerau, Jakob Hegner, 1923. En este trabajo empleamos la edición en inglés: *Roman Catholicism and Political Form*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1996. Trad. G.L. Ulmen. p.7.

³⁹ Básicamente Joseph de Maistre y Juan Donoso Cortés quienes sin embargo, pueden ser ubicados dentro de una tradición muy próxima a la schmittiana. Ver Eduardo Hernando Nieto, *Pensando Peligrosamente*, Ob.cit., pp. 75 – 123. Para una lectura schmittiana del diplomático español del siglo XIX, ver, Carl Schmitt, “Donoso Cortés in Berlin, 1849” (1927) y “Der unbekannt Donoso Cortés” (1929) en: *Positionen und Begriffe*, Duncker & Humblot, Berlin, 1940 y también *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation: Vier Aufsätze*, Köln, Greven, 1950. Traducción al español, *Interpretación Europea de Donoso Cortés*, Madrid, Rialp, 1963.

⁴⁰ Robert Howse, “From Legitimacy to Dictatorship – And Back again, Leo Strauss’s Critique of the Anti – Liberalism” en: *Law as Politics, Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, David Dyzenhaus (ed.), p. 64.

caería en algunos absurdos como sería por ejemplo el hecho de que nadie tendría capacidad de gobernar (a menos que siguiese la línea hobbesiana en donde quien gobernaría sería un ser artificial) o si es el caso que todos fuesen buenos entonces todos deberían de gobernar al estilo de la voluntad general rosseauiana ⁴¹. Así pues, como ya lo hemos indicado la teología política no puede asumir como total la depravación humana pues advierte más bien sobre la naturaleza herida y débil de la humanidad ⁴² pero que permitiría también el establecimiento de una graduación y de adaptaciones ⁴³.

La propuesta de Schmitt que viene a ser conocida como una forma de decisionismo político ⁴⁴ en principio se contextualiza dentro de una crítica al modelo racional – legal elaborado por Hans Kelsen y su propuesta de hacer del derecho una ciencia jurídica en todo el sentido de la palabra ⁴⁵, al mismo, *El Concepto de lo Político* se convierte en uno de sus trabajos más crípticos y enfáticos en relación a la posición contra el liberalismo ⁴⁶ que precisamente escamotea cualquier forma de decisión ⁴⁷ sino que muestra nítidamente la

⁴¹ Ibid.

⁴² Al respecto dice Schmitt: “Porque el dogma tridentino del pecado original no es simple ni radical. A diferencia de la concepción luterana, no habla de abyección, sino solamente de desfiguración, enturbamiento y vulneración, mas admitiendo enteramente la posibilidad de lo naturalmente bueno”. Carl Schmitt, *Interpretación Europea de Donoso Cortés*...p.79. También en *Teología Política*, p.79. Resulta importante aquí ver como la teología –política marca sus distancias del cristianismo luterano que se ubicará más bien en proximidades del positivismo y la filosofía kantiana.

⁴³ Carl Schmitt, *Roman Catholicism and Political Form*..., p. 8.

⁴⁴ George Schwab, *The Challenge of the Exception, an introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 & 1936*, 2nd. Edition, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1989 p. 44. Por cierto, que este texto fue pionero en la introducción del pensamiento schmittiano en el contexto académico norteamericano.

⁴⁵ La naturaleza de la disputa parte del hecho de que para Schmitt no puede haber la idea de reglas impersonales o de una “Norma Fundante” que aparece de la nada y también de que la organización política de la democracia liberal en Weimar carece de legitimidad real para poder constituirse como “voluntad del pueblo”, en contraposición Kelsen consideraba que las reglas debían de estar libres de cualquier contaminación valorativa constituyendo solamente un sistema normativo neutral que organice una sociedad democrática.

Para una discusión sobre las tesis de Schmitt y Kelsen ver: Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law, The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham, Duke University Press, 1997, pp. 85 –119. También, el ya citado texto de David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy, Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, caps. 2 y 3, y William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception, The Frankfurt School and the Rule of Law*, Cambridge, Mass, The MIT Press, 1997.

⁴⁶ Robert Howse, ob.cit.,p.60.

⁴⁷ Quizá la más clara muestra de la indiferencia liberal por la decisión la encontremos en el recordado pasaje del diplomático y político español del siglo XIX Don Juan Donoso Cortés, Marqués de Valdegamas en el que describe crudamente la naturaleza del pensamiento liberal y que seguramente fue extremadamente inspirador para Schmitt:

“ De todas estas escuelas esta es la más estéril; porque es la menos docta y la más egoísta. Como se ve nada sabe de la naturaleza del mal ni del bien: apenas tiene noticias de Dios, y no tiene ninguna del hombre. Impotente para el bien, porque carece de toda afirmación dogmática, y para el mal porque le causa horror toda negación intrépida y absoluta, está condenada sin saberlo, a ir a dar con el bajel que lleva su fortuna al puerto católico o a los escollos del socialistas. Esta escuela no domina sino cuando la sociedad desfallece, el periodo de su dominación es aquel transitorio y fugitivo en el que el mundo no sabe si irse con Barrabás o con Jesús, y está suspenso entre una afirmación dogmática y una negación suprema..”

Juan Donoso Cortés, “Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo” en *Obras Completas*, Vol IV. Madrid: Imprenta de Tejado Editor, 1854. pp. 154 –155.

presencia de la incertidumbre y del peligro que pone en riesgo la supervivencia del Estado y la propia creación.

Volviendo al tema de la excepción schmittiana, debemos de tener en claro que la excepción en términos políticos no es ni anarquista ni tampoco nihilista, busca como dijimos proteger el Estado y la estabilidad del orden social y por lo tanto no puede pensarse que la excepción sea igual al caos o la anarquía, y, si la excepción carece de reglas el modo adecuado como se enfrenta la excepción debe fundarse en el empleo de la prudencia⁴⁸. Schmitt considera además que la excepción es más importante que la regla en la medida que la determina y que precisamente ella se muestra claramente frente a la rutina de lo general o cotidiano⁴⁹ esto no significa tampoco que considere que la excepción se manifieste de manera continua pues de ser así la excepcionalidad se convertiría en lo normal⁵⁰. Evidentemente, no habría nunca una norma aplicable al caos⁵¹ por lo que en último término se dependería siempre de una decisión.

El modo como se combate la excepción recae como ya se puede deducir en la soberanía -y el soberano - en el fondo ésta existe porque el mundo es peligroso e inseguro - desde la caída - como la revelación da cuenta de ello y además nosotros lo podemos constatar también de manera empírica en el mundo político. Por ellos, la soberanía representa como vimos la imagen del *Katéchon*⁵² que establece de manera artificial un orden relativamente seguro⁵³ (léase el Estado) en la medida que el mal no desaparece sino que solo se modera o contiene⁵⁴. En todo caso, lo que si vale la pena subrayar es que esta decisión no aparece

⁴⁸ Paul Hirst, “Carl Schmitt’s Decisionism”, p.12 en: Chantal Mouffe (ed.) *The Challenge of Carl Schmitt*, London, Verso 1,999.

⁴⁹ Carl Schmitt, *Teología Política*,...p. 27

⁵⁰ Ibid.

Evidentemente si esto no fuera así entonces tendríamos que Schmitt estaría apoyando la guerra y el conflicto permanente al mismo tiempo esta tesis sería contraria al pensamiento teológico - político que no tiene la lectura extremo pesimista de algunas otras perspectivas como el luteranismo ya mencionado.

⁵¹ Op.cit., p.25.

⁵² Para un desarrollo más amplio de esta temática y su relación con el derecho se puede ver mi texto, Eduardo Hernando Nieto, “ Teología Política y el Problema de la Línea”, en; *Empresas Políticas*, Año III, N° 4, 1 er, Semestre 2,004, Revista editada por la Sociedad de Estudios Políticos de la Región de Murcia, España.

⁵³ Aquí se observa la deuda que tiene Schmitt de pensadores decisionistas como el ya citado Donoso Cortés pero también en autores como Bodin y Hobbes: “Punto de partida de la construcción del Estado en Hobbes es el miedo del estado de naturaleza: su meta y objetivo, la seguridad del estado civil político..” Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag eines politischen Symboles* Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1938. En español, *El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomás Hobbes*, Buenos Aires: Struhart, 1990, p. 29. También en *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedanken bis zum proletarischen Klassenkampf*, Leipzig, Duncker & Humblot,1921. En español, *La Dictadura, desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Alianza, 1985.

⁵⁴ “La auténtica cristiandad fue anti - utópica porque no prometía la justicia en este mundo. El salvador cristiano no fue un dador de leyes sino simplemente aquél que deroga las antiguas”.

Bopal Balakrishnan. Ob.cit. p.223.

Con esto también Schmitt queda libre de toda la serie de acusaciones de las que es objeto y donde se le tilda de ser un propagandista de ideas totalitarias o fascistas como lo quieren pintar algunos académicos liberales y socialistas, uno de los más conocidos es sin duda el profesor de la Universidad de New York (NYU)

del vacío sino como un acto dentro de un orden concreto que se encuentra más bien alterado⁵⁵. El soberano schmittiano no es exactamente análogo al Dios que crea el mundo *ex nihilo* sino simplemente el hombre que siguiendo la voluntad de Dios actúa – generando mandatos imperativos - en un orden que aunque conmocionado existe y se trata de evitar su disolución.

Finalmente, la tradición de la teología – política de Schmitt y la decisión del soberano nos ubicará dentro de una mirada muy crítica respecto al pensamiento liberal que se caracterizará por derivar siempre la política a un plano discursivo o deliberativo sin llegar alcanzar una decisión final⁵⁶, esta deliberación que era típica del liberalismo y su famosa “clase discutidora”⁵⁷ - como la llamaba Donoso - se había originado por la indiferencia del liberalismo hacia el bien y el mal y a la voluntad de Dios que era neutralizado por el gobierno de las leyes. El liberalismo entonces discutía o pretendía negociar cualquier asunto político o disolvía también cualquier verdad de un orden metafísico⁵⁸. Digamos pues que si bien se seguía hablando de la política o de Dios o inclusive del Rey todos en realidad quedaban despojados de poder y de significado, esta era la naturaleza del discurso liberal que trasladado al campo del derecho producirá un sistema jurídica incapaz de comprender la dimensión real de la excepción.

2. LA EXCEPCION DENTRO DE LA TEORIA LEGAL

Tras habernos aproximado a la dimensión teológica política de la excepción pasemos ahora a ver lo que significa este discurso dentro del campo de la Teoría Legal, en este caso desde la teoría legal anglosajona⁵⁹. Por ejemplo, podríamos comenzar recordando la conocida polémica entre el discrecionalismo del iuspositivismo de H.L.A Hart⁶⁰ resultado de la existencia en el derecho de una zona de penumbra o de oscuridad en la cual los jueces pueden apelar a sus propios valores para resolver el problema, y las tesis del profesor Ronald Dworkin quien no consideraba que los jueces pudiesen actuar según su voluntad en las zonas oscuras sino más bien apelando a los principios que se hallaban inmersos en las mismas reglas.⁶¹

Stephen Holmes, Cfr. *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1993, pp. 37 –60.

⁵⁵ Cfr. Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denken*, Hamburg, Hanseatische Verlangsanstalt, 1934. Edición en español, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996.

⁵⁶ Carl Schmitt, *Teología Política...*p.86.

⁵⁷ Ibid. p.85

⁵⁸ Ibid.,p.86.

⁵⁹ Últimamente interesada en el pensamiento schmittiano como lo atestigua la cantidad de trabajos sobre Schmitt que empleamos en nuestro texto.

⁶⁰ H.L.A Hart, “Positivism and the separation of law and morals” en: H.L.A Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 62 – 72; también, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961; pp.120 – 150.

⁶¹ Ronald Dworkin, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984

En realidad para Dworkin, el derecho podría ser similar a un juego de Ajedrez, donde encontramos reglas que nos dicen como mover las fichas pero en casos particulares (por ejemplo un jugador que hostiliza al otro sacándole la lengua) el mismo juego podría resolver estos problemas apelando a los principios y sentidos del juego a pesar de que no existan reglas aplicables al caso. Cfr. Hilaire McCoubrey & Nigel D. White, *Textbook on Jurisprudence*, London, Blackstone Press Limited, 1996.p160.

Siguiendo, la tesis de Dworkin la solución de todo caso difícil⁶² se resolvería siempre aplicando un principio aunque en este caso Hart podría replicar que en tal situación igualmente el juez discrecionalmente señalaría que principio sería el que se usaría por lo que seguiría vigente la tesis de la discrecionalidad ⁶³.

De acuerdo entonces a la tesis del profesor H.L.A Hart el derecho se manifestaba usualmente como una textura abierta que significaba que habían áreas de conducta que tenían que ser desarrolladas por los tribunales y en los que tenían que hacerse un balance entre los intereses en disputa y las circunstancias ⁶⁴.

En este sentido, se podría considerar la zona de penumbra de Hart como una suerte de mini estado de emergencia ⁶⁵ para una teoría positivista, sin embargo, según la tesis Hartiana así como existe la zona de penumbra también hay una zona clara que podría ser empleada para resolver los problemas alrededor de la zona de penumbra⁶⁶. No obstante, los críticos de Hart podrían afirmar que no era tan clara la separación entre claridad y penumbra. ⁶⁷ A su vez, la tesis de Dworkin no podría resolver el vacío de la penumbra porque en el fondo no existiría mucho consenso respecto a los principios y su contenido ⁶⁸.

Evidentemente, estos problemas nos indicarían por un lado las limitaciones de los modelos anglosajones para lidiar con la realidad de la emergencia (zona de penumbra) pero también nos mostrarían la vigencia y universalidad de dicho problema, reconociendo además la relevancia de su solución. Así como en el mundo anglosajón se decanta esta tensión, en Alemania durante la época de Weimar se desarrolló una situación semejante en la que encontrábamos por un lado la solución positivista (liberal) defendida por Kelsen y la visión decisionista de Schmitt.

Ciertamente, la situación de Weimar fue mucho más compleja que la suscitada en el contexto anglosajón ⁶⁹. Nos encontrábamos en un escenario en el cual había una enorme crisis y fragmentación social como resultado de la derrota en la primera guerra mundial y el retorno de los excombatientes quienes se enfrentaban de manera violenta a los grupos radicales de izquierda que anhelaban la implantación de un Estado comunista en Alemania

⁶² Se entiende por caso difícil cuando por ejemplo la aplicabilidad de una norma resulta discutible teniéndose que elegir entre dos o más opciones, también si se trata de un caso que involucra una dimensión moral, política o económica. Cfr. Marina Gascón y Alfonso J. García Figueroa, *La Argumentación en el Derecho, algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra, 2,003, p.123.

⁶³ H.L.A Hart, "Positivism and the separation of law and morals". Citado por David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*,...p. 7.

⁶⁴ H.L.A Hart, *The Concept of Law*, p.132.

⁶⁵ David Dyzenhaus, "Why Carl Schmitt?" en Introducción a *Law as Politics, Carl Schmitt's critique of Liberalism*, p. 12. Mini Estado porque junto con la zona de penumbra hay una zona de luminosidad que permite limitar la discrecionalidad.

⁶⁶ H.L.A Hart, *The Concept of Law*, p.133

En realidad la tesis de Hart no podría dejar todo en manos de la discrecionalidad judicial porque sino se dejaría de estar dentro de un teoría del derecho positivista. Cfr. Hilaire McCoubrey & Nigel D. White, *Textbook on Jurisprudence*, London, Blackstone Press Limited, 1996, p.47.

⁶⁷ David Dyzenhaus, *Ibid*.

⁶⁸ *Ibid*.

⁶⁹ Para esta parte contamos básicamente con los textos ya citados de David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy* y el de Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*.

como resultado de la revolución mundial propugnaba por estos activistas políticos, pero, si a esto le sumábamos la crisis económica entonces teníamos un escenario extremadamente complicado, un cocktail tremendamente explosivo. A su vez, se contaba ya con una Constitución que desde el 11 de Agosto de 1919 había incluido por primera vez en Alemania el principio de la soberanía popular tratándose de una democracia parlamentaria con fuertes componentes federalistas y de derechos básicos.

En este marco jurídico que imperaba en ese contexto el famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar confería al presidente del Reich a declarar el estado de excepción, aunque bajo el control del Parlamento (Reichstag), es decir, el poder recurrir a la fuerza de las armas para asegurar el cumplimiento de una norma o para restaurar “la seguridad y el orden público”, teniendo ocasión en este último caso de suspender ciertos derechos individuales. Como se comentaba, esta norma trataba de lograr cierto balance entre el Reichstag y el presidente, así mientras el presidente podía enfrentar de manera inmediata los peligros que acechaban a la República, el Reichstag, por su parte, podría limitar las acciones presidenciales ⁷⁰.

Sin embargo, como acotaba Schmitt:

“Esta reglamentación responde a la práctica del Estado de derecho y a su desenvolvimiento, donde, mediante la división de las competencias y su control recíproco, se procura aplazar lo más posible el problema de la soberanía. A esta tendencia responden las reglas que fijan el supuesto del ejercicio de las facultades excepcionales, mas no el contenido del artículo 48, que otorga realmente plenos poderes, en tal manera, que si se pudiesen ejercer sin control alguno, equivaldría a haber otorgado la soberanía. Del mismo modo que el artículo 14 de la Charte de 1815 hacia al monarca verdadero soberano. Si los Estados miembros, según la interpretación usual del artículo 48, no poseen ya la facultad de declarar por sí el estado de excepción, no son Estados. El artículo 48 es la clave para resolver el problema de si los territorios alemanes son o no son Estados.” ⁷¹

Pero, igualmente es posible advertir - como anota recientemente el filósofo italiano Giorgio Agamben ⁷² -, que las referencias al estado de excepción en la época moderna - y mucho antes que Weimar - se pueden encontrar por ejemplo en la doctrina francesa en el decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811 que permitía la declaración de un estado de excepción al emperador aunque para ser más precisos el estado de sitio se origina más atrás, en el decreto del 8 de Julio de 1791 de la Asamblea Constituyente francesa que diferenciaba “estado de paz” (état de paix), - en donde cada autoridad (civil y militar) actuaba en su propio espacio - , “estado de guerra” (état de guerre), - en donde la autoridad civil tenía que operar en coordinación con la autoridad militar - y finalmente el “estado de sitio” (état de siege),- en donde la autoridad civil queda subordinada totalmente al comando militar- ⁷³.

⁷⁰ Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, (...) p. 68

⁷¹ Carl Schmitt, *Teología Política*, (...) pp. 22 - 23. La reflexión final de este párrafo se refieren a los problemas que surgieron entorno a la soberanía que reclamaban los Estados (Länders) frente al Gobierno Central. Más adelante volveremos sobre este punto.

⁷² Quien intenta teorizar entorno al estado de excepción en su ya clásico texto *Estado de Excepción*

⁷³ Giorgio Agamben, *Estado de Excepción*, pp. 28 - 29

“Importa mucho no confundir el estado de sitio ficticio, aplicado a una ciudad abierta o a un territorio en tiempo de paz, con el estado de sitio real, situación creada por la necesidad de la defensa marcial a una plaza

Así mismo, añadía Agamben, el concepto de “plenitudo potestatis” o “plenos poderes” con el que podía identificarse al estado de excepción se manifestaba concretamente en la capacidad que tenía ahora el ejecutivo para generar decretos con fuerza de ley. En este sentido, “el estado de excepción implica un retorno a un estado original pleromático en el cual la distinción entre los diversos poderes (legislativo, ejecutivo, etcétera) no se han producido todavía. Como veremos, el estado de excepción constituye antes bien un estado kenomático, un vacío de derecho; la idea de una indistinción y plenitud originaria del poder debe ser considerada como un mitologema jurídico, análogo a la idea de un estado de naturaleza...”⁷⁴ .

Efectivamente, la interrogante respecto a la forma como la República, la Monarquía o el Estado deberían lidiar con problemas como por ejemplo la guerra, la rebelión o una gran crisis económica por ejemplo ha inquietado a muchos académicos y obviamente políticos quienes se interrogaban respecto a la manera de enfrentar tamaña crisis , “Debe un gobierno de necesidad ser suficientemente estricto con las libertades de su pueblo o bastante débil para mantener su propia existencia? , se preguntaba Abraham Lincoln, en 1861 al inicio de la guerra civil en los Estados Unidos y en frente de una situación obviamente de emergencia ⁷⁵, en otro contexto esta misma pregunta podría ser planteada de la siguiente manera, ¿Podría una democracia pelear con éxito una guerra total y mantenerse aun como una democracia al fin de la contienda?. Tales interrogantes sugeridas por el profesor norteamericano Clinton Rossiter ⁷⁶, serían respondidas a través de su propuesta de la “dictadura constitucional”, asumiendo el concepto de constitución similar al planteado por Carl Schmitt ⁷⁷ .

Así pues, dentro de un periodo de crisis, el régimen constituyente tiene que ser alterado al requerirse un mayor poder para enfrentar y superar el peligro convirtiéndose en una dictadura singular que tendría no otro propósito que el de “preservar la independencia del

de guerra o puesto militar. En las plazas de guerra y puestos militares la declaración del estado de guerra puede ser hecha por el comandante militar en caso de invasión, de ataque a viva fuerza, se sedición interior, y cuando se han formado grupos armados de cierta importancia en un radio de diez kilómetros...El estado de sitio puede ser declarado en ciudades abiertas y territorios no sometidos a régimen militar permanente . Se trata entonces de un estado de guerra ficticio, procedimientos al que se recurre en circunstancias excepcionales. (Ley de 3 de Abril de 1878)” Cfr. León Duguit, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Francisco Beltran, Librería Española y Extranjera, 1921, pp. 215 – 216.

⁷⁴ Ibid., pp. 30 – 31. Evidentemente, con esta idea Agamben consideraría imposible cualquier forma de dictadura constitucional ya que para el toda dictadura sería por si misma soberana y proporcionándole al dictador total discrecionalidad.

⁷⁵ Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship, crisis government in the Modern Democracies*, New Brunswick & London, Transaction Publishers, 2,002, p.3.

⁷⁶ Ibid. Precisamente la intención del profesor Rossiter a fines de los años cuarenta cuando publica su libro sobre la “dictadura constitucional” era demostrar la posibilidad de responder afirmativamente a la pregunta planteada por el mismo, dando como ejemplo el propio caso de los Estados Unidos tras la segunda guerra mundial, en la que desarrolló – según Rossiter – un régimen de emergencia pero sin violentar abiertamente los derechos fundamentales a través de la denominada “dictadura constitucional”, a pesar de lo contradictorio que pudiera ser hoy el referirse a este concepto.

⁷⁷ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, vale decir, una constitución como la manifestación de la unidad política de una comunidad, por la tanto sería la expresión de la voluntad o poder constituyente. En este sentido, el concepto de dictadura constitucional sería el de un régimen político particular.

Estado, el mantenimiento del orden constitucional y la defensa de las libertades sociales y políticas de la gente”⁷⁸. Sin embargo, tal régimen debería orientarse exclusivamente a cumplir con el propósito de neutralizar el peligro convirtiéndose en realidad en una suerte de dictadura comisarial en los términos de Schmitt que aquí seguía el desarrollo de tal institución desde el mundo romano hasta los inicios de la modernidad:

“ El dictador tenía tan solo una comisión como conducir la guerra, reprimir una rebelión, reformar el Estado o instituir una nueva organización de los poderes públicos. También los decenviros, los diez comisarios, como los llama Bodino, tenían la plenipotencia absoluta para implantar una nueva Constitución, y mientras duraba su actividad eran suspendidas las demás autoridades, pero no pueden ser calificados de soberanos, ya que su poder se extinguía con la ejecución de su comisión. Este era el caso del Dictador”⁷⁹

Como sostenía Schmitt, la dictadura era un concepto ya presente en los tratadistas del humanismo quienes la habían descubierto en la historia de Roma, apareciendo ésta como un gran invento de la República Romana siendo el dictador un magistrado que surgió tras el fin de la monarquía para poder lidiar con los problemas graves requiriendo como se dice un “imperium” fuerte⁸⁰.

“El dictador, que era nombrado por el cónsul a solicitud del Senado, tiene el cometido de eliminar la situación peligrosa que ha motivado su nombramiento, o sea, hacer la guerra (*dictadura rei gerendae*) o reprimir una rebelión interna (*dictadura seditionis sedandae*); más tarde también se le encomendaron pormenores especiales, como la celebración de una asamblea popular (*comitiorum habendorum*), clavar un clavo, que por motivos religiosos tenía que ser clavado por el *praetor maximus* (clavi figendi), la dirección de una investigación, la fijación de días festivos, etcétera. El dictador era nombrado por seis meses, pero antes del transcurso de este plazo resignaba su dignidad, al menos con arreglo al loable uso de los viejos tiempos republicanos.”⁸¹

Sin embargo, las ideas de la modernidad como por ejemplo la noción de soberanía popular darían nacimiento a una nueva forma de democracia, denominada democracia soberana que partía del hecho de que la misma gente podía constituir libremente su propia forma de gobierno (poder constituyente):

“En el siglo XVIII aparece por primera vez en la historia del occidente cristiano, un concepto de dictadura, según el cual el dictador permanece en realidad comisario, pero que, a consecuencia de la peculiaridad no del poder constituido, sino del poder constituyente del pueblo, es un comisario inmediato del pueblo, un dictador que dicta incluso a su comitante, sin dejarse de legitimarse por él”⁸².

En este sentido, se podría distinguir claramente que esta forma de dictadura se planteaba de manera semejante a la creación “ex nihilo” en la teología cristiana en donde de la nada se creaba una realidad, en este caso, un régimen político totalmente nuevo y que respondía a la voluntad del pueblo (Vos populi, vos dei), siendo el soberano un comisario ya no del poder

⁷⁸ Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship, crisis government in the Modern Democracies*, p.7.

⁷⁹ Carl Schmitt, *La Dictadura, desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Alianza, 1985, p. 58.

⁸⁰ Ibid., p.33

⁸¹ Ibid, pp. 33 – 34

⁸² Ibid., p. 29.

constituido sino del poder constituyente. Ejemplos históricos de este modelo lo encontraríamos en la revolución francesa (a través de los textos de Mably y Sièyes) y en el caso de la revolución bolchevique en la que se afirmaba el concepto de Dictadura del Proletariado ⁸³.

Ciertamente, en su texto “ La Dictadura” se advertiría una clara simpatía por la dictadura comisarial que serviría como hemos visto para lograr mantener el orden jurídico en su dimensión esencial (Dictadura como Katéchon) aun cuando se contravenga el orden normativo. Sin embargo, la afirmación de “Teología Política” de que “soberano es aquél que define el estado de excepción” parecería que la realidad en ese momento obligaría a pasar a una dictadura soberana, en la medida que el orden jurídico (de la República de Weimar) había ya colapsado y probablemente los tiempos exigían una nueva forma de gobierno acorde con las circunstancias.

El orden político liberal había sido corrompido por la ciencia y la tecnología y esto había limitado al máximo la posibilidad de generar una legitimidad por lo que podría ser necesaria la incorporación de un liderazgo carismático a fin de restaurar la legitimidad ⁸⁴.

En realidad, como sostenía el profesor MacCormick, detrás de este giro, se podían percibir dos hechos concretos, por un lado, la presencia de la famosa “jaula de hierro” weberiana que caracterizaba a la dominación legal – racional ⁸⁵, y que impedía que se pudiese manifestar la soberanía del Estado, en medio de una enmarañada y paquidérmica burocracia y una abierta y mecánica competencia entre los poderes ejecutivos y legislativos (división de poderes) que lo único que hacían era paralizar la decisión política (la excepción). Es decir, que la racionalidad moderna lo que producía era la paralización del Estado dejándolo a merced de las múltiples fuerzas en disputa.

Pero, junto con este problema, se veía que iba creciendo una gran amenaza para el Reich que provenía de una dictadura soberana que se iba gestando en la Unión Soviética y que obligaba a Alemania a convertirse también en una Dictadura semejante aunque no igual pues el modelo Soviético apelaba a una abstracta “clase proletaria” algo diferente al “Volksgemeinschaft” alemán encarnado en el Führer convertido en el Guardián de la Constitución ⁸⁶. En síntesis, la exigencia de la dictadura soberana se hacía inevitable pues se estaba jugando la supervivencia del pueblo alemán.

⁸³ Como diría Schmitt, quizá los comunistas a diferencias de los liberales si serían conscientes de la existencia de la Dictadura. Cfr. John P. MacCormick, “The Dilemmas of Dictatorship. Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers” en: *Law as Politics Carl Schmitt critique of Liberalism* ... p.219. Por cierto, este profesor es el que afirma el apego de Schmitt hacia la dictadura soberana que se da en *Teología Política* a diferencia de lo que había sostenido en la *Dictadura* donde abogaba por una dictadura comisarial.

⁸⁴ Aquí la obra de Schmitt estaría influenciado por la noción de dominación carismática desarrollada por Max Weber, igualmente, este texto de Schmitt apareció en una colección dedicada al maestro Weber. Ibid., p.225.

⁸⁵ En donde el paradigma del Estado de derecho es su lógica consecuencia. Un Estado constituido como un sistema de normas impersonales y generales que son consideradas como un medio para alcanzar la paz y el orden pero sin ningún contenido. La existencia de un contenido sería esencial para proporcionar propósitos y sentidos a la vida de las personas lo cual contribuiría a su legitimidad. Cfr. Wolfgang Mommsen, *Max Weber and German Politics, 1890 – 1920*, Chicago, Chicago University Press, 1984.

⁸⁶ Carl Schmitt, *La Defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1998

II. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

“El Derecho penal de enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos,
El Derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad”
Günther Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*.

Desde que en el año de 1985 el profesor de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs, introdujera el concepto de *derecho penal del enemigo*⁸⁷, hasta su reactualización a partir de los atentados a las Torres Gemelas en septiembre del 2,001⁸⁸, la discusión en torno al polémico concepto ha ido creciendo de manera abrumadora.

Y, a pesar de que el profesor de la Universidad de Bonn siempre ha enfatizado el hecho que su conceptualización es simplemente resultado de su análisis de la realidad en la que se advierte también un crecimiento en la criminalización de distintas conductas además del incremento de las penas⁸⁹, no han faltado – como era de esperarse – las voces discrepantes que han acusando al profesor de Bonn como el defensor de un derecho penal antiliberal⁹⁰.

Pero, ¿qué implica realmente el derecho penal del enemigo?. En primer lugar hay que definir el concepto del enemigo. Como el mismo profesor Jakobs lo señala, el concepto de enemigo no es una novedad dentro de la historia del pensamiento jurídico y político de occidente ya que por ejemplo dentro de las teorías contractualistas de los siglos XVII y XVIII se consideraba que si es que alguien infringía el contrato social se apartaba del

⁸⁷ Esto durante una jornada de penalistas alemanes en la que el profesor Jakobs presentó la ponencia “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtgutverletzung” (Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico) . Cfr. Miguel Polaino – Orts, *Derecho penal del enemigo, desmitificación de un concepto*, Lima, Grijley, 2,006. p. 27.

⁸⁸ Ibid., p.36.

⁸⁹ “Las características principales de la política criminal practicada en los últimos años pueden resumirse en el concepto de la “expansión” del Derecho penal. En efecto, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución actual de las legislaciones penales del “mundo occidental” está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.” Manuel Cancio Meliá, “¿Derecho Penal del Enemigo?” en: Günther Jakobs / Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas, 2,003. pp. 62 –64. También, Bern Müssig, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal, sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2,001, p. 13.

⁹⁰ Por ejemplo en Alemania tenemos el caso del Profesor B. Schünemann, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende” en, GA , Goldtdammers Archiv, 2001; en España, Francisco Muñoz Conde, “El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado “derecho Penal del Enemigo” y Guillermo Portilla Contreras , “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal” ambos textos se pueden encontrar en: *Mutaciones del Leviatán, Legitimación de los nuevos modelos penales*, Guillermo Portilla Contreras (coord.) Madrid, Universidad Internacional de Andalucía / Akal, 2,005 . . El mismo discípulo de Jakobs, el profesor Cancio Meliá también desarrolla algunas críticas sobre la obra de su maestro en “¿Derecho Penal del Enemigo?”.

Estado hallándose en guerra contra él ⁹¹. Esta tesis podía ser apreciada en autores como Rousseau, Hobbes o Fichte. Pero, lo que podía llamar la atención era que según el profesor alemán podía también incluirse en esta lista a uno de los filósofos más ligados al pensamiento liberal como lo fue Kant quien sorprendentemente en una nota a pie de página de su opúsculo *Sobre la Paz Perpetua* señalaba lo siguiente:

“Si se acepta comúnmente que uno puede hostilizar a otro sólo si éste me ha lesionado ya de hecho y se considera asimismo correcto cuando ambos viven en un estado civil legal. Pues por el hecho de haber ingresado en este estado uno le proporciona al otro la seguridad necesaria (a través de la autoridad que posee poder sobre ambos) . – Pero un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de esta seguridad y me está lesionando ya, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (facto) ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado (statu iniusto), que es una constante amenaza para mí. Yo puedo obligarle a entrar en un estado social – legal o a apartarse de mi lado” ⁹²

Sin embargo, es verdad que el concepto de enemigo en realidad se hizo popular como hemos visto anteriormente a partir del aporte del profesor Carl Schmitt quien en su citado libro *El Concepto de lo Político* definió precisamente lo político en términos de la distinción del amigo y el enemigo ⁹³. El concepto de enemigo para Schmitt entonces se establecía en función a un sentido existencial y concreto en el que un grupo humano se oponía o amenazaba abiertamente (públicamente) a otro colectivo. Por lo tanto, para Schmitt el enemigo siempre era el enemigo público (*hostis*) y no inimicus, es decir el enemigo privado ⁹⁴. Así pues, en toda relación humana siempre se establecerían estas distinciones por lo que lo político podía presuponer la existencia del mismo Estado ⁹⁵.

En realidad, la misma idea de la ley entendida como nomos (ordenamiento de un espacio) ⁹⁶ implicaba necesariamente la delimitación y como consecuencia de ello, la separación y la posibilidad de la distinción entre “nosotros” y “ustedes”, lo cual no necesariamente tendría que generar antagonismos pero igual podría como diría Schmitt, configurarse una distinción entre el amigo y el enemigo. Ciertamente, siempre aquello que se encuentra más allá de nuestras fronteras podría ser concebido como una amenaza en función a la lejanía y el

⁹¹ Günther Jakobs, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en: *Derecho Penal del Enemigo*, ibid. p. 26.

⁹² Immanuel Kant, *Sobre la paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1996, p.14.

⁹³ “...Pues bien, la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo. Lo que ésta proporciona no es desde luego una definición exhaustiva de lo político, ni una descripción de su contenido, pero sí una determinación de su concepto en el sentido de un criterio (...) El sentido de la distinción amigo – enemigo es marcar el grado máximo de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación. Y este criterio puede sostenerse tanto en la teoría como en la práctica sin necesidad de aplicar simultáneamente todas aquellas otras distinciones morales, estéticas, económicas y demás. El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo; no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener sus ventajas hacer negocios con él. Simplemente es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo.” Carl Schmitt, *El Concepto de lo Político*, Madrid, Alianza, 1991, pp. 56 – 57.

⁹⁴ Ibid., p.59.

⁹⁵ Ibid., p.49.

⁹⁶ Carl Schmitt, *El Nomos de la Tierra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

desconocimiento entorno a su naturaleza. Es decir, ignorar si estamos ante una amenaza o no, y ante la duda preferible sería pensar lo peor, esto es, considerar al otro un enemigo⁹⁷.

Cuando surgió el Estado Moderno éste tenía como propósitos garantizar el orden y la paz, y en este sentido acabar con cualquier forma de estado de naturaleza como lo afirmaba Hobbes.⁹⁸ Evidentemente, si en un Estado un esposo mata a su esposa, tal hecho no podría implicar una instauración del estado de naturaleza o la muerte del Estado con lo que no sería lógico que el Estado vea a este sujeto como un enemigo que tendría que ser aniquilado⁹⁹, sino como indicaba el profesor Jakobs, simplemente sería “una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado – de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo) – a equilibrar el daño en la vigencia de la norma. Esto sucede mostrando mediante la pena, es decir, mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que se mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma”¹⁰⁰.

Ciertamente, la existencia de normas dentro de una sociedad no solo determina su configuración sino que también genera seguridad en la población al contar ésta con cierta certeza respecto a lo que puede esperar del comportamiento de los integrantes de la colectividad. Así la norma requiere de lo que Jakobs denomina una “corroboración cognitiva” para que sea verídica.¹⁰¹

De esta manera, - continuaba el profesor Jakobs - sin una seguridad cognitiva difícilmente podría decirse que el derecho pueda ser real, las personas no solamente desean contar con derechos sino que quieren estar seguros de que sobrevivirán¹⁰², por ello la existencia de la pena confirma la realidad de las normas¹⁰³.

Así pues, podemos ver que mientras que existan conductas que no brinden una seguridad cognitiva entonces la pena debe ser tomada como una coacción física efectiva, por lo que la

⁹⁷ Aun cuando también el otro podría ser un antagonista, un competidor o un rival, dependiendo de las circunstancias y la naturaleza del conflicto que podría darse. Al respecto ver, Julien Freund, *La Esencia de lo Político*, Madrid, Editora Nacional, 1968 y también *Sociología del Conflicto*, Madrid, Editora del Ediciones Ejercito, 1995.

⁹⁸ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Madrid, Sarpe, 1983

⁹⁹ Günther Jakobs, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, ...p. 35

¹⁰⁰ Ibid., p.36.

¹⁰¹ Ibid., p.37. Esta tesis se relaciona claramente con las ideas del sociólogo alemán Niklas Luhmann, más adelante desarrollaremos algunos conceptos de la teoría sistémica del profesor Luhmann.

“Existe sociedad cuando y en la medida en que hay normas reales, es decir, cuando y en la medida en que el discurso de la comunicación se determine en atención a normas. Esta comunicación no tiene lugar entre individuos que se rigen conforme a un esquema de satisfacción/ insatisfacción, y que en ese contexto posiblemente obedezcan al palo de un señor, sino que es la conducta de personas que quedan definidas por el hecho de que siguen normas; persona es, por lo tanto, a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho. La persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio de libertad. Günther Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998. pp. 16 – 17.

¹⁰² Günther Jakobs, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, p.37.

¹⁰³ Günther Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, p. 28

pena lo que pretende no es otra cosa que ser efectiva al dirigirse como se dice al individuo peligroso:

“ Se denomina *Derecho* al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción”¹⁰⁴

Hablar entonces del **derecho penal del enemigo** significa tomar en serio aquellas conductas amenazantes que ya llegan a convertirse en riesgos concretos para la sociedad y el Estado:

“Hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación – denominada abiertamente de este modo – de lucha por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de los “delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas, así como, en general, respecto de los crímenes”¹⁰⁵

En realidad, quienes participan en estos crímenes se han alejado claramente del derecho, dejando de prestarse la **garantía cognoscitiva mínima** que como señala el profesor Jakobs, es necesaria para su tratamiento como persona ¹⁰⁶.

Pero, así como existe la pena que busca ser **efectiva** para el enemigo, se da también un **derecho penal del ciudadano** en el cual la pena tiene otro sentido, el de convertirse en **significado** frente a una conducta que no acata la vigencia de una norma (y por ende reconociendo la calidad de persona al que delinque), así esta pena lo que hace es confirmar la existencia de la estructura normativa de la sociedad. Mientras que con la pena en el derecho del ciudadano, la autoridad dialoga con el sujeto infractor para mantener vigente la norma ahora con el derecho penal del enemigo se busca combatir a un enemigo¹⁰⁷.

Como a continuación indica el profesor de la Universidad de Bonn, la distinción entre persona y enemigo podría ser análoga a la distinción sugerida por Kant entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza, no tratándose en este caso de la compensación de un daño a la vigencia de la norma sino de la exclusión de un peligro ¹⁰⁸, “la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos” ¹⁰⁹.

Claro está, que la definición de enemigo que maneja Jakobs, es una definición funcionalista¹¹⁰, ya que el punto esencial de la definición se encuentra en esta suerte de

¹⁰⁴ Günther Jakobs, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, pp. 26 – 27.

¹⁰⁵ Günther Jakobs, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, pp.38 – 39.

¹⁰⁶ Ibid., p.40.

¹⁰⁷ Ibid. p.33.

¹⁰⁸ Ibid. p.40

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Aquí el profesor Guillermo Portilla Contreras, asocia la tesis de Jakobs (normativista) con las propuestas formalistas de Kelsen y funcionalista de Luhmann, más adelante volveremos sobre este punto. Cfr. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal”

“déficit de garantía cognitiva”¹¹¹, lo cual afecta la estabilidad de la sociedad, convirtiéndose la vigencia de la norma en algo vacío como el mismo Jakobs lo afirma.¹¹² El enemigo, en realidad se excluye de la estructura normativa al no presentar ninguna garantía cognitiva.

De acuerdo lo establecido por Jakobs, en el denominado derecho penal del enemigo se podría encontrar tres elementos que lo caracterizan:

- a) Se adelanta claramente la punibilidad, lo cual implica que la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (el punto de referencia es el hecho futuro) y no como es lo normal, retrospectiva (el punto de referencia es el hecho cometido)
- b) Las penas son desproporcionadamente elevadas
- c) Se relativizan o se suprimen ciertas garantías procesales¹¹³

Ahora bien, si se trata de establecer diferencias entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo, por ejemplo, respecto a su finalidad, el derecho penal del ciudadano cumple una función comunicativa o simbólica, en donde el autor es reconocido como un sujeto racional aun cuando el hecho realizado no tenga validez y la norma sigue siendo parte de la realidad social, en el derecho penal del enemigo, la pena si es más enérgica y como acabamos de ver de un carácter prospectivo puesto que se combate esencialmente – como ya lo anotamos - contra un peligro, una amenaza que pone en riesgo el funcionamiento del sistema social.

Ahondando aun más en el contenido de dicho derecho penal del enemigo hallaríamos que: Se pasaría de una legislación penal a una de combate.

Evidentemente, en esta definición del derecho como dijimos no es una invención del profesor alemán, sino más bien constituye una valoración y una descripción de un derecho ya existente, como bien lo indica un reciente estudioso de la obra de Jakobs:

“Es importante resaltar que Jakobs da ese nombre para referirse a la reacción de los Estados democráticos modernos (por ejemplo, la actual República Federal, no la Alemania del régimen nazi; o la actual España constitucional, no la del régimen franquista) frente a determinados supuestos de especial peligrosidad, a saber: supuestos en los que, precisamente por conmovir las bases de la convivencia social, se adelantan las barreras de punición a un estado previo a la lesión del bien jurídico, no se reducen proporcionalmente las penas a ese adelanto, se sanciona la

¹¹¹ Miguel Polaino – Orts, *Derecho penal del enemigo, desmitificación de un concepto*, p.103

¹¹² Ibid.

¹¹³ Manuel Cancio Meliá, “¿Derecho Penal, del Enemigo?”; pp. 79 – 81 Por ejemplo se cuestiona la presunción de inocencia, se reducen las exigencias de admisibilidad de pruebas, se pueden introducir medidas de incomunicación, de intervención en las comunicaciones, se amplían los plazos de detención policial, se reducen los beneficios penitenciarios entre otros. Cfr. Luis Gracias Martín, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07 – 02 (2,005) <http://criminet.ugr.es/recpc07> - 02 pdf. , pp. 10 – 11.

preparación o la tentativa como si ya fuera consumación, o se tipifican delitos de peligro abstracto.”¹¹⁴

Ahora bien, el hecho de que Jakobs apelara a conceptos como los de “enemigo”, “no persona”, “individuo”, etc., y que esto pudiese significar que la tesis del profesor alemán descartase de plano los derechos fundamentales como por ejemplo el respeto a la dignidad de las personas. Sin embargo, se afirma más bien que se tratan solamente de términos neutrales, es decir, empleados como categoría científica ¹¹⁵, así pues:

“...Jakobs afirma que los individuos son *actualmente* no personas. Esta frase sacada de contexto ha sido objeto de manipulaciones interpretativas produciendo, a sabiendas o no, nuevos falsos mitos del estilo de los mencionados: así como se argumenta que para Jakobs el enemigo, como no es persona, no tiene dignidad, ni derechos, ni debe ser tratado como tal, etc. Con ese adverbio en cursiva se traduce por lo común el original alemán *aktuell*. Empero, dicha traducción puede dar lugar a malos entendidos (como efecto, se han dado, no sabemos sin con conocimiento o no), porque *aktuell* o actualmente no significan, en este contexto, “por regla general” ni “hoy día” ni “en la actualidad”, sino “de facto”, “en el caso concreto”, “por causa y a través del acto”. La distinción no es baladí porque en la primera – errónea – interpretación la característica de enemistad es absoluta y en la segunda dicha característica es relativa en todos los sentidos”.¹¹⁶

Así por ejemplo el profesor español Polaino – Orts señalaría que la noción de “no persona” o de inseguridad cognoscitiva solo sería aplicable a una situación concreta, por ejemplo si un abusador de menores se le sanciona con una pena de prisión o con otras medidas como la incomunicación con su víctima o el prohibirle un acercamiento, se llegaría entonces a la “despersonalización” del sujeto pero solamente para ese caso concreto continuando éste con su condición de persona en los ámbitos del derecho civil, procesal, electoral etc.¹¹⁷

Asimismo, resulta también interesante la defensa que él plantea respecto a otras críticas hechas contra el profesor Jakobs, como aquella que asocia el derecho penal del enemigo como una forma de derecho penal de autor, con lo cual perdería su legitimidad en la medida que deja de ser un derecho penal de hecho o acto ¹¹⁸, vale decir, que sería un derecho que personaliza e inclusive podría calificar de manera muy despectiva a aquellos que considera “los enemigos” .

No obstante, el profesor Polaino – Orts elabora un cuestionamiento a esta forma de ver al derecho penal del enemigo aun cuando pueda coincidir con Cancio en la tesis de que estamos ante un derecho de autor empero, esto no tiene porque ser sinónimo de ilegitimidad. Sin embargo, es bueno precisar que se entiende por derecho de autor, en este sentido, podemos diferenciar lo que es el Derecho penal de acto de lo que es el Derecho penal de voluntad ubicándose el Derecho penal de autor en medio de ambas posiciones:

¹¹⁴ Miguel Polaino – Orts, *Derecho penal del enemigo, desmitificación de un concepto*, p.190.

¹¹⁵ Ibid., p.209.

¹¹⁶ Ibid pp. 209 – 210.

¹¹⁷ Ibid., p.211.

¹¹⁸ Aquí la afirmación la efectúa Cancio Meliá, “¿Derecho penal del enemigo?”, pp.100 y ss. “...Derecho penal del ciudadano es un pleonismo y la de “Derecho penal de enemigos” una contradicción en sus términos pues sólo nominalmente forma parte del Derecho penal siendo disfuncional con los criterios tradicionales”op.cit., p.61.

“ – El primero de ellos, el Derecho penal de acto, consagra como garantía esencial de la sanción penal el principio de hecho, formulación moderna del viejo principio de inspiración *justineana cogitationis poenam nemo partitur* (el pensamiento no delinque), de manera que se exige siempre, como fundamento de una sanción penal, la realización de una acción u omisión manifestada o perceptible exteriormente y lesionadora de una norma legalmente establecida.

-En cambio, el Derecho penal “de la voluntad” o “del animo” suprime el “principio del hecho”, de manera que se sanciona al sujeto sin necesidad de que haya manifestado su conducta exteriormente, sino por considerarlo peligroso en base a un juicio anticipado de peligrosidad, o por pertenencia a una determinada raza, preferencia sexual o color político”¹¹⁹.

Ahora bien, si es cierto que en los ordenamientos democráticos prima el derecho penal de hecho no se podría afirmar que el derecho penal de autor quedaría excluido completamente, por ejemplo, cuando se toma en cuenta la personalidad del autor al momento de determinar una pena o una medida de seguridad¹²⁰ o en el caso de los tipos vinculados a la posesión (armas, insumos para la elaboración del clorhidrato de cocaína etc.) o al estatus (pertenecer a una banda de secuestradores) en donde encontramos también la manifestación objetiva de la peligrosidad subjetiva y donde se castiga al sujeto por su peligrosidad siendo tal hecho - como indica Polaino – Orts – socialmente perturbador¹²¹.

Por otro lado, respecto a la dificultad para definir al “enemigo” que sería también otro argumento empleado para criticar la tesis de Jakobs, esto también podría ser refutado en base a que es el mismo legislador penal dentro de un Estado democrático el que ya ha definido al enemigo a través del principio de legalidad¹²². No se trata pues de brindar nombres y apellidos pues este no es el propósito del derecho penal del enemigo. Aquí, también podríamos recordar lo que habíamos anotado anteriormente respecto a la naturaleza política de la enemistad señalada por Schmitt la misma que se diferenciaba del plano moral por ejemplo, y por lo tanto, el aspecto emotivo quedaba excluido de la definición de enemigo¹²³.

Toda la propuesta de Jakobs creo que se comprendería más fácilmente si es que tomamos en cuenta la influencia que ha tenido en su teoría la obra del conocido sociólogo y filósofo alemán Niklas Luhmann quien propuso una teoría que buscaba describir la realidad de la sociedad humana, en términos sistémicos a partir precisamente de los conceptos de complejidad¹²⁴ y de doble contingencia como lo subraya un investigador de su pensamiento:

“Por complejidad se entiende el conjunto de todos los sucesos (Ereignisse, Events) posibles. Se designa así por tanto, el campo ilimitado de los mundos posibles. Así tomada, la complejidad alude,

¹¹⁹ Miguel Polaino – Orts, op.cit., p.216.

¹²⁰ Ibid., p. 218

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid, 222.

¹²³ Ver la nota 93 en el presente texto. El enemigo para Jakobs así como para Schmitt no podía ser nunca un enemigo privado sino siempre público.

¹²⁴ Niklas Luhmann, define la complejidad en términos de “un conjunto interrelacionado de elementos cuando ya no es posible que cada elemento se relacione en cualquier momento con todos los demás, debido a las limitaciones inmanentes a la capacidad de interconectarlos” Cfr. Niklas Luhmann, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Barcelona: Paidós, 1990, p. 69.

por un lado a un mundo de posibilidades que no es un mundo real, por cuanto la igualdad radical de lo posible, en tanto que posible, no se rompe hasta que una forma de prelación permita la decantación de uno de esos mundos posibles como mundo real; y por otro, ese campo ilimitado de posibilidades que se denomina complejidad, se concibe conceptualmente como caos y aún no como cosmos. Una vez que se haya introducido alguna forma de orden en esa inabarcabilidad, se habrá sentado la base para la aludida prelación, que permitirá la autoafirmación como real de uno de los mundos; se habrá reducido complejidad, habrá comenzado a existir sociedad . ”¹²⁵

Así pues, allí donde se ha reducido el marco de lo posible, donde se ha disminuido la complejidad, aparece lo esperable, produciéndose entonces la estabilidad del sistema¹²⁶. Entonces cada partícipe del sistema sabrá lo que tiene que hacer y también que cosa podrá esperar de los otros componentes del sistema.

Importante también resultaba para Luhmann el concepto de autorreferencia que se asociaba a su vez a la idea de adaptación:

“Aquí queremos mostrar mediante ejemplos, y en primer lugar con el concepto de *adaptación*, como el funcionamiento conjunto de análisis de sistema y análisis de complejidad reestructura el clásico arsenal conceptual de la teoría de sistemas y conduce a la teoría de sistemas autorreferentes. En sus orígenes, este concepto designaba una simple relación sistema/entorno. Después el sistema tenía que adaptarse a su entorno para poder sobrevivir. Pronto se manifestó el deseo de invertir este pensamiento: también el entorno podía adaptarse al sistema y debía servir, por lo menos para desarrollos del sistema...”¹²⁷

Por lo tanto, se llegaría a una tautología en la que los sistemas se podrían adaptar al entorno así como el entorno se adaptaría al sistema propiciando tal desarrollo el famoso paradigma de la autorreferencia¹²⁸:

“los sistemas complejos no sólo deben adaptarse a su entorno sino también a su propia complejidad. Deben hacer frente a improbabilidades y deficiencias internas. Tienen que desarrollar dispositivos precisamente para ello, por ejemplo dispositivos para reducir comportamientos anormales, que sólo son posibles porque existe una estructura básica dominante. Los sistemas complejos se ven, por tanto, obligados a la autoadaptación, y esto en el doble sentido de una propia adaptación a la propia complejidad”¹²⁹

La *autorreferencia* o *autoorganización* o *autopoesis* como también se le conoce sería entonces la manera como – parafraseando a Luhmann – “se designa a la unidad, que presenta para sí misma un elemento, un proceso, un sistema”¹³⁰; así pues, un sistema podrá ser autorreferente “cuando él mismo constituye los elementos que le dan forma como unidades de función y cuando todas las relaciones entre estos elementos van acompañadas de una indicación hacia esta autoconstitución, reproduciéndose de esta manera la autoconstitución permanentemente”¹³¹. Todo sistema autorreferente será entonces un sistema cerrado.

¹²⁵ Juan Antonio García Amado, *La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp.104 - 105.

¹²⁶ Ibid., p.128.

¹²⁷ Niklas Luhmann, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, pp. 84 - 85.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid., p.89.

¹³¹ Ibid., p.91

Precisamente, esta condición de ser un sistema cerrado es el resultado de percibirse al sistema¹³² como un espacio de comunicación como ocurriría con la sociedad. “Sin comunicación no existiría sociedad, pues comunicación es el único cauce posible para que puedan constituirse en común selecciones, como mecanismos de reducción de complejidad y superación de la doble contingencia¹³³”. Por lo tanto, para comunicarse se debería estar incluido dentro del sistema de comunicación, y por ende, la sociedad al constituirse como un espacio de comunicación, entonces aparecerá como un sistema cerrado¹³⁴.

Sin embargo, hay que ver que este sistema cerrado no está aislado puesto que siempre tiene contacto con un medio, de hecho, si pensamos entorno al sistema jurídico veremos que éste siempre opera en relación a un entorno: “Cada sistema sólo puede existir y reproducirse en un medio: ¿cómo podría existir el sistema jurídico si no hubiera actos exteriores a él que someter al juicio de juricidad / antijuricidad? Consiguientemente, clausura autopoiética no significa aislamiento”¹³⁵.

Ahora bien, trasladando todas estas ideas al campo jurídico por lo menos desde la perspectiva del profesor Jakobs se podría afirmar entonces que el modelo del profesor alemán se protege en la autorreferencia, es decir, en las mismas normas positivas del sistema normativo:

“Esta es una de las características esenciales del sistema penal de Jakobs, la ausencia de referentes externos al Derecho positivo desde los que analizar críticamente las normas. Si no existe una correlación externa del Derecho penal, no quedaría lugar, consecuentemente, para discutir sobre la legitimidad del Derecho; sólo interesa su validez, es decir, la producción del Derecho conforme a criterios de funcionalidad que pueden ser contrarios a una referencia de justicia, sólo se requiere un procedimiento formal”¹³⁶

Efectivamente, en la medida que los sistemas sean autorreferentes su legitimidad depende de ellos mismos y no podría provenir desde fuera, es decir, no tendría que ver por ejemplo con consensos morales presumiéndose su fiabilidad.¹³⁷ No obstante ello, - y como ocurre con cualquier sistema - la desconexión con el exterior no es total en tanto que los sistemas formales no agoten su legitimación internamente como señala el profesor García Amado:

“También los sistemas sociales deben conectar su legitimación interna con algún dato externo, pero disponen al efecto de una pluralidad de instancias a las que pueden acudir con ese fin, y es en la elección correspondiente en lo que el sistema es autónomo y por lo que se dice que se autolegitime: “Toda legitimación es autolegitimación, pero debe externalizarse” (*sich externalisieren*)”¹³⁸

¹³² En realidad se habla de sistema pero concretamente nos estamos refiriendo a la sociedad

¹³³ Juan Antonio García Amado, *La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, p.110.

¹³⁴ *Ibid.*, p.111.

¹³⁵ *Ibid.*, p.136.

¹³⁶ Guillermo Portilla Contreras, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal”, p.65

¹³⁷ Juan Antonio García Amado, *La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*; pp. 164 - 165

¹³⁸ *Ibid*; pp. 166 – 167

Igualmente en el terreno del derecho penal las interpretaciones funcionalistas en las que se destaca la relación entre la ciencia penal y el sistema social: “una relación entre (sub) sistemas: entre el (sub) subsistema cultural – Ciencia penal – y el (sub) sistema social representado por la colectividad, del que proceden las expectativas sociales en materia de seguridad colectiva y de gestión pública de los conflictos de naturaleza delictiva”¹³⁹.

La forma como se va dando la legitimidad externa del derecho es a través de la institucionalización¹⁴⁰, esto es, a partir del reconocimiento de consensos preexistentes como son los que corresponden a las instituciones. Por ejemplo presumiendo la legitimidad de las normas que emanan del Parlamento, sin tener que buscar un consenso por cada norma que se da, lo cual además sería imposible.

Así pues, siendo el sistema jurídico autorreferencial, entonces se tendría que una norma jurídica se produce sobre la base de otra norma jurídica, por ello, para superar esta tautología la misma que nos llevaría a un callejón sin salida, es necesario acudir a referencias externas sin que esto rompa por cierto, la autorreferencialidad normativa, para ello ejemplos históricos de validez del derecho como la razón natural, la voluntad divina o contrato social serían como señalaría Luhmann “mentiras necesarias” que silencian el problema sin que sea resuelto¹⁴¹.

En síntesis, se puede afirmar claramente la deuda de Jakobs con el pensamiento iusnaturalista de Hobbes, el decisionismo Schmittiano, el funcionalismo de Luhmann y hasta cierto punto con el positivismo Kelseniano¹⁴², sin embargo, lo que resulta discutible es el que se intente asociar su discurso con las actividades bélicas norteamericanas y con la implantación de un modelo económico neoliberal como suelen indicar sus críticos más duros y que evidentemente articulan una crítica más desde el plano ideológico que desde el racional.¹⁴³

Precisamente, el caso norteamericano y su “guerra contra el terrorismo” es buen ejemplo de lo que podría ser la puesta en práctica de este derecho del enemigo por lo que se hace necesario discutir sus alcances y conocer también que es lo que dicen algunos importantes académicos de Norteamérica al respecto a fin de poder al final plantear nuestra lectura

¹³⁹ Citado por Guillermo Portilla Contreras, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal” p. 66.

¹⁴⁰ Juan Antonio García Amado, *La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, pp. 166 - 167.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 176 - 177.

¹⁴² Como lo sostiene precisamente Guillermo Portilla Contreras, *op.cit.*

¹⁴³ Por ejemplo, Francisco Muñoz Conde:

“En el momento actual no cabe duda de que inmediatamente surgen algunas cuestiones sobre el contenido que puede tener ese “Derecho penal del enemigo”: ¿es también la “guerra sucia” contra el terrorismo un “Derecho Penal del enemigo?” ¿Lo es el llamado “asesinato colectivo”? ¿Lo son los llamados daños colaterales de los bombardeos, cuando éstos alcanzan a civiles, población no combatiente, a mujeres y niños?, ¿Lo son la tortura como medio de averiguación de la verdad, la prisión sin los derechos mínimos reconocidos internacionalmente a los presos, la privación de libertad meramente gubernativa, sin control judicial?...

“El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el Derecho Penal del Enemigo” pp. 169 – 170. en: *Mutaciones del Leviatán, Legitimación de los nuevos modelos penales*

sobre lo que debería entenderse por un derecho del enemigo y la importancia de su inclusión dentro del ordenamiento jurídico contemporáneo.

III. LA CONSTITUCION DE LA EMERGENCIA EN NORTEAMÉRICA.

“The phrase constitutional dictatorship, hyperbole though it may be in many instances , will serve as the general descriptive term for the whole gamut of emergency powers and procedures in periodical use in all constitutional countries, not excluding the United States of America”

Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship, crisis government in the modern democracies.*

1. LOS ESTADOS UNIDOS EN GUERRA CONTRA EL TERROR

Si existe una razón determinante por la cual hoy es tan relevante la discusión sobre el estado de excepción y el derecho esta no puede ser otra que los ataques a las torres gemelas en setiembre del 2,001. Tal acontecimiento generó inmediatamente una respuesta bélica por parte de los Estados Unidos con la consiguiente declaratoria de la guerra contra el terrorismo, identificándolo en este caso con el fundamentalismo islámico del grupo Al - Qaeda y su líder Ben Laden ¹⁴⁴.

Inmediatamente después, como ya es harto conocido vendría la famosa *Acta Patriótica* ¹⁴⁵ y su puesta en práctica generando entonces un intenso debate entre los más destacados teóricos legales, constitucionalistas y teóricos políticos de los Estados Unidos ¹⁴⁶ y también

¹⁴⁴ Para un desarrollo claro de las tendencias fundamentalistas del islam se puede ver de Bernard Lewis, *La Crisis del Islam, Guerra Santa y Terrorismo*, Barcelona, Ediciones B, SA, 2,003.

¹⁴⁵“ Cabe recordar que el “Acta Patriótica”, que entró en vigor inmediatamente después del 11 de septiembre de 2001, no sólo legalizó la escucha de las conferencias telefónicas, la interceptación de la correspondencia y los mensajes del correo electrónico y la vigilancia externa, sino también formas más refinadas de intervención en la vida privada, tales como sustracción en secreto de documentos de trabajo e historias clínicas. Los servicios secretos hasta llegaron a ver las tarjetas bibliotecarias de los norteamericanos a fin de saber si leen literatura subversiva. Y todo eso sin autorización judicial.

Paralelamente, en EE.UU. se han instituido “comisiones militares” que de hecho son consejos de guerra integrados por tres miembros para ver casos de ciudadanos extranjeros sospechosos de terrorismo. El estatuto de estos órganos no preveía observar el principio de la presunción de inocencia como tampoco requería unanimidad para meter a una persona entre rejas en la base militar de Guantánamo. El poder ejecutivo en EE.UU. también se arrogó el derecho de declarar a algunos ciudadanos extranjeros “combatientes enemigos” e interrogarlos aplicando torturas en las cárceles secretas de Europa, lo más lejos posible de las costas americanas a fin de no responder por las burdas violaciones de procedimientos judiciales. Concretamente, los sospechosos eran detenidos por algún tiempo sin que se les formulara acusación concreta, negándoles todo acceso a los abogados.” Ria Novosti, Vladímir Simonov, “Administración Bush, acta patriótica atenta contra los derechos constitucionales de los Norteamericanos”, extraído de la Red Voltaire, <http://www.voltairenet.org/article135080.html>. Para una lectura del Acta se puede revisar la siguiente dirección electrónica: www.whitehouse.gov/news/

¹⁴⁶ Por ejemplo un defensor de las políticas del Presidente Bush señalaba lo siguiente: “le correspondió a George W. Bush, un presidente estilo “cowboy” como Ronald Reagan, revivir el lenguaje del bien y del mal. Como Reagan anteriormente, el presidente hizo esto con precisión y justificación. Puesto que la agresión que

de muchos otros importantes centros académicos del planeta, respecto a la legalidad y legitimidad de tales decisiones.

Por lo tanto, en el análisis del caso norteamericano las referencias a Schmitt y a Jakobs serían también bastantes obvias aunque como vimos al inicio, ya en los Estados Unidos el tema de la excepcionalidad había inquietado a algunos académicos como en el caso de Clinton Rossiter y su concepción de la *Dictadura Constitucional* que podría ser aplicable para la presente coyuntura aunque faltaría evaluar si es que las medidas de las administración Bush corresponderían a una figura como la planteada por estos académicos o si es que escaparía a estas ideas y se colocarían fuera del plano de lo racional que es donde se tendría que ubicar al derecho.¹⁴⁷

Como ya habíamos señalado en la primera parte, Rossiter explicaba que era indispensable adecuar la Constitución a estos escenarios anormales y que en el caso de su país éstos se podrían encontrar en diferentes etapas de la historia de los Estados Unidos como por ejemplo durante la guerra civil, la primera guerra mundial, la depresión de 1933 y finalmente la segunda guerra mundial cuando el gobierno americano se vio obligado a emplear poderes irregulares y extraordinarios ante una situación de emergencia¹⁴⁸. En este sentido, la guerra contra el terrorismo lanzada por Bush podría incorporarse como un quinto estado excepcional dentro de la existencia de la República, aunque esto será materia de una posterior evaluación.

Ciertamente, la existencia de la carta de derechos (Bill of Rights), la existencia del sistema federalista y la separación de poderes se convertían en importantes frenos para el establecimiento de una dictadura de emergencia en Norteamérica, especialmente el freno de los derechos individuales sería particularmente importante por lo que era relevante para

fue cometida contra nosotros el 11 de Setiembre fue efectuado no de acuerdo a los tradicionales propósitos de la guerra – no para zanjar una disputa territorial, o para protestar contra algún componente de la política, o para lograr determinada ventaja geopolítica. No, cuando la avanzada de las tropas de al – Qaeda incineró a nuestros civiles inocentes no fue por ninguno de nuestros hechos sino por la misma legitimidad de nuestra existencia que para ellos se encuentra en cuestionamiento – y era nuestra existencia lo que ellos conscientemente estaban tratando bastante explícitamente de cancelar. La guerra a la que fuimos invitados a participar era una guerra sobre fines últimos, una guerra para concluir. Como en la Segunda Guerra mundial, como nuestra guerra con el comunismo Soviético, esta es una guerra sobre el bien y el mal.” William J. Bennett, *Why we fight, moral clarity and the war on terrorism*. Washington, Regnery Publishing, INC, 2002, p.54.

Dentro del debate académico podremos encontrar las perspectivas de conocidos profesores norteamericanos como los trabajos de Richard A. Posner, *Not a Suicide Pact, The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, Oxford University Press, 2,006; Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2,006; Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo, la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, Barcelona, Peninsula, 2007; Mark Tushnet (ed) , *The Constitution in Wartime: beyond Alarmism and Complacency*, Durham, NC, Duke University Press, 2,005; Geoffrey R Stone, *Free Speech in Wartime: From the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism*, New York, Norton, 2,005, entre otros.

¹⁴⁷ Al respecto un profesor como Ackerman señalaría que las medidas tomadas por la administración republicana parecería más a las acciones de un régimen dictatorial como el de Stalin. Cfr. Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo, la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*; p. 42.

¹⁴⁸ Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*...p.209.

Rossiter saber por ejemplo si es que presidentes como Lincoln o Roosevelt habían actuado en concordancia con la constitución ¹⁴⁹.

Desde inicios de la República, la Corte Suprema había reflexionado al respecto, mostrando lo que sería la doctrina tradicional de la teoría constitucional, como lo encontramos por ejemplo en el siguiente párrafo expresado por el Juez David Davis, en 1866 y que intentaría reflejar lo que aparecía en los papeles del Federalista:

“La Constitución de los Estados Unidos es una regla para los gobernantes y para la gente, igual se trate de la guerra o la paz, y cubre con su manto de protección a toda clase de hombres, en todo tiempo, y en cualquier circunstancia. Ninguna doctrina más perniciosa inventada por el látigo del hombre que aquella que considere que sus provisiones pueden ser suspendida durante cualquier de las grandes exigencias del gobierno. Tal doctrina nos conduciría directamente a la anarquía o al despotismo, pero la teoría sobre la que ésta se basa es falsa: porque el gobierno dentro de la constitución, tiene todos los poderes conferidos por la misma los cuales son necesarios para preservar su existencia”¹⁵⁰.

A pesar de esto, un presidente como Franklin D. Roosevelt quien justamente llevó a la práctica el modelo de la excepción tenía una lectura algo distinta respecto a lo que significaba la constitución aun cuando manteniendo la tesis de que la constitución podría adecuarse a cualquier circunstancia:

“Nuestra constitución es tan simple y práctica que es posible enfrentar necesidades extremas al hacer algunos cambios en el énfasis o la interpretación sin perder su forma esencial. Esto es por lo que nuestro sistema constitucional ha probado constituir el más durable mecanismo político que el mundo moderno ha producido. Ha enfrentado cualquier proyecto expansivo, guerras foráneas o amargas luchas internas”.¹⁵¹

Así pues, como acotaba Rossiter había algo de retórica en el discurso de Roosevelt pero también había aspectos verdaderos en la medida que efectivamente la Constitución se había adaptado a los más grandes peligros aun cuando también en esos momentos de peligro se había violado reiteradamente ésta ante situaciones límites.

Pero, como también destacaba Rossiter, existía en la constitución distintas partes que muy bien podían ser invocadas para resolver la situación de emergencia como por ejemplo la suspensión del habeas corpus en caso de rebelión, invasión o cuando la seguridad pública así lo requiriese, o el hecho que el mismo preámbulo de la constitución facultase a la población de ver por las medidas necesarias para asegurar la tranquilidad doméstica dejando entonces en manos del jefe del ejecutivo la solución de las crisis ¹⁵².

Así pues, como es natural a toda situación de emergencia, se requería de una gran energía para poder enfrentar tales situaciones como lo reconocía los propios papeles del federalista:

¹⁴⁹ Ibid., p.212.

¹⁵⁰ Ibid., p.213.

¹⁵¹ Ibid

¹⁵² Ibid., pp. 215 – 217

“La energía en el ejecutivo es una característica principal en la definición de un buen gobierno. Esto es esencial para la protección de la comunidad contra los ataques foráneos; no es menos esencial a la firme administración de la ley, a la protección de la propiedad contra aquellas irregularidades que asoman de vez en cuando interrumpiendo el curso normal de la justicia; para asegurar la libertad contra los asaltos de la ambición, la facción y de la anarquía”¹⁵³

En este sentido, se puede apreciar entonces que el marco constitucional norteamericano también se había puesto en el supuesto de una situación de emergencia que podría poner en riesgo la existencia de la constitución y la República.

2. ¿ES LA EXCEPCION EN NORTEAMERICA UNA DICTADURA CONSTITUCIONAL?

Justamente, tras los atentados del 2,001 se dieron como indicamos una serie de medidas destinadas a enfrentar la acción del terrorismo islámico y se suscitaron también varios casos polémicos como los denominados Padilla y Hamdi respectivamente.¹⁵⁴

En dichos casos, podrían ser de mucha utilidad para poder apreciar hasta que punto las tesis de Schmitt, Rossiter o Jakobs serían válidas dentro de este contexto y hasta que punto el comportamiento de la administración Bush se encuadra bajo la noción de dictadura democrática como ha sido planteada por estos enfoques realistas del derecho.

Si vemos el caso Hamdi, emblemático dentro de lo que se conoce como el problema de los “detenidos de Guantánamo” encontraremos ciertamente muchos elementos que parecerían llevarnos precisamente hacia un derecho penal del enemigo y la configuración de un modelo judicial totalmente antiliberal.

Tras los atentados del 2001 como dijimos se confirió al Presidente de los Estados Unidos una serie de poderes y atribuciones especiales para combatir el terrorismo como fue la “Authorization for Use of Military Force” (AUMF) que se sustentaba en la denominada “War Powers Resolution” que databa del año de 1973, brindándole al ejecutivo la posibilidad de emplear la fuerza necesaria contra aquellos (sean naciones, individuos u organizaciones) que colaboraron con los terroristas o que pudiesen estar preparando algún atentado futuro.¹⁵⁵

¹⁵³ El Federalista, No. 70

¹⁵⁴ En estos casos se trató de personas detenidas por su supuesta vinculación con el terrorismo. Yasir Hamdi que era un ciudadano nacido en Estados Unidos y nacionalizado Saudí que fue capturado por las tropas norteamericanas en Afganistán siendo considerado un colaborador de Al Qaeda y que pertenecía a los contingentes talibanes. En el caso Padilla, se trataba de una persona que fue detenida en el aeropuerto de Chicago considerado como un “combatiente enemigo” y que buscaba realizar atentados terroristas en Estados Unidos. A Padilla se le negó la posibilidad de la defensa y no se le precisó el delito que había cometido. Cfr. Bruce Ackerman, *Antes de que nos ataquen de nuevo, la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, pp. 40 – 41.

¹⁵⁵ Para esta referencia del caso Hamdi, me valgo del texto “Los Detenidos de Guantánamo”, de Francisco Falcón Gómez Sánchez, en *Araucaria*, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Buenos Aires, Año 7, N° 13, Primer Semestre de 2005, p. 48.

Interesante dentro de este contexto es la manera como se va a denominar a aquellos que aparecen como una amenaza para los Estados Unidos, “**enemigos combatientes**” o “**combatientes ilegales**”. Se entiende que bajo esta denominación se incluirían guerrillas, fuerzas irregulares, espías, saboteadores, etc., y que a diferencia de los combatientes legales no pertenecerían a las fuerzas regulares de un Estado beligerante no respetando por lo tanto las leyes de la guerra ¹⁵⁶ .

La calificación de combatiente enemigo, podía ser hecha en primer lugar por el Presidente, quien gracias a la autorización dada por el Congreso (AUMF) y en su condición de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas gozaba de esta potestad, pero también las Comisiones Militares creadas por autorización presidencial en noviembre del 2,001 adoptando para el tratamiento de los combatientes enemigos las regulaciones de las Cortes Marciales norteamericanas. ¹⁵⁷

La detención de personas consideradas “enemigas combatientes” se producía entonces sin considerarlos como prisioneros de guerra (de allí que no estuviese operativo para ellos el artículo 4 de la III Convención de Ginebra, sobre el tratamiento de prisioneros de guerra)

Para ser breves, los detenidos denominados “enemigos combatientes” se les conminó a permanecer en el centro de detención de Guantánamo ¹⁵⁸ (en Cuba) sin tener acceso a una defensa o una definición de los cargos por los que se les acusaba, dicho de otro modo, se les estaba privando de las garantías liberales del debido proceso y de su derecho de defensa ¹⁵⁹ .

Al respecto, el conocido profesor de filosofía del derecho y pensador liberal norteamericano, Ronald Dworkin, comentaría lo siguiente:

“ Los Estados Unidos ahora detiene a cientos de prisioneros indefinidamente, sin cargos o juicio, en Guantánamo y otros lugares alrededor del mundo. La administración Bush dice que estos detenidos son “enemigos combatientes”, pero no mostrará ni a ellos ni al público, las evidencias sobre las cuales ellos sacan esta conclusión. Nosotros no tratamos ni siquiera a los más peligrosos delincuentes domésticos de esta manera – aquellos sospechosos de ser asesinos en serie o jefes de narcotraficantes por ejemplo - . Nuestra constitución prohíbe encarcelar a esta gente solo por el hecho de ser peligrosos o porque poseen información que nos ayudará a prevenir algún asesinato u otros crímenes. Nosotros hemos desarrollado por cientos de años, una jurisprudencia de justicia criminal que insiste en que la policía debe liberar rápidamente a las personas que ha arrestado y que no puede acusar. Nosotros a su vez insistimos en que aquellos que son procesados deben ser protegidos por las garantías que nos conduzcan a una convicción justa de su culpabilidad. Nosotros sostenemos que es mejor que mil personas culpables salgan en libertad a que un inocente sea condenado. Pero, la administración Bush ha dejado de lado todas estas restricciones y protecciones con el argumento de que de esta manera se puede proteger mejor a los americanos ante la posibilidad de futuros ataques terroristas.” ¹⁶⁰

¹⁵⁶ Ibid., pp. 48 – 49.

¹⁵⁷ Ibid., p. 49.

¹⁵⁸ Centro que se ubica en un territorio que está al sudeste de Cuba en la provincia del mismo nombre y que desde 1903 fue cedida a perpetuidad a los Estados Unidos y a pesar de que Estados Unidos mantiene jurisdicción total y control, Cuba detenta la soberanía de dicho espacio.

¹⁵⁹ Amen de señalarse que estarían siendo sometidos a maltratos e inclusive torturas e interrogatorios vejatorios.

¹⁶⁰ Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?* pp. 25 – 26.

Así mismo, Bruce Ackerman, consideraría más bien que este sesgo dictatorial que se vería en esta conducta sería justamente el objetivo que buscarían los enemigos de Norteamérica, es decir, minar el Estado, a partir de la eliminación del régimen liberal democrático acabando así con lo más valioso y lo que define justamente a los Estado Unidos, esto es, el principio democrático y el principio liberal.¹⁶¹

Pero, si bien es cierto que el profesor Ackerman entendería que existe una situación anormal que merece un tratamiento excepcional, esto nunca podría dejar en suspenso el derecho y la moral pública.¹⁶²

Asumiendo la tesis de la racionalidad del derecho y de que no se trataba de dar respuestas arbitrarias, el gobierno de los Estados Unidos no solamente apelaba al concepto de “enemigo combatiente” sino que también aducía al hecho de que ellos no tenían soberanía sobre el territorio de Guantánamo por lo que no podían aplicar las normas que se aplican normalmente dentro del territorio norteamericano. ¿Pero, esta argumentación del gobierno americano era suficiente para sustentar su decisión? Todo indicaría que no.

Justamente a partir del 2004 todo empezaría a cambiar cuando se aceptó un habeas corpus de uno de los detenidos extranjeros como ocurrió con el australiano Shafiq Rasul, (Rasul vs Bush) , pues gracias a un fallo de la Corte Suprema, se adujo que las Cortes de los Estados Unidos tenían jurisdicción para conocer las impugnaciones a la legalidad de las detenciones de los denominados nacionales extranjeros hechos prisioneros en el contexto de la guerra contra los talibanes y trasladados a Guantánamo, por otro lado, si bien se reconocía que no había soberanía norteamericana si existía jurisdicción y control directo por parte de los Estados Unidos, finalmente se estipulaba que las Cortes Distritales podían conocer Habeas Corpus.¹⁶³

Asimismo, en otro importante fallo, “Hamdi versus Rumsfeld”, la Corte estableció que: “...un ciudadano norteamericano, bajo la acusación de ser enemigo combatiente y detenido en territorio estadounidense, tiene derecho a ser oído en juicio y a escuchar los cargos que se formulan contra él y a oponerse a ellos”¹⁶⁴ por lo que se le permitió acceder al derecho de un debido proceso.

Finalmente, en el caso “Rumsfeld vs Padilla”, se sentaban las bases para un cuestionamiento a la capacidad del presidente de poder ordenar la detención de un “enemigo combatiente” sin formularles cargos o permitirle un acceso a la defensa al facultar a la Corte Federal de Carolina del Sur (lugar de confinamiento de Padilla) conocer un habeas corpus.

¹⁶¹ Bruce Ackerman, *Antes que nos ataquen de nuevo, la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo* p.83.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Francisco Falcón Gómez Sánchez, “Los detenidos en Guantánamo”, pp.52 – 53.

¹⁶⁴ Ibid., p.54.

Así pues, en todos estos casos la Corte Suprema básicamente establecía que el sistema judicial estaba en condiciones de decidir sobre las competencias del ejecutivo en relación a los derechos individuales aun si se trataba de una situación de emergencia ¹⁶⁵ con lo cual se volvían a establecer límites a la acción del presidente.

En este sentido, se entiende que un juez federal haya podido declarar que las detenciones en Guantánamo eran ilegales ante la demanda de un detenido Salim Ahmed Hamdan, quien cuestionó la legitimidad de las denominadas Comisiones Militares y que debían ser tratados como prisioneros de guerra en concordancia con la Convención de Ginebra, obviamente tal resolución sería inmediatamente apelada por el Departamento de Justicia que sostenía que el Presidente ya había establecido que estas personas se encontraban fuera de la protección de la convención. ¹⁶⁶

Así pues, desde el 2,001 se ha venido dando una lucha tensa entre algunos órganos jurisdiccionales federales y el gobierno norteamericano entorno a la legalidad de la política antiterrorista del gobierno de los Estados Unidos manifestándose entonces posiciones irreconciliables. De esta manera, por ejemplo los defensores de los derechos liberales (derecho humanitario) considerarían que los procedimientos legales del gobierno son inconstitucionales, que los detenidos si tienen derecho a cuestionar su detención, que los Tribunales Militares no son imparciales y no garantizan el derecho a un debido proceso, que la denominación “enemigo combatiente” es muy ambigua o que no es posible justificar las detenciones que ha efectuado el gobierno, mientras que el gobierno asegura que ha sido facultado por el Congreso para actuar de esta manera y ellos son entonces quienes están en capacidad de definir quien es el enemigo y como debe de ser tratado. ¹⁶⁷ El gobierno ciertamente, afirmará que no existe otra manera más idónea para proteger a los ciudadanos americanos que ésta. ¹⁶⁸

Esta tensión entre lo que parecería ser un problema de interpretación legal sobre la normatividad nacional y los tratados suscritos por el gobierno de los Estados Unidos, se podría plantear también en términos de la tensión política entre liberales y conservadores. ¹⁶⁹ Los liberales, que avalan el derecho humanitario, condenan las acciones del gobierno y evidentemente perciben un tufillo totalitario en esta normatividad de excepción, y los conservadores por su parte que piensan que Estados Unidos debe emplear medios inusuales para una situación inusual y que el gobierno tiene la obligación de protegerlos de cualquier amenaza sea cual sea el costo que esto tenga ¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Ibid., p.55.

¹⁶⁶ Ibid., p. 59.

¹⁶⁷ Ibid., p.60.

¹⁶⁸ Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?* . p.26.

¹⁶⁹ Ronald Dworkin coloca estas posiciones en términos de la cultura azul enfrentada a la cultura roja (pensando obviamente en la bandera norteamericana) , los primeros cosmopolitas, ecuménicos y de pensamiento “complejo” y los segundos más provinciales y defensores de valores simples pero a su vez muy interiorizados. Cfr. *Is Democracy Possible Here?*

¹⁷⁰ Ibid., p.27.

Estados Unidos, dicho sea de paso ha mostrado en estos últimos años cierta conducta contradictoria en cuanto al planteamiento de su política, es decir, que por un lado ha aparecido siempre como el gran impulsor de los derechos humanos en el planeta ¹⁷¹, pero, al mismo tiempo - como acabamos de ver- mantiene estándares muy distintos al interior de su Estado y en lo que significa su política interna.

Empero, esta realidad no resulta del todo inexplicable si la ubicamos dentro del concepto “excepcionalismo americano”, vale decir, la doctrina que desde el fin de la Segunda Guerra mundial ha desplegado el gobierno americano y que lo coloca fuera del marco de la legalidad internacional atendiendo también a la incapacidad del sistema internacional de poder ejercer alguna medida coercitiva contra ellos justamente por el gigantesco poder que exhibe.

Como señala Michael Ignatieff, profesor en la Universidad de Harvard, esta característica de la política norteamericana tiene explicaciones de diverso índole, por ejemplo, la influencia del realismo político en tanto que los derechos humanos al debilitar al Estado, restringen su poder por lo que los Estados fuertes suelen sustraerse a este control, también existe una dimensión cultural desde el momento en el cual los Estados Unidos se consideran predestinados para difundir sus valores al resto del mundo y entre estos valores sin duda se destaca el valor democrático entendido como la expresión de las mayorías, por lo tanto la voluntad de las mayorías es lo que determina lo valioso para América que a su vez tendría que ser lo valioso para todo el mundo. Igualmente, este excepcionalismo se explicaría en función al enorme peso que tiene el control jurisdiccional base del modelo constitucional americano y que evita que sea muy fuerte la influencia externa. Finalmente, a parte de estos argumentos de origen institucional, también es posible considerar la influencia reciente que viene teniendo en la agenda política el discurso conservador, que obviamente entra en colisión con el discurso más bien liberal que se articula en la defensa de los derechos humanos ¹⁷².

Todas estas características que son como indica el profesor Ignatieff más o menos recientes, nos harían pensar entonces que el caso norteamericano es muy peculiar a raíz de este “excepcionalismo” y por lo tanto la posibilidad de vincular las tesis de Schmitt, Rossiter y Jakobs, es decir, el derecho del enemigo con las medidas dictadas contra individuos como Hamdan o Padilla resulta muy problemática desde mi punto de vista.

Empezando por ejemplo, con la rotunda afirmación de Schmitt en el sentido de que el enemigo siempre debería ser considerado como un enemigo público y no como un enemigo

¹⁷¹ A través por ejemplo de los inmensos fondos que brindan a múltiples ONGs progresistas (en nuestro medio comúnmente conocidas como “caviars”), con instituciones como el USAID, encargada de promover todo lo que significa el individualismo radical, las corrientes feministas, etc., etc. No olvidemos también que los Estados Unidos estuvo directamente involucrado en la creación de las Naciones Unidas y en el borrador de la declaración universal de los derechos humanos de 1948 a través de la participación directa de Eleanor y Franklin Roosevelt.

¹⁷² Michael Ignatieff, “Introduction: American Exceptionalism and Human Rights” en: *American Exceptionalism and Human Rights*, editado por Michael Ignatieff, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2005, pp. 11- 20.

privado como ya lo habíamos indicado¹⁷³, -siguiendo la lectura del *Concepto de lo Político* -, por lo que las creencias o prejuicios que nosotros podamos tener frente a los que nos desafían no deberían aparecer al momento de darle un tratamiento jurídico a estos enemigos¹⁷⁴ o también cuando Jakobs no trata de objetivizar al enemigo cuando distingue al enemigo del ciudadano y habla justamente de un derecho para el enemigo lo cual implica que no se trata de actuar de manera arbitraria o irracional, desde el momento que hablamos de derecho debemos suponer que nos movemos dentro de un plano de racionalidad y de justicia.

La actitud de la administración Bush si bien dijimos que trataba de mantener cierto aire de racionalidad y de legitimidad al argumentar en los casos citados que se tratan de “enemigos combatientes” y de que ellos carecen de soberanía en Guantánamo así como también al enfatizar tercamente la legalidad de su conducta, sin embargo, no deja de exhibir una actitud poco conciliable con la racionalidad del derecho y la razonabilidad de la conducta civilizada.

Por ello, el sostener que no resulta adecuado insertar las acciones de la administración Bush dentro de los márgenes del “derecho de emergencia” propuesto por Schmitt, Rossiter y Jakobs, me parece lo más aconsejable en tanto todos ellos pretenden mantenerse mal que bien dentro de una tesis de la vinculación entre el derecho y la moral. Como podemos apreciar, la política norteamericana responde más bien a una visión de integración entre el derecho y la moral lo cual concuerda además con su propio pasado protestante que fue en todo caso moderado por la formidable construcción institucional que se creó.

De esta forma, al no poder plantearse la separación el concepto que manejan de “enemigo combatiente” no resulta siendo tan ambiguo como parecía en un principio sino más bien intenta colocar a este “enemigo combatiente” dentro de lo que llamaríamos la encarnación del mal y por eso su maltrato parece algo natural a su condición. Evidentemente, si pensamos en Jakobs por ejemplo, en ningún caso el derecho del enemigo conlleva algún tipo de connotación en este sentido.¹⁷⁵

No obstante ello, no faltan académicos liberales o postestructuralistas que más bien consideran que estas actitudes del gobierno americano si podrían estar acercándose mucho al decisionismo schmittiano por ejemplo - y de allí obviamente hacia el totalitarismo nazi-. Precisamente uno de ellos, un reconocido especialista en la obra del constitucionalista alemán, David Dyzenhaus advierte – coincidiendo también con el filósofo italiano Giorgio Agamben – que no tendría nunca sentido hablar de una “dictadura constitucional” – como lo sugería Rossiter por ejemplo – en la medida que toda dictadura moderna es de hecho un régimen que carece de control siendo la discrecionalidad su nota característica¹⁷⁶.

¹⁷³ Cfr. Nota 93 en el presente texto

¹⁷⁴ Esto significa que nosotros tenemos que separar aquí la moral del derecho y esto nos inhibe por ejemplo de declarar inmoral al enemigo y ya no actuar con ellos con el mayor desprecio posible llegando inclusive a deshumanizar al enemigo.

¹⁷⁵ Cfr. Cita 115 del texto.

¹⁷⁶ Esta es la tesis de Agamben que considera que Schmitt y sus epígonos no han entendido que la Dictadura Romana (que estaba institucionalizada) no puede ser trasladada a un contexto moderno por lo que nunca

En realidad, de acuerdo a esta interpretación la dictadura contemporánea sería comparable a la institución de la “iustitutium”, en la cual la ley es empleada para generar un “vacío jurídico”, esto es, una suspensión de la ley.¹⁷⁷

De esta manera entonces y siguiendo particularmente las afirmaciones de Schmitt en su trabajo *Teología Política*, Dyzenhaus entiende que el soberano no es que actúe dentro de una suerte de nada o vacío¹⁷⁸ sino que su espacio está más allá de la ley, “un espacio que es revelado cuando la ley cede dejando un estado de legalidad sin restricciones, representado por el soberano a fin de que actúe”.¹⁷⁹

Por lo tanto, estaríamos ante una soberano (léase Bush) que esta por encima de la ley y la administración de justicia y con el argumento de la seguridad del pueblo de los Estados Unidos podría estar modificando radicalmente la configuración del régimen político.¹⁸⁰ La misma idea de establecer una dictadura constitucional podría darle visos de legalidad a un escenario que según esta perspectiva liberal no existiría pues el soberano tendría muy pocos límites aunque actuaría como si los tuviese si es que se legitima el concepto de Dictadura Constitucional por ejemplo (de allí según Dyzenhaus los problemas con las teorías de Rossiter y del mismo Ackerman)

podría haber una dictadura constitucional. Cfr. David Dyzenhaus, *The Constitution of Law, legality in a time of emergency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2,006, p. 38.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Esto porque Agamben había considerado que el dictador opera en una suerte de agujero negro

¹⁷⁹ Ibid., Dyzenhaus, p.39

¹⁸⁰ El profesor Dyzenhaus, va más allá y cuestiona inclusive las tesis del propio Bruce Ackerman y también del profesor Cass Sunstein respecto a la manera como la Constitución puede defenderse de una situación como esta sin tener que recalar en las ideas de Schmitt o Rossiter por ejemplo.

Respecto a Ackerman, señala que éste de alguna forma coincide con Schmitt sobre la necesidad de contar con poderes de emergencia otorgados por la Constitución, a su vez, Ackerman no piensa que los jueces puedan frenar este poder por lo que recurre a una estrategia de creación constitucional de un sistema de balances (checks and balances) que efectúen el control algo así como el empleo de “incentivos y desincentivos”, a este esquema él lo denominará “escala supramayoritaria” (supramajoritarian escalator). Mediante este sistema la declaratoria de emergencia es conferida por el Congreso pero por un corto tiempo y para una renovación de la misma se requerirá cada vez más un número mayor de legisladores. En esta propuesta como indica Dyzenhaus no habría mayor participación de los jueces dentro de un estado de emergencia lo cual él lo considera inadecuado.

Por su parte el profesor de Chicago Cass Sunstein sostiene una tesis judicial minimalista que se hace a un más minimalista durante una situación de emergencia. Según el profesor de Chicago este minimalismo favorece lo superficial sobre lo denso evitando dar una respuesta a los casos más problemáticos apelando al concepto de “desacuerdos insuficientemente teorizados”. Por ejemplo, este enfoque - según Sunstein - podría reconciliar mejor la seguridad con los derechos en tiempos de emergencia ya que las posiciones maximalistas sean a favor de la seguridad o de los derechos serían obviamente irreconciliables, de hecho, esto podría expresarse por ejemplo en la coyuntura actual en donde el ejecutivo actúa con la autorización y supervisión del Congreso y a su vez la administración de justicia trata de preservar el derecho a un debido proceso por ejemplo. Empero, el minimalismo judicial podría por ejemplo aceptar la detención de Hamdi, ya que el ejecutivo actúo legalmente y por lo tanto las Cortes en su comportamiento minimalista tendría que aceptarlo ya que las Cortes minimalistas trabajarían a nivel de reglas más que de principios. Ver, David Dyzenhaus, *The Constitution of Law, legality in a time of emergency*; pp. 39 – 65. De Cass Sunstein, *One Case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1999.

Recientemente también ha hecho su aporte a este debate otro conocido profesor de derecho muy ligado al análisis económico del derecho, Richard Posner quien en contraposición a las tesis humanitarias que defienden una posición de densidad moral liberal y también sin tomar en cuenta el desarrollo de las teorías de la excepción barajadas por Schmitt o Rossiter aboga por una salida más bien práctica que hasta cierto punto nos haría recordar a una argumentación muy difundida en el campo constitucional europeo¹⁸¹.

En principio y diferenciándose de Dyzenhaus, no es posible pensar que los jueces estén en capacidad de reconocer lo que significa un estado de emergencia, ellos no son expertos en terrorismo o seguridad pública que son temas más propios de políticos que de jueces.¹⁸² Por otro lado, no debería ser tan irracional por ejemplo el pensar que si a través de ciertos mecanismos (por ejemplo un interrogatorio algo violento) podría ser necesario si se trata de obtener información que podría evitar por ejemplo otro 11 de Septiembre. Esto que para un discurso liberal evidentemente ni siquiera podría ser imaginado sin generar ya cierto rubor resulta para Posner algo que no puede ser descartado.

Ciertamente, muchos pensarán que el torturado puede ser que no tenga información valiosa, que mienta o que finalmente se niegue a hablar, pero por allí puede ser que también suelte algún dato valioso, y como se dice ese dato puede ser algo mejor a nada.¹⁸³

En este sentido, si los derechos constitucionales son creados por la Corte Suprema en vía de interpretación y ésta descansa también las circunstancias del momento, es evidente entonces que en una situación como la generada tras los atentados del 2,001 ha generado un desequilibrio entre los valores, teniendo ahora un mayor peso el valor de la seguridad pública. En respuesta a este estado las Cortes responden alterando el balance y recortando ciertas libertades (privacidad, libertad de expresión etc.) a favor de la seguridad. Esta sería entonces la salida pragmática que propone Posner.¹⁸⁴

Así concluye Posner:

“He argumentado que la manera adecuada de pensar sobre los derechos constitucionales en un tiempo como este es en los términos de la metáfora de un balanza. Un platillo contiene los derechos individuales, la otra la seguridad colectiva, con la balanza requiriendo un ajuste constante en tanto los pesos de los respectivos intereses cambian. Cuanto más seguros nos sintamos, mayor peso le daremos a las libertades personales; cuanto más en riesgo nos sintamos, mayor peso sobre el interés de la seguridad...”¹⁸⁵

¹⁸¹ Nos referimos al famoso principio de ponderación desarrollado por el profesor alemán Robert Alexy, quien sostiene que en el constitucionalismo contemporáneo convergen muchos principios por lo que no sería extraño que se manifiesten conflictos entre ellos pero como todos son importantes habría que ver para cada caso concreto cual es el principio prevalente, esto se hará apelando a un procedimiento que culmina con el juicio de ponderación en el cual literalmente se “pesan” cada uno de ellos y se opta por el menos gravoso o perjudicial. Cfr. Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2,003. Sin embargo, Alexy jamás suscribió las conclusiones de Posner por su cerrada defensa de los derechos humanos.

¹⁸² Richard A. Posner, *Not a Suicide Pact, The Constitution in a Time of National Emergency*, p. 35.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid., p. 147.

¹⁸⁵ Ibid., p. 148.

En síntesis, el debate en Norteamérica posee varios matices aun cuando como hemos podido apreciar ninguno de los más conocidos académicos apela directamente a las tesis de Schmitt, Rossiter o Jakobs a pesar de que en la periferia rondan indudablemente estos nombres, y el debate continua.

ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES.

Evidentemente aún no he agotado el tema y hay mucho por decir, como señalé en la introducción, la idea era presentar como es que se debería entender el derecho dentro del paradigma de la excepcionalidad y como es que el discurso jurídico liberal pareció no ser capaz de comprender la naturaleza de esta realidad y la manera de abordarlo.

Sin duda, lo que aconteció el 2.001 ha generado algunos cambios en este sentido y podemos entonces encontrar juristas más bien liberales que han ido reconociendo la situación de emergencia y la necesidad de encontrar un enfoque menos maximalista (en lo que concierne la defensa de los derechos individuales) para lidiar con el problema (por ejemplo Ackerman, Sunstein o Posner) y también tenemos, como hemos visto, una literatura muy interesante sobre lo que sería el embrión de una teoría de la excepción.¹⁸⁶

En la misma introducción, sostuve que iba a demostrar que el enfoque realista (Schmitt por ejemplo) podría ser más adecuado para superar la situación anormal, sin embargo, aun queda pendiente esta tarea, pero lo que si queda claro es que la tesis realista pretende ser aún un enfoque JURIDICO por que apela a la racionalidad y, bajo ningún punto de vista, trata de implantar un modelo exclusivamente DECISIONISTA como argumentan los críticos del realismo político y los enemigos del derecho de excepción.

¹⁸⁶ Así como existe una teoría que surge a partir de las leyes, léase Teoría Legal también ahora podríamos hablar de una Teoría de la Excepción, que no será liberal en el sentido contemporáneo del termino pero si jurídica en el sentido de defensa del orden (NOMOS) .En cuanto a los autores obviamente se incluirían a Schmitt, Rossiter y Jakobs.