

**PATRICIO SABADINI,**  
***De entropía y enemigos. Un ensayo sobre derivas hobbesianas, modernidad y discursos de la exclusión,***  
**Ed. Contexto, Resistencia, Chaco, 2014.**

En este libro, cuya lectura recomiendo, Sabadini da cuenta de que el derecho penal “del enemigo” —o su rótulo— no es un problema en sí mismo, sino que como en el discurso de emergencia y del estado policial se esconde detrás de ello, en clave de la sociología, cómo el derecho responde con defecto de selección a irritaciones de su entorno. Hoy en día vivimos en tiempos de globalización que abarcan también la mundialización de los miedos y las formas de reacción ante los mismos. Internet es un producto básico de este tiempo que no solo nos permite comunicarnos fraternalmente sino también agredirnos y tratarnos unos a otros como enemigos. El derecho penal del enemigo es apenas un intento de legalizar esos peligros para limitar las situaciones en las que se puede llegar a tratar a algunos como enemigos en lugar de como ciudadanos. El problema de fondo es si en un Estado de Derecho es posible admitir la disminución de garantías para algunas personas que consideramos como “terroristas” o “meras fuentes de peligros”, es decir, sujetos que no dan expectativas de comportarse según las normas de convivencia pacífica en una sociedad local o mundial. Fuera de duda está que tenemos derecho a defendernos, incluso con todo el arsenal preventivo y punitivo que tengamos a mano.

El problema es ¿a partir de qué momento y con qué intensidad esta defensa puede ser desplegada sin violar a su vez las bases normativas de la convivencia? ¿Estamos legitimados para disponer de la ley de un modo excepcional para dejar fuera del sistema de normas generales a quienes sospechamos que pueden llegar comportarse de forma indebida en algún momento de sus vidas sin violar el principio constitucional de igualdad ante la ley? ¿Puede la excepcionalidad fáctica justificar excepciones normativas? El derecho penal del enemigo se nutre de esta problemática y es tan solo

una arista del debate general sobre las posibilidades de aplicar leyes de un modo excepcional en relación al principio de igualdad.

En ese sentido y en ese contexto de las situaciones de emergencia y los estados de excepción es que el derecho penal del enemigo crece como una hiedra y se expanden los discursos legitimadores (que no es el caso de Sabadini), de juristas que se visten con ropas políticas y ponen de rodillas a los principios de la justicia liberal y garantista frente a la interrelación de fuerzas en ejercicio del poder punitivo. Así el prof. Michel Terestchenko, en relación a quienes legitiman la tortura en casos de necesidad extrema, sostiene que denominar a la tortura “técnica coercitiva de interrogación” y legislar en qué casos ella procede y en cuáles no, no solamente dejan sin solucionar las cosas sino que mina profundamente las bases de la democracia y del estado de derecho. ¿Cuándo y en qué casos se puede torturar legalmente? ¿Cuáles son los métodos de interrogación aceptables? ¿Se puede torturar para salvar vidas? ¿Se puede tolerar desde un punto de vista filosófico que las argucias jurídicas legitimen la tortura en algunos casos en base a argumentos que refieren a la necesidad de decidir entre dos males el menos malo? ¿Cuánto peligro existe de que la excepción se convierta en regla? ¿Es la tortura un mal necesario? ¿Hasta dónde las posiciones utilitaristas y realistas permiten justificar la tortura para quienes siguen una posición deontica que solo admite imperativos categóricos válidos para toda situación? Hoy en día asistimos a una discusión llevada a cabo principalmente en los EEUU entre autores que defienden la democracia liberal y que, sin embargo, admiten la posibilidad de admitir legal, jurídica y moralmente a la tortura en casos de excepción, por ejemplo, cuando se trata del peligro contra cientos o miles de víctimas. ¿Puede un cálculo matemático de salvataje de víctimas justificar la cosificación del enemigo? Seguramente Bentham nos diría que en *“determinadas circunstancias extraordinarias la felicidad del pueblo puede ser defendida oponiéndose a la ley antes que respetándola”*. Kant tendría serias dudas de aceptar lo anterior sin desnaturalizar la esencia de un estado basado en el Derecho y en determinados principios morales. Lo cierto es que hoy nos encontramos con dos visiones éticas opuestas. Aquellos deontológicos que basándose en Kant no admiten situaciones de excepción a los principios imperativos categóricos y por otro lado, los realistas o pragmáticos que admiten la suspensión de esos principios en las situaciones de excepción. En esta discusión el Prof. Jakbos se decanta por una distinción desde el punto de vista jurídico que permite diferenciar “ciudadanos” de “enemigos” de un orden jurídico. Y es ante estos enemigos que el sistema jurídico admite las excepciones ante quienes no “pueden ser tratados como personas” confiables desde el punto de vista de otorgar garantías cognitivas de que

se comportara según admite el derecho y sus expectativas normativas. Claro, esto Jakobs lo justifica diciendo que esa persona primeramente se ha colocado fuera del derecho y de este modo, admite el mismo argumento que utilizaba Tomás de Aquino al momento de justificar la pena de muerte contra aquellos que primero se habían “deshumanizado” por medio de sus acciones criminosas. La pregunta es si la tortura y la disminución de las garantías procesales pueden verse aceptadas por el mero hecho de legalizarlas o limitarlas a situaciones concretas de excepción. ¿Acaso esta solución no nos conduce a la posición de Carl Schmidt que distinguía entre amigo y enemigo en la política interna? Según Jakobs cualquier ciudadano puede ser considerado enemigo, porque es la conducta de cada uno la que permite pasar de un estado político a otro. De este modo nuestras acciones y nuestra conducción en la vida son las que legitiman los castigos y la disminución de las garantías, como si ello fuera posible sin desnaturalizar al propio Estado encargado de impartir justicia y convertirlo en un Estado que actúa fuera del derecho o de la justicia desde un punto de vista moral o deontológico. ¿Hasta dónde el Estado puede asegurar su infalibilidad cuando sospecha de un ciudadano como una “fuente de peligro”? Pero aun cuando ese Estado tuviera la certeza de estar frente a una fuente de peligro, ¿puede ese Estado ir más allá de la vigilancia permanente preventiva y aplicar otros métodos que puedan infligir dolor psicológico o físico con el objetivo de prevenir daños a la norma? Pero además, ¿puede ese Estado comenzar a vigilar permanentemente a quien todavía no ha comenzado con la lesión de un bien jurídico penalmente tutelado? ¿Cuándo puede comenzar esa vigilancia? ¿Vale la mera sospecha de peligro abstracto o se requieren hechos concretos de peligro concreto?

Todas estas preguntas integran el bagaje de problemas relacionados con el derecho penal del enemigo, que nos obligan a los académicos y a todos los ciudadanos a tomar una postura. Hasta no hace muchos años, argentinos y uruguayos vivimos el problema del terrorismo de Estado en el que la tortura era un método normal y aceptado de interrogación justificado en el marco de una guerra sucia con el argumento de la necesidad urgente de recabar información para salvar vidas y en último instante también a la nación.

Nuestras dictaduras crearon al enemigo interno para justificar cualquier técnica deshumanizadora en su contra, al punto de que contra el enemigo todo ataque es válido porque se trata de salvar valores superiores al individuo que está fuera de nuestro contrato social basado en la defensa de la nación y de un modelo económico determinado. El problema es si nosotros hoy en democracia podemos aceptar aquellos postulados porque en definitiva se trata de salvar vidas inocentes del ataque criminal de sujetos que son capaces de colocar una

bomba en un shopping center en horas del mediodía. ¿Podemos justificar la tortura para que ese enemigo nos diga adonde está colocada la bomba? ¿Podemos hacerlo sin ponernos a su altura? Sobre estas cuestiones también trata el libro de Sabadini.

Ahora bien, no podría terminar esta reseña sin dejar mi opinión personal ante el problema del derecho penal de excepción o para enemigos. Y en ese sentido, si bien es cierto que los derechos puedan estar ligados de forma casi inseparable con los deberes, también es cierto que las formas de sancionar a quienes se desvían del derecho no pueden a su vez desviarse ellas también del derecho.

Un ciudadano puede en ocasiones colocarse fuera del derecho, incluso adoptar esta posición o rol como forma de conducción en la vida. Esto es posible y de estos individuos tenemos el derecho y también el deber de protegernos. Pero para ello no podemos desvirtuar los principios del derecho sin posicionarnos también fuera del derecho. Y esto dicho desde una concepción del derecho que vaya más allá del simple derecho positivo, que no es más que una respuesta política del legislador ante un fenómeno determinado en un momento de tiempo determinado. Pero el derecho también puede estar en ocasiones en contradicción con una concepción determinada del derecho, como de algún modo puso en evidencia Gustav Radbruch. Lo cierto es que un derecho penal preventivo tanto procesal como material solo puede admitir excepciones al derecho hasta donde ellas no lesionen principios básicos o fundamentales contenidos en la Constitución, porque al derecho también hay que ponerle límites y porque los ciudadanos también tenemos derecho a ser protegidos en algunos casos del derecho cuando ese derecho no responde a los principios generales de justicia, al menos contenido en la carta fundamental que recoge las bases aceptadas de la convivencia a nivel local. Ahora bien, en cuanto a la sociedad mundial, el papel de la Constitución deberá buscarse en los Tratados y Costumbres que recogen la protección de los derechos humanos y del derecho humanitario. El hecho de juzgar a un enemigo a nivel local como internacional no es otra cosa que la prueba que ese sujeto integra el pacto social roussoniano y de que es portador de todos los derechos civiles, políticos y sociales, porque de otro modo, aplicaríamos impunemente contra él un derecho de guerra sin limitación alguna que no se condice con el estado de nuestra evolución como grupo humano.

**Pablo Galain Palermo**  
UdelaR- galain.pablo@gmail.com