

# Enfrentando al enemigo. Cortocircuitos normativos en las respuestas a las amenazas del terrorismo global<sup>1</sup>

## *Facing the enemy. Normative short circuits in the responses to the threats of global terrorism*

Por MARTA RODRÍGUEZ FOUZ  
Universidad Pública de Navarra

### RESUMEN

*Este artículo se ocupa de la construcción jurídica y social del concepto de enemigo en el contexto de la respuesta al terrorismo global, identificando a partir de sus transformaciones los mecanismos que reproducen la cosmovisión del orden democrático como garante de seguridad para sus ciudadanos. El terrorismo global irrumpe como amenaza contra ese orden y desata reacciones legislativas y sociales que testimonian sobre la centralidad de la violencia en la configuración de las democracias y sus normas. Los desafíos que se derivan de ahí se atienden enfrentando la idea de enemigo planteada por Carl Schmitt y la que informa la tesis del «derecho penal del enemigo» defendida por Günther Jakobs, pues desde ambas pueden extraerse claves interpretativas muy valiosas para entender el mundo actual y su relación con la violencia.*

Palabras clave: *Schmitt. Jakobs. Enemigo. Terrorismo. Orden. Legitimidad.*

---

<sup>1</sup> Este artículo se ha elaborado durante la estancia de movilidad concedida por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades en la convocatoria 2018 del Programa «Salvador Madariaga» y llevada a cabo entre febrero y julio de 2019. Además, el trabajo se desarrolla dentro del proyecto «El logos de la guerra. Normas y problemas de los conflictos armados actuales» (DER2017-82106-RB) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y dirigido por Roger Campione. Agradezco al *Dipartimento di Scienze Giuridiche* de la *Università degli Studi di Firenze* y, en especial, al profesor Filippo Ruschi, su amable acogida.

## ABSTRACT

*This paper addresses the legal and social construction of the concept of enemy in the context of the response to global terrorism, by identifying, from its transformations, the mechanisms that reproduce the conviction that the democratic order is the deepest guarantee of security for its citizens. Global terrorism bursts in as a threat against that order and unleashes legislative and social reactions that point out the centrality of violence in the configuration of democracies and their norms. The challenges derived from this fact are approached by confronting, on the one hand, the notion of the enemy put forward by Carl Schmitt and, on the other, the conception which informs the thesis of the «enemy criminal law» defended by Günther Jakobs. Both proposals seem to hold high heuristic capacity to understand, in general, the current world and, in particular, its connection to violence.*

Keywords: *Schmitt, Jakobs. Enemy. Terrorism. Order. Legitimacy.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL ENEMIGO COMO REFERENTE INSTRUMENTAL Y MORAL. – 3. EL ORDEN Y LA SEGURIDAD AMENAZADOS. – 4. LA LEGITIMACIÓN PREVENTIVA DE LA VIOLENCIA. – 5. CONCLUSIONES. LIMITACIONES DE UN DERECHO SITUADO Y CONTINGENTE

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. – 2. THE ENEMY AS AN INSTRUMENTAL AND MORAL REFERENCE. – 3. THREATENED ORDER AND SECURITY. – 4. PREVENTIVE LEGITIMATION OF VIOLENCE. – 5. CONCLUSIONS. LIMITATIONS OF A CONTEXTUAL AND CONTINGENT LAW

## 1. INTRODUCCIÓN

En este artículo se exploran los significados jurídicos y sociales del concepto de enemigo en el contexto de las amenazas del terrorismo global. Para ello, recurriremos al planteamiento clásico de Carl Schmitt sobre el enemigo y a la propuesta de Günther Jakobs sobre un derecho penal del enemigo. Tanto Schmitt como Jakobs sitúan la idea de enemistad en el centro de la explicación de la regulación normativa y de la integración «civilizada» de la violencia, lo que nos permite enlazarlos con la noción de orden, ligada a la idea de justicia y a la tensión entre violencia legítima e ilegítima. El acercamiento a ambos autores nos permite, además, confrontar el sentido y la pretensión ordenadora del derecho con la irrupción de cortocircuitos normativos que cuestionan su rectitud e inciden en la complejidad interpretativa de la propia noción de enemigo, sometida a vaivenes ideológicos que obligan a revisar su significado en marcha y que nos fuerzan a reflexionar sobre la presencia

inveterada de la guerra y de la violencia en la realización material y simbólica de nuestro mundo. Derivaremos desde ahí hacia un análisis crítico sobre las dificultades de la orientación normativa para asegurar principios de acción que no eludan la cuestión de la responsabilidad y que no naturalicen la excepción como regla, bajo el presupuesto de que la urgencia de la amenaza lo requiere. Presuponiendo, además, que así (con dosis selectivas de violencia dirigida) se acota la incertidumbre generada por las amenazas del terrorismo.

En las democracias occidentales la regulación de la violencia se materializa con el monopolio legítimo de la violencia por parte del Estado (mediante el ejército y los cuerpos policiales), y adquiere forma normativa mediante el *ius belli* y el derecho penal. Las manifestaciones de la violencia que ocurren fuera de o contra ese derecho aparecen como ejercicios de fuerza ilegítimos y como expresiones del desorden y la inseguridad que el sistema normativo pretende combatir, aupado por la posibilidad de hacer uso de su propia violencia reglada, ya sea como coerción, ya como ejercicio punitivo. En ambos frentes, en el de la seguridad interna y en el de la externa, el derecho pretende prefigurar la posibilidad de comportarse moralmente, regulando el uso de la fuerza y presuponiendo que el cumplimiento de las normas atenúa la brutalidad de la violencia<sup>2</sup>. Es esa presuposición sobre el poder performativo de la norma, como configuradora del orden, lo que nos va a permitir ahondar en el concepto de enemigo como referente idóneo para entender los usos «civilizados» de la violencia y para reflexionar sobre la irrupción de cortocircuitos normativos que consolidan la excepcionalidad como fórmula domesticadora de la incertidumbre propiciada por la amenaza global del terrorismo yihadista.

## 2. EL ENEMIGO COMO REFERENTE INSTRUMENTAL Y MORAL

Carl Schmitt concibe el enemigo como enemigo público (*hostis*)<sup>3</sup> y le confiere la capacidad para asegurar la propia existencia del Estado, al articular éste sus fronteras (su asentamiento y localización) y su pro-

---

<sup>2</sup> Ese presupuesto es especialmente visible en la concepción legalista de la guerra. Puede verse el clásico tratado de Alberico Gentili, pionero y precursor del derecho internacional y de cuyas tesis sigue bebiendo la noción de guerra legítima como aquella que se atiene a la legalidad [vid. GENTILI, A., *Il diritto di guerra*, Milano Dott. A. Giuffrè editore, 2008 (1598)]. O también Hugo Grocio con su eliminación de la noción de justicia en el juicio sobre el derecho a la guerra [vid. GROCIO, H., *Del derecho de presa. Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987 (1625)].

<sup>3</sup> Remite a la noción de *hostis* frente a la de *inimicus*, más vinculada a las relaciones interpersonales. Cfr. SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 2009 (1932), p. 59.

pia identidad nacional como confrontación con los extranjeros, que son caracterizados en términos de potencial hostilidad. La identificación de ese enemigo público revierte en la dotación de mecanismos legislativos que vertebran las relaciones internacionales desde la expectativa tanto de poder ser atacados como de atacar (remedo del célebre adagio romano: *si vis pacem, para bellum*), configurando un tablero de equilibrios asentados sobre el presupuesto de la legitimidad de todos los actores para defenderse del enemigo y, por lo tanto, sobre la negación de la atribución de la justicia en exclusiva a una de las partes contendientes. En ese tablero, es el Estado en exclusiva quien detenta el poder de declarar la guerra. Es quien, «en cuanto unidad política soberana (...) puede designar tanto al enemigo interno como al enemigo externo, concentrando por tanto para sí el monopolio de la fuerza legítima, que incluye el derecho de determinar el enemigo y, en consecuencia, de exigir a los hombres, como ciudadanos o súbditos, que estén dispuestos a matar y a morir»<sup>4</sup>.

La distinción entre amigos y enemigos es básica para entender las relaciones internacionales. Schmitt remite a un horizonte de violencia bélica sujeta por el cálculo de la mutua legitimidad para defenderse con la fuerza de las armas. Y esa sentencia resulta esencial para la propia supervivencia al prevenir sobre la eventualidad del surgimiento de la amenaza.

Schmitt pone el acento en una noción de enemistad vinculada a la expectativa de supervivencia colectiva. No hay emociones como el odio o la aversión, sino la identificación racional de entidades distintas que podrían poner en riesgo la propia autonomía, requiriendo ese ejercicio de preparación para la guerra que, por vía del equilibrio, apaciguaría los instintos depredadores de las naciones. Schmitt idealiza el *ius publicum europaeum* y la Paz de Westfalia, que, desde la perspectiva de su realismo jurídico, habrían contribuido a pacificar las relaciones entre los pueblos, limitando los estragos, la virulencia y la cadencia de las guerras, y propiciando el nacimiento de los Estados nacionales definidos, a partir de entonces, por la soberanía y la integridad territorial. Obviamente, esa capacidad pacificadora del *ius publicum europaeum* puede ser puesta en entredicho con multitud de ejemplos históricos, entre los que el culmen sería la Primera Guerra Mundial<sup>5</sup>, pero, en cualquier caso, no puede negársele la virtud de sentar las bases para

<sup>4</sup> CASTRUCCI, E., *Nomos e guerra. Glosse al Nomos della terra di Carl Schmitt*, Napoli, La scuola di Pitagora, 2011, p. 84. (*Traducción propia*). Podemos recordar aquí cómo Habermas, para caracterizar el nuevo escenario de las relaciones internacionales como advenimiento de los Estados posnacionales, remarca, precisamente, la pérdida por parte de éstos de ese poder legítimo para exigir a los ciudadanos que mueran o maten en su nombre. Cfr. HABERMAS, J., «Consideraciones finales», en Gimbernat, J. A., (ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997, pp. 261-71, p. 268.

<sup>5</sup> Cfr. JOAS, H., *Guerra y modernidad. Ensayos sobre la historia de la violencia en el siglo xx*, Barcelona, Paidós, 2005 (2000), pp. 39-41.

el propósito de una regulación de las relaciones internacionales orientada a minimizar las potenciales hostilidades, derivadas, entre otras causas, del imperialismo europeo y de una concepción feudal de la propiedad de las tierras y los pueblos.

Si estiramos esa interpretación hasta el presente, en el contexto de las amenazas del terrorismo yihadista, vemos que ese concepto de enemigo que propone Schmitt se queda estrecho al requerir un escenario de reconocimiento mutuo de la alteridad y de su soberanía legislativa y legitimadora de las acciones (también en la designación de los enemigos) que no encaja con la irrupción del nuevo actor como sujeto amenazante. O que, si lo hace, suscita controversias de calado difíciles de solventar: en particular, la que presupone la capacidad de Al-Qaeda, el Isis o el Estado Islámico para declarar una guerra (asimilándose a un Estado nacional)<sup>6</sup>. Y también, en un terreno más delicado, la que implica el reconocimiento de esos grupos para perseguir legítimamente, incluso con las armas, sus objetivos políticos<sup>7</sup>.

Más allá de esas cuestiones *quasi-técnicas*, la dicotomía amigo-enemigo irrumpe como una de las modalidades semánticas que puede tomar la distinción nosotros-otros, deslizándose, además, hacia la división entre el bien y el mal que Schmitt rebatía. No en vano, Schmitt sitúa la guerra en el ámbito de lo político, desplazando las consideraciones éticas, esto es, la distinción entre el bien y el mal, al ámbito de la moral<sup>8</sup>. En la perspectiva actual, las acciones se interpretan desde la polaridad bien/mal y aparecen como indiscutible y peligrosamente justas o injustas en función de dónde se sitúe la clave moral que las dota de sentido. Según lo concibe Schmitt, esa distinción entre el bien y el mal en nuestras acciones se derivaría de una cosmovisión ajena a lo político, donde el criterio exclusivo habría de ser aquella consabida polaridad entre amistad y enemistad entendida en su estricto significado formal.

<sup>6</sup> Sobre los efectos de esa decisión en clave de redefinición del contexto como bélico puede verse RODRÍGUEZ FOUZ, M., «Las voces del Imperio. Sobre la semántica de la justicia y del derecho a la guerra», *Política y Sociedad*, vol. 41, núm. 3, 2004, pp. 63-84.

<sup>7</sup> Podrían traerse aquí las controversias acerca del propio término terrorismo que, precisamente, sitúan el foco en su parcialidad a la hora de calificar idénticas acciones (en cuanto a daños y modales) como terroristas o como legítimas en función del actor que las lleve a cabo. Puede verse, ZOLO, D., *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Trotta, 2007 (2006), pp. 145-56; YOUSEF SANDOVAL, L., «El terrorismo contemporáneo a la luz del pensamiento de Carl Schmitt: la metamorfosis del partisano», *Historia y política*, 39, 2018, pp. 327-357; ALDAVE, A., *La guerra global contra el terror*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; y COLOMBO, A., «El terrorismo entre legalidad y legitimidad. El insostenible monopolio de los Estados sobre la noción de violencia ilegítima», en Campione y Ruschi (eds.), *Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 80-110.

<sup>8</sup> Schmitt distingue entre moral, economía, estética y política, cada una con sus propios referentes taxonómicos (bien y mal; útil y perjudicial –o rentable y no-rentable–; belleza y fealdad; amistad y enemistad). Cfr. SCHMITT, C., *El concepto...*, op. cit., p. 56.

Como es sabido, Schmitt advertía contra la incorporación a lo político de referentes morales y universalistas, localizando en ese deslizamiento el resorte que pondría en marcha las formas de guerra más cruentas, bajo un *casus belli* distorsionado por la pretensión de derrotar a la misma guerra e instaurar, por fin, una paz universal y perpetua<sup>9</sup>. La incorporación de esos referentes morales, que enlazan con la idea de una guerra justa, propicia la aceptación de violencias que se consideran razonables, consolidando, de paso, el concepto discriminatorio de guerra que dirime quién puede ser soldado y quién solo puede ser un delincuente y un criminal<sup>10</sup>.

Resulta obligado este apunte que remite a la pretensión de racionalidad (leída como eficiencia, en este caso, eficiencia en la neutralización de las amenazas terroristas) porque nos lleva a mirar hacia la lógica de desencadenamiento de las guerras desde una doble perspectiva: la moral, que se dilucida en el discurso público mediante la presuposición de que se está librando una guerra justa; y la material, ligada a intereses económicos y estratégicos que tienden a ocultarse a la mirada de esa misma población que apoya o rechaza las intervenciones bélicas, y que podría remitir, según aquella taxonomía schmittiana, a la rentabilidad de la guerra<sup>11</sup>. No obstante, es la primera perspectiva la que mayor interés tiene para la conceptualización del enemigo como objeto de acciones razonables (y racionales) dirigidas a eliminarlo.

La siguiente precisión que cabe hacer es la que se deriva de los rasgos de la nueva amenaza terrorista<sup>12</sup>. En la medida en que esa amenaza se presenta como transfronteriza y a la vez inserta en la misma médula de nuestra vida cotidiana, se desdibujan los límites que permiten ceñirla en el espacio de las guerras «civilizadas» contenidas, al menos a priori y sobre el papel, en el derecho internacional público

---

<sup>9</sup> Schmitt es muy crítico con ese objetivo de una guerra definitiva que acabe con todas las guerras, señalando cómo desde ahí se justifican, precisamente, las formas más cruentas de la violencia bélica, «de una intensidad e inhumanidad insólitas» (SCHMITT, C., *El concepto...*, *op. cit.*, p. 66).

<sup>10</sup> Vid. SCHMITT, C., *Il concetto discriminatorio di guerra*, Roma, Editori Laterza, 2008 (1938); ANDREA SERENI, C. (2015), «La crítica schmittiana al concepto discriminatorio de guerra», en *Actualidad de Carl Schmitt a 30 años de su muerte*, [https://www.academia.edu/23205623/La\\_cr%C3%ADtica\\_schmittiana\\_al\\_concepto\\_discriminatorio\\_de\\_guerra](https://www.academia.edu/23205623/La_cr%C3%ADtica_schmittiana_al_concepto_discriminatorio_de_guerra) 2015, pp. 59-371.

<sup>11</sup> Sobre esta dimensión, ajena a la concepción política de la guerra de Schmitt, resulta muy ilustrativa la reciente decisión de Donald Trump, tras retirar sus tropas de Siria, de establecer una base militar en los campos de petróleo del Este del país (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-50505755>; [https://elpais.com/internacional/2019/12/09/actualidad/1575919898\\_140549.html](https://elpais.com/internacional/2019/12/09/actualidad/1575919898_140549.html)).

<sup>12</sup> Hay quienes plantean la discusión sobre si se trata de una nueva o vieja forma de terrorismo, concluyendo que la etiqueta de nuevo no responde a la realidad de sus prácticas (cfr. BLANCO, J. M.<sup>a</sup> y COHEN, J., «Viejo y nuevo terrorismo», *Enfoques*, núm. 2, 2016, pp. 1-22.). No obstante, y sin entrar en ese análisis, desde el punto de vista de su sentido social y los miedos que desata, sí podría hablarse de nueva amenaza. Puede verse, en este sentido, CANO, M. Á., «Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo», *Revista española de investigación criminológica*, 2009, pp. 1-30.

que sirve de guía a Schmitt. El contexto al que Schmitt remitía sus reflexiones sobre la formalidad restrictiva de la guerra, es muy distinto si pasamos a considerar que el enemigo que se alza contra nosotros (como ciudadanos de las democracias occidentales) carece de un referente político al modo como podía serlo un Estado enemigo. Aquella tensión irresoluble que, según lo ve Schmitt, prestaba aliento, alma y cuerpo a lo político, y que se expresaba inevitablemente como enemistad, queda desfigurada con la irrupción de ese enemigo terrorista. La distinción entre amigos y enemigos no se apoya ya en la prefiguración de un equilibrio entre naciones que reconocen la legitimidad de todas ellas para luchar por su propia integridad. Esa dinámica que deslizaba fuera del tablero la noción de justicia y que, como ya hemos apuntado, Schmitt defendía como fórmula para embridar la bestialidad de la guerra, pierde sentido ante esos nuevos actores ajenos a la cosmovisión del *ius belli* y, por supuesto, indiferentes al concepto de legitimidad, central para esa cosmovisión.

El enemigo terrorista no es reconocido como sujeto soberano con derecho a combatir según las reglas de la guerra: es, en cambio, un criminal. Un criminal al que, con todo, como plantea Jakobs y veremos enseguida, no se le debe aplicar el derecho penal del ciudadano, institucionado como potestad punitiva (y correctiva) del Estado. Puede aplicársele o un derecho penal del enemigo o la suspensión cautelar de sus derechos, generando cortocircuitos normativos que invitan a una reflexión crítica sobre el propio papel del derecho<sup>13</sup>. La clave para entender este deslizamiento es la irrupción de una perspectiva moral unilateral de la que carecía el modelo westfaliano (al menos en lo que respecta a los países firmantes del Tratado de Paz). Así, pese a considerar las acciones de Al-Qaeda o del Isis como acciones de guerra, esto es, merecedoras de una respuesta bélica, el combate se desarrolla como guerra desigual<sup>14</sup>. No serían *hostis* enfrentándose por la propia supervivencia, y detentadores, ambos, de la legitimidad para combatir. Al contrario, esa legitimidad se dirime previamente y está asentada sobre la conciencia de la superioridad moral, en este caso, de los Estados Unidos, lo que, en efecto, tiene consecuencias sobre el tratamiento dado a los combatientes.

Como advierte Filippo Ruschi, el hecho de que los Estados Unidos asuman tener una superioridad moral deviene la premisa para la criminalización del enemigo. Se produce el ocaso definitivo de la *guerra en*

<sup>13</sup> Puede verse, entre otros, JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006 (2003), pp. 21-56; FERRAJOLI, L., «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, núm. 19, 2007, pp. 5-22; VALITUTTI, D., «Il reato associativo come diritto penale del nemico: problema e prospettive giusfilosofiche», *Politica del diritto*, núms. 1-2, marzo-junio, 2016, pp. 259-277.

<sup>14</sup> Vid. COLOMBO, A., *La guerra ineguale. Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2006.

*forme* que había caracterizado a la Europa westfaliana y se manifiesta una nueva forma de «guerra justa», encaminada a eliminar al criminal más que a vencer al enemigo. Y ello representa la legitimación definitiva de la guerra total<sup>15</sup>.

El problema se deriva precisamente de esa referencia a la justicia que implica la distinción entre violencias justas e injustas atendiendo a la posición del sujeto ejecutor, no a las motivaciones, desarrollo y efectos del uso de la fuerza. Ni el *ius ad bellum*, ni el *ius in bello*, ni, por supuesto, el *ius post-bellum*<sup>16</sup>, tienen nada que aportar a la dilucidación sobre la justicia de la contienda, pues la capacidad para dirimir la legitimidad de las acciones violentas la ostentaría, previamente, el Imperio<sup>17</sup>. Se trata de una más de las numerosas materializaciones históricas de aquello que Zolo identificó como «justicia de los vencedores» y que Schmitt supo advertir como nadie desde su conciencia de alemán derrotado. En el caso de la amenaza global del terrorismo podemos ver cómo ha calado esa certeza moral de estar del lado de la justicia que, además, ha abierto la puerta de par en par a la aceptación social, no ya de la penumbra de un patio trasero donde se maltrata impunemente al sospechoso de terrorismo<sup>18</sup>, sino también de posicionamientos fieros como el que, en rigor y por más que busque legitimarse desde una perspectiva civilizada (y vinculada a cálculos de eficiencia en la garantía de la seguridad como bien supremo), representa el «derecho penal del enemigo»<sup>19</sup>.

Podríamos establecer un cierto paralelismo entre las distorsiones que provoca la Guerra Fría en los presupuestos del *nomos* de la tierra<sup>20</sup>, y las que habría provocado el terrorismo yihadista en el concepto político de enemigo manejado por Schmitt. El paralelismo es visible sobre todo si ponemos el acento en la disolución de las fronteras como límites geográficos que designan el alcance de las amenazas y

<sup>15</sup> RUSCHI, F. (2009), *El nomos del mar. Espacio, derecho y hegemonía en Carl Schmitt*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 117.

<sup>16</sup> Vid. CAMPIONE, R., *El nomos de la guerra. Genealogía de la «guerra justa»*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 162-70.

<sup>17</sup> Cfr. ZOLO, D., *op. cit.*, pp. 127-43.

<sup>18</sup> Puede remitirse a Guantánamo como paradigma de esas prácticas de suspensión de los derechos sustentadas en quién se es y no en qué se ha hecho. Sobre Guantánamo y Abu Graib como escenario de tortura, puede verse SÁNCHEZ DE LA YNCEIRA, I., y RODRÍGUEZ FOUZ, M., «El (in)justificable recurso a la tortura. Seguridad y adiaforización en sus ominosas institucionalizaciones», en Ruschi, F. y Campione, R. (coords.); *Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 254-293).

<sup>19</sup> Vid. DURÁN, J. A., «Acerca del derecho penal de enemigo como expresión jurídica de una civilidad denegada. Gunther Jakobs y el asalto al derecho penal», *Papel Político*, Bogotá (Colombia), vol. 15, núm. 2 julio-diciembre, 2010, pp. 513-535; RIVERA, J., «El derecho penal de enemigo y el corpus internacional de los derechos humanos. Análisis comparativo», *Papel Político*, Bogotá (Colombia), Vol. 15, núm. 2, 2010, pp. 487-511.

<sup>20</sup> Vid. SCHMITT, C., *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Ius publicum europeum*, Granada, Comares, S. L., 2002, pp. 337-56.



de los riesgos para la propia supervivencia. En cierto modo podría decirse que lo nuclear (en su aplicación tanto militar como industrial) estrena esa globalización de las amenazas. La Guerra Fría se construye sobre la constante amenaza de una destrucción a escala planetaria. Del mismo modo los accidentes nucleares (en especial Chernóbil como acontecimiento inaugural, pero también Fukushima por la combinación entre la fuerza incontrolable de la naturaleza y los fallos de seguridad) propician esa extensión a escala global de las incertidumbres sobre la supervivencia del ecosistema<sup>21</sup>. Ahí las fronteras físicas levantadas por la humanidad pierden capacidad de contención y asoma, quizá por primera vez, la idea del planeta como espacio único susceptible de ser destruido por la propia acción humana. Ése es indudablemente un rasgo de nuestra época: la conciencia respecto a ese riesgo global que estrena una incertidumbre mundana sobredimensionada y que remite, además, a las dinámicas de la eficiencia y de su racionalidad tecnocientífica<sup>22</sup>.

Desde nuestra atención al derecho articulado para tratar de embriagar la violencia bélica, debemos prestar atención a cómo la globalización parece haber desmoronado el pretendido valor práctico del orden ligado al *ius publicum europaeum*, tan caro a Schmitt. En ese espacio de negación del eventual capital pacificador de ese derecho, en cuya articulación los Estados nación habrían jugado un papel decisivo, encontramos este otro rasgo destacado que nos permite enfilas las consecuencias de la irrupción del terrorismo global, en particular, en el ámbito de las cosmovisiones que informan nuestro particular sentido de la realidad y a las que nos aferramos como claves interpretativas del orden social.

La globalización atenuaría la distinción entre tierra, mar y aire, inaugurando una época donde los referentes estáticos y firmes derivados del orden internacional terráqueo (terrenal, territorialista) se dinamitan, tanto desde la perspectiva de los riesgos ecológicos desatados por la modernidad tardía, que propician nuevos motivos para la guerra<sup>23</sup>, como por actores transfronterizos dispuestos a explotar el orden occidental desde cualquier rincón. La respuesta de Occidente en clave de refuerzo de la violencia legítima alimenta la voracidad insaciable de ese monstruo, perpetuando aquella situación verbalizada

<sup>21</sup> Sobre estas tensiones, ligadas a la amenaza nuclear, *vid.* RODRÍGUEZ FOUZ, M. (2010), «El miedo nuclear: amenazas y desvelos en un mundo globalmente atemorizado», en Beriain, J., Sánchez de la Yncera, I. (comps.), *Sagrado-profano: nuevos desafíos al proyecto de la modernidad*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2010, pp. 271-294

<sup>22</sup> *Vid.* BECK, U., *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998 (1986), BAUMAN, Z., *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, 2007 (2006). GIDDENS, A., *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1999 (1990).

<sup>23</sup> *Vid.* WELZER, H., *Guerras climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI*, Madrid, Katz, 2010 (2008).

como «guerra total» y «desigual». Podría decirse que esa forma de la globalización acentúa aún más la obsolescencia del modelo al que Schmitt remitía su explicación de la guerra, orgánicamente unido a la distribución territorial de la tierra y a los asentamientos y apropiaciones de los espacios como claves del ordenamiento legal. Los terroristas, como una suerte de nuevos piratas<sup>24</sup>, como *communis hostis omnium*<sup>25</sup>, extienden la anomía más allá del espacio marcado por los confines de los mares ingobernables y amplían la dificultad para dictar normas capaces de restablecer aquel clásico equilibrio entre enemigos que contemplaba el *ius publicum europaeum*<sup>26</sup>.

La conmoción global que estrenó Al-Qaeda con su ataque contra las Torres Gemelas y el Pentágono y con la extensión de su amenaza contra Occidente, ejecutada en posteriores atentados con gran repercusión mediática, se sustenta, además, en la inserción (y ocultamiento) de sus activistas en los espacios cotidianos de las sociedades occidentales. Esa permeabilidad, que reactiva los mecanismos psicológicos de la sospecha contra el otro, en especial, contra el musulmán, permite extender el miedo a cualquier rincón y momento de la vida cotidiana, de modo similar a como lo nuclear habría penetrado en la conciencia de los habitantes del planeta tras la experiencia de Hiroshima y Nagasaki. Desde este punto de vista, podría decirse que la porosidad de la amenaza nuclear, tan vinculada a su inusitado poder de destrucción como a su invisibilidad, es similar a la identificada con la extensión de la sensación de vulnerabilidad ante el enemigo oculto entre nosotros.

Esa volubilidad del espacio podría encajar también con el protagonismo que adquiere el aire en las nuevas contiendas. Algo que ya se inició con el desarrollo de la aviación en la Primera Guerra Mundial<sup>27</sup> y que se habría incrementado con el desarrollo de tecnologías como los drones, cuya aplicación bélica y policial estaría generando un

<sup>24</sup> Cfr. ZOLO, D., *op. cit.*, pp. 25 y 28.

<sup>25</sup> RUSCHI, F. (2009), «*Communis hostis omnium*. La piratería in Carl Schmitt», *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 38, pp. 1215-1276.

<sup>26</sup> Schmitt vincula el fracaso del *ius publicum europaeum* a la debilidad de Europa tras la Primera Guerra Mundial, que sería sustituida por el poder imperial de los Estados Unidos y que supondría el advenimiento de una «guerra civil mundial» al tratar de imponer una visión única bajo la presuposición de defender a la humanidad, que, según lo ve el propio Schmitt no existiría como sujeto político, pese a que alienta y pretende legitimar, desde mediados del siglo XX, las llamadas guerras justas (como «guerras humanitarias») (cfr. SCHMITT, C., *El concepto... op. cit.*, pp. 83-84; Zolo, D., *op. cit.* pp. 27-28).

<sup>27</sup> Vid. JÜNGER, E., «Introducción» y «Prólogo» (incluidos en Jünger, Ernst (ed.), ¡Necesitamos la aviación!), en Sánchez Durá, N. (ed.), *Ernst Jünger: guerra, técnica y fotografía*, Valencia, Universidad de Valencia, 2000 (1928), pp. 225 y 227-241; SLOTERDIJK, P., *Temblores de aire. En las fuentes del terror*, Valencia, Pre-Textos, 2003 (2002); YOUSEF, L., «Aviones y drones: el elemento aéreo en Carl Schmitt», *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, núm. 73 (enero-abril), 2018, pp. 167-180, en concreto, pp. 162-172.

debate público, clamorosamente silencioso al decir de Filippo Ruschi<sup>28</sup>, sobre la legitimidad de su uso que muestra solo algunos de los flancos más débiles en nuestra comprensión de los cortocircuitos normativos provocados por las respuestas a la amenaza terrorista<sup>29</sup>. Con todo, la atención a esta vertiente desborda los límites de este trabajo, con lo que bastará esta indicación respecto a la desterritorialización de la violencia para reseñar el signo singular de los miedos y amenazas que afronta la ciudadanía de las democracias occidentales. En particular, y por lo que nos interesa aquí, en su remisión a procesos de legitimación demasiado prestos a aceptar usos de la violencia que jamás aceptaríamos para quienes consideramos «amigos».

### 3. EL ORDEN Y LA SEGURIDAD AMENAZADOS

En este apartado recorreremos la transformación de la noción de enemigo que se vertebra, por un lado, desde la presuposición de que el orden (generador de poderosas certezas y expectativas) estaría amenazado y precisa, por lo tanto, la toma de decisiones que lo preserven; y por otro, desde la constatación de un incremento del miedo al veros identificados como enemigos. Ambas dimensiones, jurídica y social, como rostros diversos de un mismo cuerpo social, condicionan nuestra mirada sobre el presente situando el foco de las decisiones políticas en uno de los problemas que cuestionan los presupuestos de la aspiración a la justicia de las democracias occidentales; esto es: ¿qué respuesta se articula (desde la pretensión de ser justa) para tratar de garantizar aquella seguridad prometida a cambio de la obediencia a las leyes<sup>30</sup>? Que, traducido al contexto que nos ocupa, podría expresarse como la pregunta acerca de cómo definimos y tratamos a quienes se postulan y nos identifican como enemigos<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> RUSCHI, F., «El derecho, la guerra y la «técnica desatada». Consideraciones acerca del *drone warfare*», en Ruschi, F., Campione, R. (coords.). *Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 45-76, en concreto, p. 53.

<sup>29</sup> Resulta muy pertinente e interesante el trabajo de Laila Yousef acerca del elemento aéreo en Carl Schmitt, donde apunta las claves para entender cómo los drones rebasan las coordenadas desde las que Schmitt analiza la noción de enemigo y de campo de batalla. Vid. YOUSEF, L., «Aviones y drones...», *op. cit.*, pp. 172-180.

<sup>30</sup> Puede advertirse aquí la consonancia con toda una tradición teórica que remite el nacimiento de la coerción del Estado a la idea de un contrato social que implica la renuncia a ciertas dosis de libertad a cambio de seguridad: aquel *protego ergo obligo* al que también hace referencia el propio Schmitt (SCHMITT, C., *El concepto...*, *op. cit.* p. 81). No entraré a discutir esos presupuestos que acentúan una interpretación funcionalista (avant-el-funcionalismo) del origen de la sociedad, obviando otras dimensiones que también conforman nuestra singularidad como especie y a las que remitiremos al final del texto.

<sup>31</sup> Puede traerse aquí la atinada advertencia de Freund contra el pacifismo «amistoso». En su polémica con Hyppolite, y por alcance con los pacifistas, Freund advierte a

Tras el 11-S, como acontecimiento inaugural que sitúa la seguridad en el centro de los debates políticos<sup>32</sup>, pueden identificarse, dos escenarios diversos, pero ante los que se reacciona desde un idéntico resorte semántico: por un lado, aquel escenario bélico, con la «guerra contra el terrorismo» decretada por George W. Bush y todavía vigente; y por otro, el escenario policial, con la persecución del terrorista en los distintos espacios domésticos desde su consideración como delincuente/criminal y enemigo interno. En ambos escenarios, que, con todo, conviven simultáneamente, se conjugan medidas que tienden a convertir la excepcionalidad en norma, estableciendo una suspensión de la ética que permite la negación de la condición de persona al terrorista, justificándolo por el calibre de la amenaza que suponen. En este apartado prestaremos atención a ese escenario policial, vinculado al derecho penal y a la vigencia punitiva de las normas que protegen los bienes consagrados por la ley. Se tratará de desentrañar las implicaciones conceptuales de la defensa del orden frente a sus enemigos.

Recordemos que, desde la perspectiva de Schmitt, el concepto de enemigo incorporaba el derecho a combatirlo, pero también a que dicho enemigo combata; es decir, la guerra requiere «reciprocidad»<sup>33</sup>. En el contexto de las amenazas del terrorismo de corte islámico, ese equilibrio, en cuanto al derecho a combatir, desaparece, desapareciendo también la posibilidad de comprender la «guerra contra el terrorismo» como un enfrentamiento entre enemigos en el sentido que Schmitt confería a este concepto. El combatiente es considerado como criminal y se activa, añadida a la respuesta bélica, una perspectiva policial y normativa que persigue a esos enemigos como delincuentes cuyos delitos ponen en peligro el orden social. Un orden social que, para las democracias occidentales está sostenido sobre el Estado de Derecho, cuyas normas serían las que permitirían la efectuación positiva de la libertad. No en vano, como sostiene Jakobs, el fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, y, en la época moderna, la vigencia de un Derecho que hace posible la libertad<sup>34</sup>.

---

éste sobre el hecho de que, pese a creer que es uno mismo quien puede designar al enemigo, «es el enemigo quien le designa a usted. Si él quiere que usted sea su enemigo, lo será. De nada servirán sus bellas protestas de amistad» [MOLINA, J. (2016). «Julien Freund o la imaginación del desastre», *Nueva revista*, 6, 2016]. Esa referencia la recoge también en su estudio introductorio al texto de Freund *La esencia de lo político* [MOLINA, J., «Estudio preliminar», en FREUND, J., *La esencia de lo político*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2018 (1978), pp. XV-XCIX, p. XL].

<sup>32</sup> Vid. MANERI, M., «Il panico morale come dispositivo di trasformazione dell'insicurezza», *Rassegna Italiana di Sociologia*, Fascicolo 1, enero-marzo, 2001, pp. 5-40; COLOMBO, A., «Retorica e geopolítica della sicurezza. Dalla guerra fredda alla guerra globale al terrore», *Ragion pratica*, Fascicolo 1, 2018, pp. 125-156; PINTORE, A., «Non c'è libertà senza sicurezza», *Ragion pratica*, Fascicolo 1 de junio de 2018, pp. 99-124.

<sup>33</sup> Cfr. SCHMITT, C., *El concepto...*, *op. cit.* p. 42.

<sup>34</sup> JAKOBS, G. (2006), «¿Terroristas como personas en derecho?», en Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006 (2003), pp. 57-84, en concreto, pp. 61-62.

Los enemigos del Estado de Derecho son reconocidos por poner en peligro la vigencia de del propio Estado, y, por lo tanto, deben ser enfrentados como una amenaza contra la libertad, que, como es bien sabido, se concibe en estrecha conexión con la seguridad<sup>35</sup>.

Asoma desde ahí Günther Jakobs como un autor crucial para comprender las derivas normativas en la consideración del enemigo, que ya no es aquel *hostis* desde el cual Schmitt construía su concepto de lo político y su idea de la guerra como actividad susceptible de legitimarse exclusivamente en cuanto lucha por la supervivencia<sup>36</sup>. Jakobs también pone el acento en esa lucha por la supervivencia, pero es, frente a Schmitt, una lucha desigual, donde los enemigos aparecen diseminados como sujetos sin entidad política y, por supuesto, sin derecho a combatir frente al Estado de Derecho que representa el orden y la forma de existencia digna de ser defendida con todas las armas y medios. Con ese objetivo en el frontis de la legitimación de la excepcionalidad normativa, Jakobs insiste en la necesidad de articular un derecho que considere a esos enemigos como no-personas<sup>37</sup>.

Se exige combatirlos con herramientas distintas a las contenidas en el derecho penal del ciudadano, negándoles las garantías reconocidas en éste:

Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas<sup>38</sup>.

La seguridad se sitúa en el centro de la justificación. Una seguridad que es zarandeada específicamente por las amenazas del yihadismo. De ahí, en gran medida, la revitalización, a raíz del 11-S, de las tesis del «derecho penal del enemigo», acuñado así por Jakobs en 1985. Para ese planteamiento los terroristas pertenecerían sin género de duda a la categoría de no-persona.

Estos apuntes enlazan directamente con la necesidad de comprender las tensiones que afloran al considerar la figura del enemigo y verbalizar normativa y socialmente la relación que puede y debe establecerse con él. No en vano, la propia reclamación de ese derecho penal del enemigo se fundamenta en la confianza en que esa expresión normativa fije las actuaciones que pueden y deben llevarse a cabo, legítimamente, contra los enemigos, con el fin de combatir el peligro que generan. Como afirma el propio Jakobs: «El derecho penal del

<sup>35</sup> Vid. PINTORE, A., «Non c'è libertà senza sicurezza», *op. cit.*

<sup>36</sup> Cfr. SCHMITT, C., *El concepto...*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>37</sup> Cfr. JAKOBS, G., «Derecho penal...», *op. cit.*, p. 50.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 47.

ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo combate peligros»<sup>39</sup>.

Es importante reseñar que el propósito de fundamentar un derecho específico para tratar a esos enemigos requiere distinguir entre enemigo y delincuente ciudadano, pues no establecer esa distinción provocará que se mezclen los conceptos de guerra y proceso penal<sup>40</sup>, suscitando situaciones liminares y ambiguas como las derivadas de la declaración de la «guerra al terrorismo»<sup>41</sup>, que en realidad, promulga la persecución de delitos mediante la guerra<sup>42</sup>. Frente a esa premisa Jakobs advierte que el derecho se aplica a los terroristas, y no al terrorismo, aunque «parece claro que a través del castigo a los terroristas se pretende combatir al terrorismo en su conjunto»<sup>43</sup>. En cualquier caso, con la regulación de un «derecho penal del enemigo» se consolida la negación del derecho a combatir que Schmitt concedía a los *hostis*. Esa «guerra refrenada», como denomina Jakobs al derecho penal contra los terroristas<sup>44</sup>, acentúa, de nuevo, una vertiente moralista que, por lo demás, solo se aplica a esos enemigos, definidos como delincuentes y criminales en un sentido resaltado por el bien que ponen en riesgo<sup>45</sup>.

En síntesis, Jakobs argumenta a favor de un derecho singular que permita enfrentarse a los enemigos del sistema (entre los que sitúa, obviamente, aunque no sean los únicos, a los terroristas), negándoles cualquier espacio de legitimidad para sus acciones. Algo que, en realidad, resulta problemático porque no implica, a la vez, la negación de legitimidad de las acciones propias cuando son flagrantemente negadoras de la humanidad del otro y de su dignidad inalienable y conculcadoras de sus derechos más básicos. En el centro de su planteamiento se sitúa una noción de orden, vinculada a la seguridad y a las expectativas de reproducción del «contrato social», que nos permite desembarcar en la cuestión de la violencia legítima, central para la concepción del orden democrático.

#### 4. LA LEGITIMACIÓN PREVENTIVA DE LA VIOLENCIA

Orden, seguridad y expectativas forman, por lo demás, una tríada difícilmente discernible en elementos exentos. Remiten a una concepción de la sociedad que sitúa la regularidad en el centro de

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>41</sup> Puede verse, ALDAVE, A., *La guerra global...*, *op. cit.*

<sup>42</sup> Cfr. JAKOBS, G., «Derecho penal...», *op. cit.*, p. 46

<sup>43</sup> JAKOBS, G., «Terroristas como...», *op. cit.*, p. 60.

<sup>44</sup> Cfr. JAKOBS, G., «Derecho penal...», *op. cit.*, p. 42.

<sup>45</sup> Además del propio Jakobs, puede verse, PAZ-MAHECHA, G. R., «¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia», *Papel político*, vol. 15, núm. 1, enero-junio, 2010, pp. 309-323; y VALITUTTI, D., «Il reato associativo...», *op. cit.*

la lucha por la supervivencia, entendiendo que la reproducción del orden (cuasi automática, regular, previsible) constituye la mayor garantía para el cumplimiento de las expectativas razonables de los ciudadanos. Aquí nos moveremos por esa tríada para explorar cómo la figura del enemigo propicia su reforzamiento, facilitando un cierre de filas que ofusca el juicio crítico sobre los propios presupuestos vinculados a la reproducción del mundo en términos reactivos y defensivos.

Entiéndase: los pilares conceptuales de esa presunción de un orden social que debe protegerse y reafirmarse frente a la hostilidad de la intemperie vienen de lejos, con aquel Hobbes que afirmaba la necesidad del Leviatán como único garante de la domesticación de la fiera naturaleza humana<sup>46</sup>, o con la constitución moderna del monopolio legítimo de la violencia por parte del Estado como mecanismo propiciatorio de la seguridad interna y pieza esencial del tablero de juego desarrollado «civilizadamente» entre las naciones. Son precisamente esos presupuestos teóricos los que facilitan la legitimación de violencias útiles.

El relato previo que vincula orden y seguridad vendría a ser, en síntesis, el siguiente: en el estado de naturaleza, anterior al establecimiento del «contrato social», los seres humanos vivían rodeados de peligros y amenazas que comprometían su supervivencia. Esas amenazas, además, no venían solo de un medio hostil (para el que su físico no estaba especialmente dotado), sino que, se derivaban también de los otros congéneres. Aquel *homo homini lupus* que Hobbes combatía con su Leviatán, y que aún hoy se utiliza inadvertidamente para explicar la agresividad humana y la necesidad de sujeciones coercitivas que impidan que la fiera se desate, se utilizaba como referente de lo que ocurriría sin un poder que frene los instintos depredadores del hombre. Es decir, es el orden legal el que permitiría superar esa incertidumbre derivada de la naturaleza salvaje del ser humano. Así, la clave para la supervivencia colectiva se encuentra en el orden legislativo y en un poder (absoluto, para Hobbes) que debe obligar al cumplimiento de las leyes que organizan ese mundo civilizado y único garante de la seguridad. Más allá de esa articulación normativa que exige la sumisión, solo quedaría una intemperie que nos devuelve a la brutalidad e indigencia de aquellos orígenes. A partir de esos presupuestos, los enemigos irrumpen como aquellos que se resisten al orden establecido (en otras palabras, que traicionan a la sociedad que los cobija): quien se rebela contra el poder, rescindiendo la obligada obediencia y recayendo, por tanto, en el estado de la naturaleza, puede y debe ser castigado como enemigo<sup>47</sup>. El comportamiento «amistoso» exige la aceptación de las leyes que

<sup>46</sup> Cfr. HOBBS, T., *Leviatán*, Madrid, Tecnos, 1996 (1651), pp. 45-210, en concreto, pp. 143-147.

<sup>47</sup> Cfr. Jakobs, glosando a Hobbes, en JAKOBS, G., «Derecho penal...», *op. cit.*, p. 31.

constituyen el almacén moral del orden social. El enemigo, al resistirse a la legalidad, nos privaría de la seguridad. Si se niega a ser obligado a entrar en una constitución ciudadana debe ser expulsado y no habría que tratarlo como persona, sino «como un enemigo»<sup>48</sup>.

Esa cosmovisión que ordena el mundo entre quienes están dentro (amigos) y quienes están fuera (enemigos) alimenta perspectivas como la de aquel choque de civilizaciones<sup>49</sup> que se revitalizó al inicio del milenio o la que en su día, mucho más atrás, orientó las lógicas fagocitadoras del imperialismo. Resulta demasiado obvio (pese a su tosquedad): las decisiones políticas y legislativas, que se van adoptando como respuesta a las amenazas, presuponen una antesala y una periferia desordenadas y brutales, ante las que hay que protegerse. Ese afuera presta las claves cognitivas para distinguir a los enemigos del orden y articular medidas para combatirlos. La eficiencia de tales medidas tiene, además, dos referentes donde calibrarse, ambos altamente subjetivos, pese a que se conciben como mensurables: el primero es el de la percepción de la inseguridad ciudadana<sup>50</sup>; el otro, el de su capacidad para evitar la comisión de nuevos atentados, remarcando el carácter preventivo de las intervenciones, lo que, además, dirige la mirada hacia la incómoda pregunta sobre la legitimidad del castigo por delitos aún no cometidos y hacia la falibilidad de la identificación del «enemigo presunto»<sup>51</sup>.

Una de las pistas que pueden seguirse para entender el significado de la noción de orden ligada a esa cosmovisión es la que recorre las seguridades del derecho frente a la noción de incertidumbre<sup>52</sup>. Desde la presuposición de que el derecho ordena y conforma expectativas de comportamiento cuyo incumplimiento habrá de ser sancionado para permitir el mantenimiento del orden, no sorprende el apunte de Jakobs al avanzar sus argumentos para justificar la existencia de un derecho especial para tratar a los enemigos, que son definidos como sujetos cuyo comporta-

---

<sup>48</sup> Jakobs se apoya aquí en Kant. Añadiendo en su nómina de autores cuyo pensamiento podría recalar en el apoyo a un «derecho penal del enemigo», a Rousseau y Fichte, recordando que ambos consideraban a los delincuentes como enemigos (cfr. JAKOBS, G., «Derecho penal...», *op. cit.*, p. 31).

<sup>49</sup> Vid. HUNTINGTON, S. P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2001 (1.ª ed. 1997) (1996) y HUNTINGTON, S. P., *¿Choque de civilizaciones?*, Madrid, Tecnos, 2002 (1993).

<sup>50</sup> Sobre la percepción de la inseguridad ciudadana, que no siempre se corresponde con los datos empíricos de los delitos cometidos, puede verse ZULOAGA, L., *El espejismo de la seguridad ciudadana. Claves de su presencia en la agenda política*, Madrid, Catarata, 2014.

<sup>51</sup> Vid. CATERINI, M. (2015), «Il diritto penale del nemico presunto», *Politica del diritto*, Fascicolo 4, 2015, pp. 635-656.

<sup>52</sup> Vid. MARTÍNEZ, J. I. (2012), «Derecho e incertidumbre», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, pp. 97-118.



miento pone en riesgo la propia vigencia de la sociedad. Jakobs es bien claro el respecto:

Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola<sup>53</sup>.

Cuando ese cálculo lleva a la previsión de un comportamiento contrario a las normas, la sociedad debe poder dotarse de mecanismos que le permitan defenderse, lo que en la práctica acaba significando que, para esos casos extremos, sería legítimo suspender las garantías procesales que rigen para el resto de ciudadanos. Se abre la puerta a la consolidación de la excepcionalidad amparada en una noción inadvertidamente problemática de seguridad y de orden.

La noción de enemigo ha venido vertebrándose desde la identificación imprecisa de aquellos que podrían dañarnos y frente a los que hemos de protegernos, antes, incluso, de que nos ataquen. La noción jurídica y la social se refuerzan entre sí, tratando de exorcizar los fantasmas de la omnipresente y temida incertidumbre y mostrando una relación con el futuro que prescribe normas orientadas a controlarlo y predecirlo según una confusa (y algo estúpida) relación causa-efecto<sup>54</sup>. Olvidando que, como nos advertía Hannah Arendt, el futuro no debería pensarse como «una consecuencia del pasado»<sup>55</sup>. Algo hay ahí, en esa advertencia, de aquella constatación weberiana sobre las consecuencias no intencionales de las acciones, que nos avisaba de la irrupción incontrolable de dimensiones y efectos que nos obligan a reescribir el sentido de las decisiones, situando en el centro del enfoque ético sobre las mismas, la noción de responsabilidad<sup>56</sup>. Y aupándonos a horcajadas sobre el presente, que debe medirse con los riesgos y amenazas que lo cercan, al tiempo que reconoce la impotencia para controlarlo y ordenarlo como momento de un proceso que debería reproducir (asegurar) el sistema amenazado.

Con la pretensión de garantizar el orden y la seguridad como telón de fondo, las decisiones políticas y normativas prestan poca atención a esa noción de responsabilidad, pese a que, precisamente, es ésta la

---

<sup>53</sup> JAKOBS, G., «Derecho penal...», *op. cit.*, p. 37.

<sup>54</sup> Sobre la obsesión ordenadora de las ciencias sociales, que obvian la constancia y la consistencia de los errores, los fracasos, las mentiras... en la conformación de nuestro mundo y en su reproducción, puede verse, RODRÍGUEZ FOUZ, M., *et al.* (2014), «Contingencia y crisis. Apuntes para una sociología atenta al fracaso y a lo imprevisto», *REIS*, núm. 147, julio-septiembre, 2014, pp. 89-106.

<sup>55</sup> ARENDT, H. (1971), *La vida del espíritu. El pensar, la voluntad y el juicio en la filosofía y en la política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (1971), p. 264.

<sup>56</sup> Sobre los vínculos entre acción política, responsabilidad y ética, *vid.* WEBER, M., *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1991, p. 162 ss.

que permite acentuar el carácter intersubjetivo de la condición humana sin rehuir la perspectiva que persigue comprender las acciones en toda su complejidad (en términos de motivaciones, consecuencias e interpretaciones sobre su sentido y significado). La perspectiva más cercana a esta exigencia cognitiva podría ser la de la fenomenología, con el matiz de sus ciertas limitaciones a la hora de percibir, desde esa inmediatez sensitiva y empírica que reclama, la dimensión discursiva (no solo gramatical) que se consolida en términos de orden e incorpora también expectativas –paz, justicia, bien..., realísimas por utópicas que puedan parecer– que condicionan las acciones. La clave de esa percepción existencial estaría no solo en atender a la realidad subrayando la experiencia personal y sus impactos en nuestro desenvolvimiento sensorial, sino también en la atención a la fuerza realizativa (performativa) de las estructuras heredadas como orden y como contexto de los diversos procesos de socialización e institucionalización que confluyen en nuestro sentido de la realidad. Algo aún más perentorio cuando hablamos del derecho<sup>57</sup>.

Desde esa constatación de la ductilidad de los sentidos que dan cuerpo a nuestra noción compartida de orden, podría entenderse la figura del enemigo como referente material y simbólico que pone a prueba las seguridades (morales y prácticas) de las intervenciones políticas. No en vano, el contexto definido en términos de inseguridad e incertidumbre generadas por el terrorismo, rebota sobre la propia convicción de qué es preciso para recuperar tanto la seguridad como ciertas certezas morales, normativas y, sobre todo, de supervivencia.

## 5. CONCLUSIONES. LIMITACIONES DE UN DERECHO SITUADO Y CONTINGENTE

El derecho parece desempeñar un papel fundamental en la reproducción del orden con su sacralización de la letra de la norma, que categoriza las interrelaciones en lícitas o ilícitas y designa la imputación de penas atendiendo al daño infligido. Sin embargo, frente al presupuesto de solidez implícito en esa concepción del derecho, es preciso recalcar en su contingencia y en la propia volubilidad de la idea de daño, en especial en la medida en que, como ocurre con el terrorismo, se trasmuta en amenaza y recibe la respuesta punitiva como ejercicio de prevención. Se trata de advertir cómo la conceptualización actual del enemigo suscita controversias que deberían permitir que nos aso-

---

<sup>57</sup> Quizá sea Hans Joas el autor que mejor ha incorporado a su mirada sociológica la sensibilidad hacia esa inmanencia que trasciende a las personas pese a ser siempre efecto de una cambiante creatividad situada y corpórea [JOAS, H., *La creatividad de la acción*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2013 (1992)]. También Hartmut Rosa, con su imponente explicación sobre la resonancia como clave de nuestra relación con el mundo [ROSA, H., *Resonancia*, Madrid, Katz, 2019 (2016)].

máramos al carácter interpretativo de la norma y de su implementación. Ese carácter interpretativo de las leyes que ya anticipó un realista como Jerome Frank subrayando el papel del juez y poniendo en un brete las presuposiciones sobre la certeza del derecho<sup>58</sup>, es, por lo demás, solo una de las dimensiones de la contingencia que trata de embridar el derecho. Es decir, no se trata solo de que las leyes puedan ser reinterpretadas por los jueces, sino de que la propia letra y el espíritu que las animan serían también expresiones inevitables de un saber situado, limitado y disimuladamente inmanente<sup>59</sup>.

Si a esos condicionantes añadimos la tradición y la herencia como claves de la sacralización de las fuentes normativas, nos topamos con una solidez del derecho que se comporta más como un discurso que como una gramática generadora de discursos y que obvia su cualidad semántica presuponiendo la firmeza incuestionable de los principios que sustentan todo el código normativo y, además, reclamando el positivismo como única fórmula para aplicar justamente el derecho. Por la vía de pretender neutralizar la arbitrariedad de los jueces en la aplicación de la ley, se desestima la atención a la decisiva carga interpretativa que conforma el propio cuerpo de las leyes y de los mecanismos que las reproducen y generan. Igual que se obvian los sesgos cognitivos y la performatividad que los sociólogos de la Escuela de Chicago situaron en el centro de la atención a los procesos de construcción social del delito, la delincuencia y el delincuente, y que bien podrían usarse como advertencia contra la identificación inequívoca y radical de los enemigos (presuponiendo que se han identificado correctamente) como merecedores de los más terribles castigos que concibamos para protegernos.

<sup>58</sup> Vid. FARALLI, C., «¿Certeza del derecho o “derecho a la certeza”?», *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, Vol. 4, 2003, pp. 55-78.

<sup>59</sup> Entiéndase que esa inmanencia disimulada se comporta como trascendencia, presuponiendo la existencia de principios irrenunciables que se derivan de una moral que trasciende la vida de cada ser humano existente y que tiene hondas raíces religiosas. De ahí que, por ejemplo, Nietzsche en su intento de transmutar todos los valores golpeará con saña (a martillazos) a la religión, y, en especial, al cristianismo [NIETZSCHE, F., *Cómo se filosofa a martillazos* (o *El crepúsculo de los ídolos*), Madrid, Edaf, 1985 (1888)]. Cabe traer aquí, a modo de guiño desdramatizador, una sugestiva y divertida imagen que ilumina el azar y la contingencia en la transmisión de las leyes: me refiero a una de las escenas iniciales de la película *La loca historia del mundo*, de Mel Broks, en la que Moisés transporta tres tablas de piedra donde están inscritos quince mandamientos que Jehová le pide mostrar al pueblo para que los obedezcan. Al avanzar mientras anuncia al pueblo el mandato divino, una de las tablas cae y se destroza. La reacción de Moisés es corregir su relato sobre la marcha y anunciar al pueblo: «El Señor Jehová os ha dado a todos estos quince... bueno, diez, estos diez mandamientos para que todos los obedezcáis». [https://www.youtube.com/watch?v=BPTU\\_cTJWx8](https://www.youtube.com/watch?v=BPTU_cTJWx8) La broma enlaza con el cuestionamiento de la infalibilidad de los principios fundantes del derecho. Y a la vez, la percibimos como broma por la constante y abrumadora presencia de los «Diez mandamientos» en la cultura judeo-cristiana, impregnada de nuestra cosmovisión moral.

En estos cimientos se apoya el presupuesto de la necesidad de la violencia para combatir la violencia, o, en otras palabras, la imperiosidad de aceptar y renovar un derecho penal y un derecho bélico que, reformulados bajo la égida de una particular noción de justicia, vienen aportando las claves interpretativas que distinguen entre violencia legítima e ilegítima. Es en ese nudo donde la noción de enemigo ejerce la presión necesaria para seguir apretando los cabos y para fijar el inextricable enlace entre el orden y la seguridad. Los puños que tiran de los cabos para apretar el nudo serían, precisamente, el de un derecho que se asienta sobre el ejercicio coercitivo y punitivo de la pena, y una sociedad asustada que acepta la distinción impermeable entre nosotros y los otros, identificando a esos otros como enemigos (y no en su acepción schmittiana) y presuponiendo que nuestro orden democrático y nuestra cosmovisión del mundo son la garantía para el advenimiento de la justicia.

Podríamos añadir como un último requerimiento de advertencias hacia nuestra noción de seguridad vinculada a la presunción de una intemperie salvaje y agresora que nos devuelve a aquella imagen del *homo homini lupus*, el dato de nuestra compulsiva y orgánica socialidad, que genera interrelaciones complejas que difícilmente pueden discernirse desde la identificación taxonómica del bien y el mal. El «juntos» con el que Sennett remarca las virtudes de la cooperación frente a la competencia y la lucha<sup>60</sup> puede servir de contrapunto a aquella noción que enfrenta al individuo con sus congéneres como potenciales depredadores y que parece requerir de sólidas matrices coercitivas que encarrilen los instintos sanguinarios (de licántropo). Frente a aquella noción de la naturaleza humana en clave de agresividad, que etólogos como Konrad Lorenz refuerzan al identificarla con el instinto de supervivencia<sup>61</sup> y que está en la base de los presupuestos del contrato social que vincula obediencia y seguridad, podría apuntarse una noción menos lineal de nuestra singularidad constitutiva si ponemos el acento en nuestra condición de animales sociales y simbólicos, que, como afirmaba Heidegger, cuando llegamos al mundo, llegamos al lenguaje<sup>62</sup>. El cambio de perspectiva es importante porque obliga a dejar de entender las interrelaciones humanas en clave de lucha (como tienden a hacer los enfoques que definen el orden como único y, además, amenazado por la periferia desordenada) e incorporan la evidencia del papel central que desempeña nuestra imaginación (proyectiva y rememorativa) en el asentamiento individual y colectivo con y contra los otros.

---

<sup>60</sup> Vid. SENNETT, R., *Juntos. Rituales, placeres y políticas de cooperación*, Barcelona, Anagrama, 2012.

<sup>61</sup> Cfr. LORENZ, K., *Sobre la agresión, el pretendido mal*, Madrid, Siglo XXI, 1989 (1.ª ed. 1971) (1963).

<sup>62</sup> Glosado por SLOTERDIJK, P., *Normas para el parque humano*, Madrid, Siruela, 2000 (1999), p. 56.

Tanto en la concepción de Schmitt sobre el enemigo como en la de Jakobs, estaríamos ante una comprensión del orden social que tiende a diseccionar el mundo en términos dicotómicos, sin advertir la complejidad derivada de nuestra condición, como bien destacaba Cassirer, de animales simbólicos, capaces de relatar idéntico episodio de maneras disímiles y conformando con ello una pluralidad de relatos que remiten al mismo acontecimiento y que se suman a la propia definición (situada) de la realidad. Ahí también pierde pie una concepción rígida del derecho, al modo de Jakobs, como institucionalización de normas que propician la misma existencia del orden social.

La dimensión recreativa, derivada de nuestra condición de seres que buscan sentido, es importante para entender el significado simbólico y práctico de nuestra noción de justicia (que atraviesa la legitimación de la violencia), y, a la vez, para calibrar en serio y sin maniqueísmos, la débil radicalidad del utópico mensaje del pacifismo, que Schmitt rebate desde su templado realismo. Nos obligaría, en suma, a no apartar a un lado la responsabilidad por las consecuencias del uso explícito de la violencia en nuestra defensa del orden, impidiéndonos unir los términos guerra y justicia.