



¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»?¹

Francisco Muñoz Conde *Catedrático de Derecho penal
Universidad Pablo Olavide
Sevilla*

Revista Penal, n.º 21.—Enero 2008

RESUMEN: *Este artículo cuestiona la tesis del profesor alemán Günther JAKOBS según la cual en caso de necesidad, de grave peligro para la «seguridad cognitiva», lo que hay que hacer es recurrir a un Derecho penal especial, un «Feindstrafrecht» o «Derecho penal del enemigo», con el que el Estado no trata simplemente de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos. El autor concluye que tanto en tiempos de Paz, como en tiempos de Guerra, no se necesita un Derecho penal del enemigo, ni tampoco un Derecho penal internacional del enemigo, para luchar eficazmente contra los que atacan las bases de la convivencia, bien sea a título individual, como delincuentes comunes, bien de forma masiva, con acciones terroristas; lo único que se necesita es el Imperio del derecho, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional; pero de un Derecho que respete determinados principios y derechos fundamentales del ser humano, y que busque no la venganza, sino la Justicia, una Justicia igual para todos, para vencedores y para vencidos.*

PALABRAS CLAVE: *JAKOBS, Seguridad Cognitiva, Derecho penal del enemigo, derechos humanos.*

SUMMARY: *This article criticizes the these posed by the German Professor Günther JAKOBS, whether in cases of necessity, when the «cognitive security», that is the security of normal life, is in danger, we need a «Criminal Law for enemies», a «Feindstrafrecht», with which the states do not chastise their citizens, but rather fight their enemies. The author concludes that so in times of war as well as in times of peace, we do not need an International Criminal Law for enemies to punish satisfactorily mass attacks to civil population, we need just the application of the Rule of Law, either of National or of International. But a Law respecting some principles and the fundamental Human rights recognized by the International Conventions, and aiming not purely retaliation and revenge, but Justice, a Justice for all, losers and winners, and not just for some.*

KEY WORDS: *JAKOBS, Cognitive security, Criminal Law for enemies, Human rights.*

1. Versión española realizada y actualizada por su autor de una conferencia pronunciada en inglés en la Universidad Columbia de Nueva York en diciembre del 2005 con el título «Do we need an Internacional Criminal Law for enemies?». Un texto similar fue utilizado también para pronunciar otras conferencias sobre el tema en la Universidad Kansai de Osaka (Japón) en junio del 2004, y en la Universidad de Shangdong en Jinan (China), en noviembre del 2006 (de esta versión hay traducción al chino de Li Donghua). Existe también una versión en alemán, revisada por el Dr. Moritz VORMBAUM, que se utilizó para unas conferencias que di en Octubre del 2007 en el Max Planck Institut für ausländisches und internationale Strafrecht de Freiburg, en la Justizakademie, en Recklinghausen, Alemania, en esta última intervino también como coconferenciante el Prof. Günther JAKOBS. La presente versión ha sido redactada especialmente para el Curso sobre «Derecho penal del Siglo XXI» celebrado en el Consejo General del Poder Judicial, en Madrid del 22 al 24 de octubre del 2007, y está dedicada con todo afecto a su Director, el Profesor Santiago Mir Puig.

Un mes después del atentado terrorista a las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001, el catedrático de la Universidad Columbia, George FLETCHER, escribía un artículo en el Washington Post, en el que planteaba, un tanto provocativamente, la siguiente cuestión:

«¿Se trata de un crimen que requiere la intervención de la Justicia, o constituye un ataque que exige una declaración de guerra?»².

Con esta cuestión se da por supuesto que Justicia y Guerra son ideas incompatibles. ¿Pero lo son en realidad? Si el asesinato masivo de seres inocentes fuera obra de unos desalmados que actuaran a título individual, lo que hay que hacer es aprehenderlos y llevarlos ante un Tribunal de Justicia. Pero si es un acto de guerra, entonces la Justicia sería para muchos una cuestión irrelevante. Lo que habría que hacer es desencadenar una campaña militar y declarar la guerra. Y cuando se comienza guerra, entonces lo importante es ganarla sin más cuestiones morales directamente y sin mayor consideración con las fuerzas combatientes enemigas.

Sin embargo, esta diferente reacción según se trate de un acto de Justicia o de una Guerra, no es algo que preocupe a algunos teóricos del derecho, que consideran que, desde el punto de vista jurídico, en un caso de este tipo no hay por qué diferenciar entre una y otra forma de reacción, ya que ambas son aspectos de un mismo sistema punitivo, una que se encarga de perseguir la criminalidad normal y otra que se ocupa de una criminalidad excepcional que ataca directamente las bases del sistema político y social.

Este es el punto de vista del penalista alemán Günther JAKOBS, quien dos años antes del atentado de Nueva York, en un Congreso celebrado en Berlín en octubre de 1999, planteó la cuestión, a un nivel entonces más abstracto, de si en casos de este tipo y de otros similares de grave peligro para la «seguridad cognitiva», lo que hay que hacer es recurrir a un Derecho penal especial, un «Feindstrafrecht» o «Derecho penal del enemigo», con el que el Estado no trata simplemente de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos³.

Las señas de identidad de este «Derecho penal del enemigo» que describía JAKOBS en su conferencia de 1999 y que después ha reiterado en otros trabajos posteriores son las siguientes:

1. Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de proporcionalidad, aplicando incluso «penas draconianas».

2. Abolición o reducción a un mínimo de las garantías procesales del imputado, como el derecho al debido pro-

ceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, etc.

3. Criminalización de conductas que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito.

Imaginemos lo que podría llegar a ser un Derecho penal de este tipo con los siguientes ejemplos:

1. Aplicar penas más allá de la idea de proporcionalidad, incluso «penas draconianas», puede significar, si se toman las palabras de JAKOBS al pie de la letra, aplicar penas de prisión de larga duración, incluso la pena de prisión perpetua o la de muerte, a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves.

2. Abolir o reducir los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal puede significar, por ejemplo, admitir que éste no tenga derecho al debido proceso o a la asistencia de abogado, o también la admisión de pruebas conseguidas ilegalmente, incluso con el empleo de tortura, derogar la competencia del Juez natural y crear Tribunales especiales, excepcionales o militares, permitir que las autoridades políticas o administrativas, sin intervención judicial, puedan decretar el internamiento o el arresto por tiempo indefinido de personas meramente sospechosas, etc.

3. Criminalizar conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del Derecho penal a este tipo de conductas, puede suponer penalizar simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía públicamente hacia ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas, o incluso escribir un artículo a favor de estas ideas, o defenderlas en el curso de una conferencia como ésta, etc.

Desde luego, ejemplos de este «Derecho penal del enemigo» han existido a lo largo de la Historia de la Humanidad, y desgraciadamente parece que a la vista de lo que está ocurriendo en estos momentos en buena parte del mundo y en la legislación penal de muchos países que sienten próxima la amenaza de atentados terroristas, seguirán existiendo todavía durante mucho tiempo. Baste recordar a estos efectos la Patriot Act aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de América, pocos días después del atentado de Nueva York, recientemente pro-

2. George P. FLETCHER, *Washington Post*, oct.12.2001 (también en FLETCHER, *Justice in the Face of Enemy Fire*, manuscrito inédito, 2005, p. 29).

3. Günther JAKOBS, en Eser/Hassemer/Burkhard, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft in der Jahrtausendwende*, Berlín, 2002 (hay traducción española de este artículo de Teresa MANSO, recogida junto con las demás intervenciones habidas en este Congreso en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, coordinado por Francisco MUÑOZ CONDE, Valencia, 2004).

rrogada, que permite muchos excesos y violaciones de derechos fundamentales individuales en aras de una seguridad extrema frente a otros posibles ataques terroristas similares.

Pero tampoco han faltado a lo largo de la Historia construcciones teóricas que han dado y dan legitimación y fundamento a este tipo de normas de carácter excepcional. Una de ellas, y quizás la más representativa fue la del famoso teórico del derecho nazi Carl SCHMITT, quien con su famosa distinción entre «Freund und Feind», «amigo y enemigo», creó las bases para el desarrollo de una construcción jurídica que permitiría distinguir el Derecho para el normal ciudadano de un Derecho mucho más duro y excluyente que había que aplicar a los enemigos⁴.

Esta construcción teórica no fue entonces más que, como señala el filósofo italiano Giorgio Agamben⁵, la culminación actualizada de una concepción biopolítica que ya en la Antigua Grecia desde los tiempos de Aristóteles distinguía entre ciudadanos y esclavos, y en la Roma clásica entre cives y latinos, y que en pleno siglo XX en la Alemania nazi se utilizó para distinguir a los pertenecientes a la raza aria de los que pertenecían a otras razas («inferiores»), considerando la «Volksgemeinschaft», «la comunidad del pueblo» como un conjunto racial basado en la superioridad de la raza aria, en la que no tenían cabida jurídica, y ni siquiera física, los que no pertenecían a esa raza superior.

El primer paso de esta política fue la exclusión jurídica de los que en la terminología de SCHMITT se llamaban «enemigos», es decir, los que no pertenecían a la Comunidad del Pueblo y debían, por tanto, ser excluidos de la misma como ciudadanos de pleno derecho. Las Leyes de Nuremberg de 1935 son un característico ejemplo de lo que supuso esta exclusión jurídica. Pero tampoco faltan ejemplos de este tipo en las actuales propuestas como, por ejemplo, la llamada Enmienda Ashcroft en la tramitación de la Patriot Act en USA tras el atentado del 11 de septiembre, en la que se solicitaba se privase de la nacionalidad americana a los ciudadanos americanos vinculados con acciones terroristas.

Pero los Nazis llegaron aún más lejos, pasando en una segunda fase de su biopolítica a la eliminación física, al exterminio de los pertenecientes a otras razas (judíos, gitanos) o de los degenerados racialmente (enfermos mentales, alcohólicos, homosexuales, asociales, delincuentes habituales). Para ellos, se construyeron Campos de Concentra-

ción, como el de Dachau, que no solo sirvieron para privar de libertad y someter a trabajos forzados hasta la extenuación y muerte a estos enemigos, sino directamente para su eliminación física masiva, creando además los llamados Campos de Exterminio, como los tristemente famosos de Buchenwald, Birkenau y Auschwitz. No parece exagerado decir que en esta dirección se mueve también ese extraño invento «jurídico» de la detención, sin ningún tipo de garantías ni derechos y en condiciones materiales casi inhumanas, de los llamados «enemigos combatientes» afganos en la Base americana de Guantánamo en Cuba.

Por lo que al Derecho penal se refiere, fue también en la época nazi de y de la mano de uno de los más famosos e importantes penalistas alemanes de la primera mitad del siglo XX, Edmund MEZGER, como se introdujo la idea de utilizarlo como un instrumento de lucha y de exterminio de los enemigos, entendiéndolo por tales ante todo a quienes por no pertenecer a la raza aria no eran dignos de ser considerados como miembros de la «Comunidad del Pueblo» y, por tanto, carecía de todo derecho. Así, por ejemplo, decía el famoso penalista ya en 1934 que la misión del Derecho penal era «la «Ausmerzung» (exterminio) de los elementos parásitos perjudiciales al pueblo y a la raza»⁶. Y así lo manifestaba abiertamente en una sesión en el seno de la Comisión de reforma del Derecho penal en 1934⁷:

«Lo destaco expresamente: En la lucha racial; pues considero que se trata aquí de una lucha... Se trata de una lucha de razas en el espacio vital alemán, y debe confesar personalmente, que puedo asumir mejor alguna dureza e injusticia en esta lucha, si tengo las ideas claras de que aquí se trata de una lucha entre dos frentes contrapuestos, en la que a la dureza hay que responder con dureza. Y pienso aquí, como cuestión de principio, que el Derecho penal en una tal lucha puede ser un medio absolutamente idóneo, eficaz e incluso en algún caso de exterminio».

Y luego de las palabras pasó a los hechos, elaborando ya en plena Segunda Guerra Mundial un Proyecto legal para el tratamiento de los que él llamaba «extraños y enemigos de la comunidad» («Gemeinschaftsfremde-feinde»), en el que se proponía, entre otras medidas «la esterilización de los asociales para evitar una herencia indeseable», «la castración de los homosexuales» y «el internamiento por tiempo indeterminado en campos de concentración de los incorregibles», manifestando en uno de los Informes que hizo para ese Proyecto, en realidad obra

4. Carl SCHMITT, *Politische Theologie*, 1922; también Carl SCHMITT, *The Concept of the Political*, traducción al inglés de George SCHWAB, Chicago, 1932.

5. Giorgio AGAMBEN, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia 2003, p. 147.

6. Edmund MEZGER, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, 1.ª ed. 1934, 3.ª ed. 1944 (en ambas se mantiene la frase) (hay traducción española de la segunda edición alemana, realizada por RODRÍGUEZ MUÑOZ, publicada con el título de *Criminología*, Madrid, 1942).

7. La cita se encuentra transcrita en SCHUBERT-REGGE-RIESS-SCHMID, *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts*, Abteilung II, Band 2.2. Berlin, New York 1989, p. 297, y es reproducida por Thomas VORMBAUM, en su Introducción al tomo VII del *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* (2005-2006), p. XXIII, nota 24). También se recoge como portadilla de la edición alemana de mi libro sobre Edmund MEZGER (cfr. *infra* nota siguiente. Subrayado mío).

suya y de su colega muniqués, el criminólogo Franz EXNER, lo siguiente:

«En el futuro habrá dos (o más) “Derechos penales”:

— un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y

— un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión... Una vez que se realice la inclusión, el Derecho especial» (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas... Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un «nuevo comienzo»⁸).

Como se ve, no faltan precedentes ideológicos y ejemplos reales del «Derecho penal del enemigo» que se han dado en épocas relativamente recientes en el mismo país donde ahora se vuelve a plantear su existencia como una amarga necesidad para mantener el funcionamiento del sistema social, sea éste el que sea. En definitiva, tanto entonces, como ahora (aunque en un contexto político diferente en Alemania, pero quizás no tanto en el ámbito internacional), con el «Derecho penal del enemigo» se pretende acabar con esos enemigos, utilizándolo, en una doble dirección. Primero, como un instrumento de exclusión social y jurídica. Así, por ejemplo, sucedió en la época nazi con las Leyes de Nuremberg, que prohibían que aquellas personas que no pertenecían a la raza aria (principalmente los judíos) se relacionaran jurídicamente con los que sí pertenecían a la misma, declarando nulos sus contratos o los matrimonios realizados con ellas, o convirtiendo sus relaciones sexuales con las personas de la ra-

za aria en un delito de «ultraje a la raza». Pero luego, en una segunda fase, utilizándolo también para su neutralización física, encerrándolos en Campos de Concentración, o directamente exterminándolos.

Naturalmente, no todas las técnicas de exclusión jurídica y de exterminio físico han sido tan brutales y genocidas como las que se emplearon por los nazis. Existen muchos grados y matices en estas políticas de exclusión y de exterminio, tanto en la intensidad con la que se practica, como en relación con los grupos de personas sobre las que recaen. Pero no cabe duda que, con mayor o menor intensidad, ejemplos de este proceder se han dado después de la Segunda Guerra Mundial en muchos otros países, con diferentes sistemas políticos, de uno u otro signo ideológico; y, desde luego, el modelo de Guantánamo no deja de ser, a escala reducida, un modelo muy parecido al de los «Konzentrationslager» nazis. Como dice FLETCHER, «en un mundo interdependiente, no basta ya con meterlos (a los enemigos) en un barco y mandarlos a Australia o a otros espacios igualmente lejanos. Las modernas sociedades han desarrollado otras técnicas más sofisticadas para librarse de ellos»⁹.

El problema que plantean estas medidas más o menos drásticas de exclusión jurídica o de eliminación física en las actuales sociedades es, obviamente, el de su problemática compatibilidad con los derechos humanos y con los principios democráticos consagrados en las Constituciones de la mayoría de los Estados y en las Declaraciones y Tratados internacionales de derechos fundamentales. Evidentemente, cuando son las Dictaduras, de uno u otro signo ideológico, las que utilizan ese «Derecho penal del enemigo» para criminalizar y perseguir a la oposición política, para abolir o restringir derechos fundamentales, y para torturar y asesinar a la gente, nadie pone en duda que ese es un uso ilegítimo del «Derecho penal del enemigo».

8. Sobre el pasado nazi de MEZGER y su cooperación en la construcción del Derecho penal nacionalsocialista, véase Francisco MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4.ª ed., Valencia, 2004. (Hay traducción al portugués de Paolo BUSATO, *Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo*, Sao Paulo 2005; y al alemán de Moritz VORMBAUM, con el título *Edmund Mezger, Beiträge zu einem Juristenleben*, Berlín, 2007, con prólogo de Gerhard Werle). Sobre otros precedentes ideológicos del Derecho penal enemigo, véase también Francisco MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, 2.ª ed. Buenos Aires, 2007, 57-66. (Hay traducción alemana de Moritz VORMBAUM, publicada en la Editorial LIT, Münster, 2007, con el título *Über das Feindstrafrecht*, con prólogo de Winfried Hassemer). La obra de Franz EXNER, *Kriminalbiologie*, también fue traducida al español por Juan DEL ROSAL, y publicada con el título *Biología criminal*, Barcelona, 1947. En la edición alemana de mi libro sobre Mezger se encuentran también recogidos los Informes que para el citado Proyecto realizó este criminólogo.

9. George P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, 2007, p. 172 (hay traducción española de Francisco MUÑOZ CONDE, con el título *Gramática del Derecho penal*, actualmente, septiembre 2007, en prensa en la editorial Hammurabi, Buenos Aires). Es interesante destacar los datos que FLETCHER ofrece en este libro sobre el sistema de exclusión jurídica que se practica en Estados Unidos con respecto a la población de origen africano, es decir, los descendientes de los antiguos esclavos, a los que en buena parte se les sigue considerando «outsiders», y por tanto como una especie de enemigos de los «insiders», es decir, de los que sí están integrados en el sistema. Indica FLETCHER (ob. cit. p. 174, nota 77, que de una población afroamericana de 10.4 millones, aproximadamente un 14 por ciento, es decir, 1,46 millones, están excluidos del derecho al voto, por haber sido condenados por delito grave, es decir, en la mayoría de los casos por tráfico de drogas, aunque sea en cantidad de escasa importancia. Ello supuso, por ejemplo, que en las comprometidas elecciones americanas del 2004, que se decidieron en el Estado de Florida de forma un tanto discutible a favor de George W. Bush, si hubiera podido votar este sector de la población, muy probablemente hubiera inclinado la balanza a favor del otro candidato, Al Gore. Un ejemplo de «Derecho penal del enemigo» que recuerda mucho a la exclusión jurídica que por otros motivos (¿o por los mismos?) se llevó a cabo en la Alemania nazi respecto a los judíos.

Pero entonces, ¿por qué debe juzgarse de otra manera el empleo de un Derecho penal de este tipo y de este tipo de medidas cuando se utiliza en tiempos de crisis por un Estado de Derecho configurado democráticamente y como una forma de defender su estructura política y jurídica democrática?

Para Günther JAKOBS la respuesta a esta cuestión es fácil: La existencia de un Derecho penal del enemigo junto a un Derecho penal para el normal ciudadano es una amarga necesidad o una realidad inevitable en cualquier tipo de Estado para mantener la funcionalidad de su sistema social; no depende de la configuración jurídica o política del mismo, de si es autoritario o democrático, sino del propio sistema social, que requiere para su funcionamiento en casos determinados de este particular «Derecho penal». De este modo la diferenciación entre amigo y enemigo, preconizada por Carl SCHMITT, no tiene ya las connotaciones racistas, que tenía en aquel teórico alemán (aunque también pudiera tenerlas), sino que se basa en una concepción funcionalista del Derecho penal: Toda sociedad tiene, según JAKOBS, derecho a mantener su identidad y un mínimo de seguridad que él llama «seguridad cognitiva», y para ello es inevitable que utilice todos los medios necesarios a su alcance contra quienes permanentemente supongan un grave peligro y amenazan seriamente el funcionamiento de su sistema social. Estos individuos deben ser considerados, según JAKOBS, como «enemigos» y no como personas; y así dice literalmente: «Feinde sind aktuell Unpersonen»¹⁰ («Los enemigos no son personas»). Es evidente que JAKOBS utiliza

aquí el concepto de persona en un sentido muy peculiar, como alguien que carece de la cualidad de ser considerado como sujeto de derecho en relación con el sistema al que ataca, pero no cabe duda de que la expresión puede dar lugar a malos entendidos e incluso recordar otras expresiones igualmente desafortunadas, como la de «Untermensch», o persona inferior, una especie de híbrido entre la verdadera persona (humana), portadora y titular de todos los derechos, y los animales y demás objetos del Derecho de cosas, muy similar a la distinción que hacia Aristóteles entre los verdaderos ciudadanos y los esclavos¹¹. Y también es importante destacar que JAKOBS no pretende hacer ninguna valoración del Derecho penal del enemigo, limitándose a describirlo como una realidad inevitable y necesaria y a sacar de ello determinadas consecuencias, porque, según él, esta es la única tarea que incumbe al penalista en una concepción funcionalista del Derecho penal.

Desde luego, no sé hasta qué punto una concepción funcionalista tiene que conducir necesariamente a admitir la existencia de un Derecho penal del enemigo; baste señalar aquí que incluso entre los discípulos y partidarios de JAKOBS hay discrepancias a este respecto¹². Pero lo que sí parece es que, como decíamos al principio comentando la frase de FLETCHER en relación con el atentado de Nueva York, para JAKOBS en estos casos no hay diferencias entre perseguir penalmente a los delincuentes y desencadenar una guerra contra ellos. Parece más bien que en el segundo caso estamos ante un Derecho penal belicista, una especie de derecho de guerra, en el que se puede uti-

10. JAKOBS, *loc. cit.*, nota 8.

11. Sobre estas distinciones y su origen biopolítico, véase AGAMBEN, *ob. cit.* En esta dirección se movía también el concepto de «Rechtsgenosse» (literalmente: compañero en derecho) que utilizaban algunos juristas nazis como equivalente a ciudadano de pleno derecho, frente a los que no lo eran, en aquella época y sobre todo a partir de las Leyes de Nuremberg en 1935, principalmente los judíos, a los que sólo por serlo se les privaba de todos sus derechos como ciudadanos alemanes. Es importante destacar esto, porque a veces se quiere entender el concepto de «enemigo» que utilizaba SCHMITT como una especie de «hostes» en el sentido bélico de la palabra, refiriéndolo sólo al enemigo exterior ciudadano de otro país con el que Alemania estuviera en guerra. Pero cualquiera que conozca los escritos de SCHMITT en la época nazi y la actitud de furioso antisemitismo que mostró en aquella época, que se reflejó en su aprobación entusiasta de las Leyes de Nuremberg y en la organización de un Congreso para erradicar la influencia de los juristas judíos en la Ciencia jurídica alemana, puede negar cual era el verdadero sentido de la expresión en el pensamiento de Carl SCHMITT (véase AGAMBEN, *ob. cit.*).

12. Véase, por ejemplo, la parte escrita por su discípulo Manuel CANCIO MELIÁ en el libro publicado conjuntamente JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003. En general, la mayoría de los autores que se han ocupado en estos últimos años de este tema se han pronunciado más o menos abiertamente en contra de las tesis de JAKOBS. Para una visión de conjunto de estas opiniones véase la recopilación contenida en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA, *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, 2006; también la recopilación de trabajos de las ponencias presentadas en el Congreso celebrado en Trento en marzo del 2006 sobre *Derecho penal del enemigo y delito político*, aparecido ahora como volumen colectivo bajo el título *Nuovo revisionismo penale. Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cargo de Alessandro GAMBERINI y Renzo ORLANDO, 2007 (véase mi crónica de este Congreso y del de los abogados penalistas alemanas celebrado en Frankfurt en marzo del 2006, donde también se dedicó una sección al tema, en *Revista Penal*, 18, 2006, p. 336 y ss., en la que se recoge también como apéndice mi aportación al Congreso de Trento, publicada luego como artículo en Homenaje a González Cuellar, Madrid, 2006). La discusión en absoluto ha terminado y continúan publicándose trabajos sobre este tema tanto en Alemania, como fuera, si bien por lo que respecta a otros países, la mayoría de las publicaciones se han realizado en el ámbito hispano y latinoamericano, quizás debido a que la realidad política y social de muchos países latinoamericanos ofrece muchos motivos de reflexión sobre el tema, y por lo que respecta a España a que el fenómeno del terrorismo, no sólo etarra, sino islamista, es una desgraciada realidad siempre presente en la ocupación del pueblo español y de los dirigentes políticos españoles.

lizar todos los medios existentes, dentro y fuera del Estado de Derecho, para ganarla.

Es verdad que JAKOBS no emplea exactamente el término Derecho penal de guerra¹³, sino el más técnico de «Derecho penal del enemigo», pero la idea es la misma. Lo importante para él es salvar la «seguridad cognitiva» del sistema social en su conjunto, sea el que sea, justo o injusto, democrático o antidemocrático. No juzga el sistema, simplemente lo describe, y nos dice cómo funciona: con un Derecho penal para el normal ciudadano y con otro diferente para el enemigo.

Sin embargo, esta concepción del Derecho penal del enemigo, precisamente por su aparente neutralidad científica, no deja de ser ambigua y está expuesta a muchas objeciones de principio, que ya han sido formuladas a lo largo y a lo ancho de la discusión doctrinal que ha suscitado. El problema principal que el mismo plantea es uno de límites. ¿Hasta donde se puede llegar con el Derecho penal del enemigo? ¿Fue Auschwitz también un Derecho penal de esta clase? ¿Lo fue el sistema de los «desaparecidos» en la dictadura argentina de Videla y otros generales? ¿Lo son ahora Guantánamo, las torturas en Abu Chraig, o los asesinatos selectivos de los dirigentes palestinos? Y si es así ¿como se pueden admitir estos actos de barbarie jurídica o para jurídica y, en todo caso, inhumanos, así sin más, como algo inevitable y necesario, y limitarse a constatar su realidad, meramente describiéndolas, sin hacer ningún tipo de valoración, ni positiva ni negativa?

Pero además del problema de los límites, hay también objeciones conceptuales importantes contra el Derecho penal del enemigo.

La primera es: ¿Cómo se define al enemigo? O mejor dicho: ¿Cómo se distingue el normal ciudadano del enemigo? Si todos los delincuentes son enemigos, entonces todo el Derecho penal será un Derecho penal del enemigo, y si sólo lo son algunos, entonces la tarea principal desde el punto de vista jurídico es indicar las características conceptuales que lo definen y lo identifican con la mayor seguridad posible. A este respecto JAKOBS se limita a dar unas pistas vagas que recuerdan mucho, y una vez más, a las construcciones teóricas de los penalistas nazis sobre el «Derecho penal de autor».

En efecto, es esta la impresión que da, cuando JAKOBS menciona varios de los sujetos que pueden calificarse según él como enemigos:

«El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el an-

tiguo delincuente habitual “peligroso” según el párrafo 20.a del Código penal alemán), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo “complot de asesinato”), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento»¹⁴.

Y más concretamente refiriéndose a los autores del atentado del 11 de septiembre del 2001, dice lo siguiente¹⁵:

«Quien considere poco claras estas palabras, debería reflexionar sobre los sucesos del 11 de septiembre del 2001... El delito sigue siéndolo, aunque sus autores lo cometan con intenciones radicales o a gran escala. Pero entonces hay que preguntarse si a través de esta estricta fijación en el concepto de delito, no se está imponiendo al Estado la obligación de respetar al autor de estos hechos como persona, lo que desde luego es un calificativo bastante inapropiado respecto a un terrorista que no ofrece la expectativa general de conducta personal. Dicho en otras palabras: quien considere al enemigo como un delincuente ciudadano, no debe sorprenderse luego si los términos “guerra” y “proceso penal” llegan a confundirse».

Como vemos, JAKOBS, no ofrece una definición clara de lo que pueda entenderse como enemigo, se limita a describir y a mencionar una serie de sujetos que podrían incluirse bajo este concepto, sin ofrecer ulteriores elementos definitorios que los identifiquen con mayor precisión. Se trata, al parecer, de sujetos que mantienen una actitud de permanente rebeldía u hostilidad contra el sistema social, que se manifiesta a través de actitudes o de la comisión de hechos que pueden coincidir con delitos comunes, algunos graves, como el terrorismo, o el tráfico de drogas; otros no tanto, e incluso de escasa gravedad, como sucede con los delincuentes habituales contra la propiedad. Quien espere algo más, quedará defraudado, ya que JAKOBS en ningún momento ofrece ese algo más que permitiría fundamentar la creación e incluso el necesario empleo del Derecho penal del enemigo y su diferencia con lo que sería ya abiertamente una guerra; es más llega a advertir del peligro de que ambos se confundan, o de que se conviertan en la misma cosa. Pero esa confusión la provoca él mismo cuando llama al Derecho penal del enemigo «gue-

13. George P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, p. 173, nota 73: «El uso de la palabra “guerra” no es totalmente correcto, porque la guerra es una “alternativa al orden jurídico”, y tiene sus propias reglas de reciprocidad y tratamiento decente... Estas reglas se basan en la expectativa de que la guerra puede terminar alguna vez y que incluso al final de la misma será posible vivir en paz con el enemigo. Desde luego, no hay la misma expectativa de vivir en paz con los criminales, y, por tanto, si se emplea con ellos el término “guerra” se tratará de una guerra de eliminación, una especie de guerra santa en el sentido bíblico de la palabra».

14. En ESER/HASSEMER/BURKHARDT, ob. cit., p. 59.

15. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, Höchstrichterliche Rechtsprechung*, 2003 (recogido también en versión de CANCIO MELIÁ en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 41-42).

rra refrenada»¹⁶. Pero entonces: ¿de qué está hablando de derecho o de guerra, o de un peculiar derecho de guerra contra un enemigo innominado, casi fantasmal y en todo caso escasamente determinado o determinable?

Todavía hay otra objeción de principio que formular contra la construcción de JAKOBS, pues si queremos que el Derecho penal del enemigo no sea una construcción absolutamente arbitraria, o un espacio ilimitado en el que todos los excesos y violaciones de derechos fundamentales sean posibles y admisibles, habrá que indicar cuál es el marco normativo, en el que ese Derecho penal del enemigo se tiene que mover; cuáles son los principios, si es que tiene alguno, que debe respetar y asumir como límites de su intervención. Y a este respecto tampoco JAKOBS da indicaciones muy precisas.

La respuesta a esta cuestión tiene que ser por supuesto contextualizada en un determinado marco, nacional e internacional, que en la presente situación viene configurado por los parámetros, en el ámbito nacional, del Estado social y democrático y Derecho¹⁷; y, en el ámbito internacional, por las Declaraciones Universales de Derechos fundamentales de la ONU, la Convención Europea de Derechos humanos, y, para caso de guerra, por las Convenciones de La Haya y de Ginebra, todos ellos vinculantes para los Estados y la instituciones, nacionales e internacionales.

Tras la Revolución Francesa, las sociedades modernas han ido desarrollando, con retrocesos puntuales y a veces a regañadientes, un conjunto de principios y distinciones básicas que inspiran a la mayoría de las legislaciones penales de los países civilizados: estos principios y distinciones están incluso por encima de los particularismos nacionales y de las diferencias importantes entre los sistemas jurídicos basados en el Common Law o en el Continental europeo. Corresponde a FLETCHER el mérito de, sobre la base de estos principios y distinciones, ha-

ber intentado, a través de diversas obras publicadas en los últimos treinta años, identificar los conceptos básicos en los que podría basarse una especie de Gramática internacional del Derecho penal que sirva de puente entre los diversos sistemas jurídicos dominantes en el mundo: las diferencias entre normas sustantivas y procesales, entre penas y otro tipo de sanciones de carácter no punitivo, entre caso fortuito y eventos atribuibles a una conducta humana, entre acción y omisión como formas de conducta humana en las que se basa la responsabilidad penal, entre dolo e imprudencia, entre justificación y exculpación, entre tentativa y consumación, entre autoría y participación, etc.¹⁸. ¿Hasta qué punto son estas elementales distinciones, producto de una evolución y elaboración jurídica de siglos, vinculantes para el Derecho penal del enemigo? ¿Rige también para él el principio de legalidad estricto, el de intervención mínima, el de lesividad u ofensividad, el de culpabilidad y responsabilidad individual, etc.?

Y lo mismo cabría preguntar respecto a los principios y derechos fundamentales del imputado en el proceso penal: el derecho al juez natural y predeterminado por la ley, a la defensa, a la presunción de inocencia, etc. ¿Hasta qué punto son también vinculantes para el Derecho penal del enemigo?

Junto a estos principios y distinciones elementales, más o menos directamente acogidos en la legislación penal de los países civilizados, llegando algunos de ellos a tener incluso anclaje constitucional, existen otros de carácter supraestatal, recogidos en Tratados y Convenios vinculantes a nivel internacional para todos los Estados que integran la Comunidad internacional, y que constituyen también las bases de un incipiente Derecho penal internacional. Los principios establecidos en los Juicios de Nuremberg, la creación en la ONU del delito de Genocidio, la Declaración Universal de Derechos humanos de la ONU en 1948, el Convenio internacional sobre derechos civiles y

16. *Loc. cit.*, p. 43 de la edición española, JAKOBS/CANCIO. Tampoco parece más preciso el concepto que algunos sectores políticos alemanes están proponiendo actualmente en Alemania de «Gefährder» (lit.: «Peligroso») para justificar la existencia de una legislación penal excepcional contra los así definidos (véase al respecto, críticamente, Susanne WALTHER, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2007).

17. Corresponde a Santiago MIR PUIG, el mérito de haber sido el primero de los penalistas españoles en haber destacado monográficamente la necesidad de adecuar el Derecho penal al marco del Estado social y democrático de Derecho a que se refiere el art. 1 de nuestra Constitución; véase, por ejemplo, su *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1979 (2.ª ed. 1982). De nuevo reitera sus puntos de vista en su artículo «Constitución, Derecho penal y globalización», recogido en el libro colectivo dirigido por él y por Mirentxu CORCOY BIDASOLO, y coordinado por Víctor GÓMEZ MARÍN, *Nuevas Tendencias en Política criminal*, 2006, pp. 115 y ss., donde destaca una vez más que, incluso frente al terrorismo, es necesario mantener el «sistema de libertades y garantías de un Estado de Derecho solidario (social y democrático)» (p. 125).

18. George P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 1978, 2000; George P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 1998 (de esta obra hay traducción española de Francisco MUÑOZ CONDE, con el título *Conceptos básicos de Derecho penal*, Valencia 1999; y al ruso, al chino, al italiano y al iraní...). Y ahora más recientemente su *Grammar fo Criminal Law*, 2007 (traducción española de MUÑOZ CONDE, en prensa). Sobre el planteamiento teórico general de FLETCHER, véase Francisco MUÑOZ CONDE, «“Rethinking” the Universal structure of Criminal Law», en *Tulsa Law Review*, Symposium: Twenty-five years of George P. FLETCHER’s Rethinking Criminal Law, Vol. 34, Summer 2004, Number 4, 941-943 (también mi Prólogo a las traducciones españolas de *Conceptos básicos* y a la *Gramática*). Más recientemente y sobre el concepto de acción como elemento fundamental de la teoría del delito, véase también MUÑOZ CONDE/CHIESSA, «The Act requirement», en *Cardozo Law Rewiew* 2007, Symposium sobre la Grammar de FLETCHER.

políticos, la Convención europea de derechos humanos, la creación de los Tribunales penales *ad hoc* para juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda, y el más reciente Estatuto de Roma que ha dado lugar a la creación y puesta en funcionamiento del Tribunal Penal Internacional han dado lugar a un Derecho penal internacional con pretensiones de vigencia universal y competencia para juzgar y castigar los crímenes más graves cometidos desde el apartado de poder los Estados, cuando, por las razones que sean, sus autores no pueden ser juzgados y condenados por el propio Estado donde cometieron sus crímenes. Los principios sobre la responsabilidad criminal establecidos en el Estatuto de Roma, con todas sus imperfecciones, pueden servir también de guía y de orientación para la legislación y praxis penales de muchos Estados, que poco a poco los van introduciendo en sus legislaciones penales nacionales. Pero incluso la propia praxis interestatal está ya produciendo decisiones que pretenden acabar con la impunidad de los dirigentes estatales acusados de cometer graves crímenes en la época que estuvieron en el poder. La extradición a España desde Inglaterra del General chileno Augusto Pinochet, aunque finalmente no tuviera lugar, abrió la puerta para exigir responsabilidad penal individual a dirigentes estatales que cuando estuvieron en el poder lo aprovecharon para cometer graves delitos contra sus adversarios políticos. Del mismo modo, la reciente extradición de Fujimori a Perú acordada por el Tribunal Supremo chileno para que allí sea juzgado por los graves delitos de que es acusado, es una buena prueba de que hay ya una praxis internacional que pretende acabar con la impunidad de los que desde la cúspide del poder estatal hayan cometido graves crímenes y violaciones de derechos humanos. Y en España tenemos recientes decisiones jurisprudenciales en las que se ha condenado por ejemplo, a un antiguo oficial del Ejército argentino acusado de torturar y participar en los asesinatos y desapariciones que tuvieron lugar en Argentina durante la dictadura de los generales en los años 70 (*caso Scilingo*). También en relación con esta etapa de la nación argentina se ha conseguido la extradición desde Méjico de otro militar argentino acusado de haber participado en dicho crímenes (*caso Cavallo*). O se han admitido las quejas contra el General Ríos Mont, acusado de haber dado la orden, durante su mandato, de entrar por la fuerza en la embajada española en Guatemala donde se encontraban refugiado un grupo de campesinos que murieron en el asalto militar. Y todo ello invocando el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, conforme al principio universal, declara la competencia de la Justicia española para juzgar este tipo de delitos.

También el Derecho internacional consuetudinario puede servir de base para que los Crímenes contra la Humanidad puedan ser objeto de enjuiciamiento ante un tribunal estatal de un país distinto al del lugar donde se cometieron. Así ha sucedido con los procesos llevados a cabo en Francia contra Paul Touvier, Klaus Barbie, y Maurice Papon, y con el de Imre Finta en Canada. Los Críme-

nes contra la Humanidad, igual que el Genocidio o los Crímenes de Guerra, forman parte del *jus cogens*, es decir, no son derogables. Por tanto, están sometidos a la Jurisdicción universal, y cualquier Estado puede juzgarlos, independientemente de la nacionalidad de sus autores y del lugar donde hayan sido cometidos. Y ello significa también que todos los Estados están obligados a perseguirlos, sin que quepa ningún tipo de excusa para no hacerlo, ni, por supuesto, la cláusula de que se trata de «delitos políticos» que no pueden ser objeto de enjuiciamiento jurídico. Y evidentemente ello no supone ningún «Derecho penal del enemigo», porque ni que decir tiene que en este tipo de procesos se deben respetar todas las garantías y derechos que los acusados negaron a sus víctimas.

Pero hay que reconocer una cierta insatisfacción en que sean los Tribunales de un Estado los que juzguen a los que cometieron los crímenes en otros Estados, en los que incluso fueron aclamados o consiguieron el perdón o de cualquier otra forma sustraerse a la acción de la Justicia. El malestar que, por ejemplo, provocó en Chile la solicitud de extradición realizada por el Juez Garzón para juzgar en España al General Pinochet, y la actitud del propio Gobierno inglés de enviarlo de nuevo a su país «por razones de salud», demuestran que no siempre es fácil ni hacer o dejar en manos estatales la aplicación del Derecho penal internacional.

Preferibles son otros procesos similares llevados a cabo en el ámbito de los Tribunales internacionales, como el enjuiciamiento de Milosevic llevado a cabo por el Tribunal penal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia, o los llevados a cabo por el Tribunal *ad hoc* para los crímenes cometidos en Ruanda. Pero el instrumento que está llamado por definición a aplicar el Derecho penal internacional por encima de los particulares Estados es el Tribunal Penal Internacional creado por el Estatuto de Roma en 1998 y ya en funcionamiento desde el año 2002. Desde luego hubiera sido mejor que el dictador Saddam Hussein hubiera sido juzgado por este Tribunal Penal Internacional, con todas las garantías y respeto a sus derechos como imputado, que no en su propio país, ocupado por la tropas americanas, y en un estado de semi guerra civil, y por un tribunal formado por sus antiguos enemigos y adversarios políticos. Nos hubiéramos ahorrado además el espectáculo dantesco de su ejecución en la horca transmitida por los medios de comunicación a todo el mundo. Eso sí que es un «Derecho penal del enemigo» alentado y apoyado por el país que ha asumido el dudoso papel de «gendarme y garante de la paz mundial»

Desgraciadamente, el Tribunal Penal Internacional no tiene jurisdicción retroactiva, ni puede aplicarse a los ciudadanos de los Estados que, como Irak o Estados Unidos, no lo han reconocido oficialmente. Tampoco parece que hasta ahora haya servido para juzgar a los responsables de Crímenes que sí entran dentro de su competencia, pero de los que serían responsables dirigentes de países que están por encima de cualquier posibilidad de someterlos a juicio ante un Tribunal de este tipo.

A pesar de todo es evidente de que el Tribunal penal internacional, con todas sus limitaciones e incluso deficiencias jurídicas que pueda ofrecer su funcionamiento, es, hoy por hoy, la única posibilidad de que el Derecho penal internacional no se convierta en un «Derecho penal del enemigo» y además en un Derecho penal del «enemigo vencido», dejando en la impunidad a los poderosos vencedores.

La esperanza de que ello sea así puede vislumbrarse en alguna reciente decisión del Consejo de Seguridad de la ONU, en la que todos sus miembros incluido los Estados Unidos, que siguen sin reconocer al Tribunal Penal Internacional, han acordado que éste pueda juzgar los crímenes cometidos en la región sudanesa de Darfur¹⁹. Una esperanza muy vaga, porque ese mismo país, los Estados Unidos de América, ha dicho ya innumerables veces, por activa y por pasiva, que jamás permitirá que sus soldados y nacionales puedan ser juzgados por otro tribunal que no sea el de su propio país. Y así vemos diariamente la práctica impunidad en la que quedan los graves crímenes cometidos por las tropas americanas en Irak, empezando por el asesinato del periodista español José Couso, cuando cumplía con su misión informativa, desde la habitación de un Hotel situado en zona neutral. Y, por supuesto, también la impunidad de los más altos responsables del Gobierno norteamericano, como el Secretario de Defensa Donald Rumsfeld, por los abusos y torturas en Abu Chraig, que parece se cometieron con su consentimiento e incluso siguiendo sus instrucciones.

Un problema importante para asegurar la vigencia del Derecho penal internacional en la exigencia de responsabilidades individuales, es la discutible competencia del Tribunal internacional penal para juzgar los atentados cometidos por organizaciones terroristas, paraestatales, sin ninguna ubicación territorial fija, ni entidad política determinada. Desde el atentado de Nueva York en el 2001 y otros similares que le han seguido, como el de Atocha en marzo del 2004 y el de Londres en julio del 2005, no cabe duda de que en el panorama político internacional se ha introducido un elemento nuevo que distorsiona la concepción tradicional del derecho internacional de guerra. Ahora la amenaza principal no proviene, como en los tiempos de la Guerra Fría del enfrentamiento entre dos bloques de naciones enfrentados, perfectamente delimita-

dos e identificados, sino de organizaciones paraestatales. El art. 7 (2) del Estatuto de Roma cuando regula los Crímenes contra la Humanidad no se refiere a este tipo de organizaciones, pero algún prestigioso especialista en Derecho penal internacional como Gerhard WERLE, consideran que en la expresión utilizada en dicho artículo de «organizational policy» pueden incluirse esos grupos, aunque no tengan una ubicación territorial determinada, bastando con que dispongan del material y personal suficiente para desencadenar un ataque extenso y sistemático que pueda alcanzar a la población civil que es el elemento característico de los Crímenes contra la Humanidad en el art. 7 (2) del Estatuto de Roma²⁰. Lo que en ningún caso ello puede suponer es que en la lucha contra estas organizaciones se puedan emplear medios contrarios al Derecho humanitario creado hace ya un siglo por la Convención de La Haya, y que en el trato de los prisioneros no se respeten las reglas de los Convenios de Ginebra, privándolos de los derechos más fundamentales, como ha sucedido y está aún sucediendo con los presos afganos de la Base de Guantánamo²¹.

Es evidente que esos grupos terroristas no van a respetar las reglas de las Convenciones de Ginebra, ni el Derecho humanitario, ni los derechos fundamentales de los ciudadanos, militares o civiles, víctimas de sus atentados. Pero esto no quiere decir que los Estados víctimas de estos ataques puedan emplear cualquier medio para repeler esos ataques, aplicándoles «su misma medicina». Pues ello convertiría también al Estado que así actuara en un Estado a su vez también terrorista, y si para ello utiliza un Derecho penal de simple eliminación del enemigo, más allá de lo que permiten las normas internacionales que rigen el Derecho de guerra, el Derecho humanitario y las Convenciones de Ginebra, entonces sí estaríamos ante un «Derecho penal, nacional o internacional, del enemigo», es decir, en un Derecho penal terrorista del Estado frente al terrorismo contra el Estado. Un círculo vicioso que sólo puede producir más sangre y más lágrimas que la que producen los mismos terroristas y el regreso a la barbarie y al «homo homini lupus» de HOBBS, un autor que JAKOBS cita frecuentemente como garante de su «Derecho penal del nenemigo».

A la vista de todo lo dicho hasta aquí, mi respuesta a la pregunta con la que titulamos este trabajo es la si-

19. Véase George P. FLETCHER / Jens David OHLIN, «Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case», *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), 539-561; también Claus KRESS, «The Darfur Report and Genocidal Intent», *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), 562-578.

20. Gerhard WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2002, núm. marg. 663 (hay traducción española, coordinada y dirigida por María del Mar DÍAZ PITA, *Tratado de Derecho penal internacional*, Valencia, 2005, con Prólogo de Francisco MUÑOZ CONDE. También hay una traducción al inglés. Recientemente acaba de aparecer una segunda edición alemana).

21. Cfr. George P. FLETCHER, «Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of War: Hamdi, Padilla, and the Detainees in Guantánamo Bay», in *Journal of International Criminal Justice*, 2 (2004), 953-956 (Hay traducción española de Antonio MUÑOZ AUNIÓN, publicada en *Revista Penal* 2005). Véase también Hisakazu FUJITA, «International Humanitarian Law: "War on terror"», in *Isil Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, vol. III, 2003, 59; Christiane WILKE, «War v. Justice, Terrorism Cases and Political Justice in US Courts», *Politic&Society*, Vol. 33, num. 4 December 2005, 637-669.

guiente: Tanto en tiempos de Paz, como en tiempos de Guerra, no necesitamos un Derecho penal del enemigo, ni tampoco un Derecho penal internacional del enemigo, para luchar eficazmente contra los que atacan las bases de nuestra convivencia, bien sea a título individual, como delincuentes comunes, bien de forma masiva, con acciones terroristas; lo único que necesitamos es el Impe-

rio del derecho, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional; pero de un Derecho que respete determinados principios y derechos fundamentales del ser humano, y que busque no la venganza, sino la Justicia, una Justicia igual para todos, para vencedores y para vencidos. O como dice la letra del himno americano: «With Justice for all»!