

Lamela i Llarena i el dret penal de l'enemic

written by Lluís Busquets | 17 de novembre de 2018

S'anomena dret penal de l'enemic (*Feindstrafrecht*) una teoria prou extravagant, nascuda en un context de pugna contra el terrorisme, formulada per primera vegada el 1985 pel filòsof del dret **Günther Jakobs**, que considera que hi ha normes que castiguen l'autor d'un delict no tant pel delict comès, sinó perquè es considera que el delinqüent és tan perillós que ja ha deixat de ser ciutadà i ha esdevingut "enemic" (a l'enemic de la societat seria legítim canviar-li les regles de joc i no aplicar-li el dret penal general o ordinari, que és humanitari i garantista). En el dret penal ordinari, el del ciutadà normal, encara que sigui delinqüent, se'l pot jutjar i castigar; l'objectiu del dret penal de l'enemic és, pròpiament, combatre'l i eliminar-lo per així eliminar el perill. De fet, pretén atribuir violència a les finalitats i no als mitjans (se l'hauria de denominar "no-drets de l'enemic"). Comparteix un context de significat amb el dret de guerra i en la guerra.

La formulació d'aquesta figura té orígens en les tesis sobre amic/enemic del jurista nazi **Carl Schmitt** (1888 -1987), refugiat a Espanya després de la derrota bèl·lica, amic de **José Antonio Girón de Velasco** i honorat per **Fraga Iribarne**. Per a **Schmitt**, l'enemic públic de l'estat és també l'enemic de la societat i, per tant, com a mesura preventiva de la seguretat de l'estat, no li pertoca cap dret (per això la presó preventiva). Simplement ha de ser anihilat. L'enemic, per a **Schmitt**, és una no-persona jurídica, perquè voluntàriament s'ha situat (o es vol situar intencionalment) a extramurs del cos jurídic legal. **Jakobs** adapta aquestes concepcions a l'àmbit democràtic. Ull viu: el dret penal de l'enemic no és antidemocràtic, perquè el permet una cambra legislativa democràticament escollida i un poder judicial

pretesament democràtic. I aquesta deriva, juntament amb l'abús de recursos d'excepcionalitat, del principi d'oportunitat enfront del de legalitat, és el que preocupa; per això en cercles jurídics es parla de populisme punitiu i de dret penal d'autor o a la carta.

Atès que aquest dret penal de l'enemic (DPE) esclatà a Espanya de manera somorta amb la Llei orgànica de Protecció de la Seguretat Ciutadana (coneguda popularment com a *Llei Mordassa*) aprovada el 2015, que donava pràcticament carta blanca a la policia en la seva funció repressiva, i de manera explícita i radical el 16 d'octubre de 2017, quan la jutgessa **Carmen Lamela** decretà la presó incondicional i sense fiança de **Jordi Sànchez** i **Jordi Cuixart** –tot acusant-los de sedició, tot i que era obvi que no havien fet cap acte violent– i sembla que és el que **Pablo Llarena** està aplicant als nostres presos polítics, **Alex Agustí Polis** en parlà el passat mes de març a la xarxa; el professor **Ramon Alcoberro** ho va fer a "El Temps" (23-VII-18) i, un mes després, a la Universitat Catalana d'Estiu, i l'advocat **Josetxo Ordóñez**, de l'àrea social de Cristianisme i Justícia, hi dedicà el fulletó "Papers" del passat setembre. Puaré el que penso escriure d'aquests tres experts.

En la versió feble, el DPE proposa reforçar la prevenció *ante delictum* per evitar perills futurs (cal més vigilància, més control social, més policia i més enduriment jurídic davant el perill latent de desestructuració social, per abstracte que pugui semblar); en la concepció forta, no es tracta de prevenir, sinó d'actuar contra l'enemic. Les interlocutòries del jutge Llarena ho deixen prou clar. Els seus autos del passat 21 i 23 de març, volent aplicar als processats el delicte de rebel·lió tipificat en l'article 472 del Codi penal i convertir-los en enemics, ha hagut de recórrer a la ciència-ficció parlant dels fets del passat 20-IX-2017 davant la Conselleria d'Economia i Hisenda, en el primer dels quals, obviant que hi havia vehicles de la Guàrdia Civil amb armes

llargues que ningú no va tocar, com si la situació fos la del 23-F, escriu: «*los hechos aquí expuestos determinaron el efecto inherente a la violencia, esto es, una real restricción de la capacidad de actuación como consecuencia del uso de la fuerza, tal y como ocurriría en un supuesto de toma de rehenes mediante disparos al aire*».

El DPE només se l'han fet seu algunes dictadures militars sud-americanes i africanes, certament. Per això sobta quan s'aplica en algun lloc d'Europa (on la Magistratura espanyola ja ha quedat prou retratada i desprestigiada). Res d'estrany que diferents juristes ja fa temps que hagin posat el crit al cel, per dues raons: perquè és contrari al dret liberal d'**habeas corpus** (qui decideix jurídicament ja no és la raó del poder sinó el poder de la raó i, per això a Espanya s'ha aplicat amb detencions incomunicades, dispersió geogràfica de presos, presó provisional extralimitada ...) i perquè es vol aplicar contra aquells que suposadament atempten contra l'ordre establert (per això se'ls vol considerar "terroristes" entre cometes). ¿I no atempten contra l'ordre establert intel·lectuals crítics i pacifistes –de **Voltaire** a **Sartre**, de **Suso del Toro** a **Pérez Royo**–, que no tenen res de "terroristes"? ¿No hi atempten lluitadors no-violents practicants de la desobediència civil (de Gandhi a Xirinacs passant per Luther King)? El DPE, tanmateix, no discrimina. Per a ell, **Gandhi**, el grup terrorista nigerià **Boko Haram**, **el Deix** o Estat Islàmic o **Luther King** serien igualment enemics respectius dels seus estats i posats al mateix sac.

Altrament, els límits del DPE són, per desgràcia, del tot ambigus. En la concepció de Jakobs (i Llarena), les intencions –intangibles– són tan importants com els fets provats. I fins i tot més significatives. Condemnant idees i intencions per una suposada violència abstracta es proposen figures tan indeterminades com aquestes: "forcen la Constitució", "posen en perill la convivència", "no col·laboren a la pau social", "afecten la seguretat", "incideixen en els mercats i

l'estabilitat pressupostària", "van contra el sistema"... D'aquí el gran perill d'aquesta tesi per a la llibertat d'expressió. En la pràctica, qualsevol que faci ús de la seva llibertat d'expressió fins a un punt que signifiqui un repte al poder establert pot acabar víctima del pou dels "enemics".

En una societat democràtica no hi ha d'haver amics ni enemics, sinó innocents i culpables de fets provats. Amb el DPE sembla com si per defensar la societat del terrorisme, l'estat tingués dret a exercir un terrorisme penal de magnitud (aquesta expressió és del jurista italià **Luigi Ferrajoli**). I, malgrat que aquest figura tan descomunament maldestra, Jakobs parla també del «dret penal de l'enemic superflu», quan algú és considerat una amenaça de forma exagerada, sense cap justificació. El jurista alemany, doncs, considera que és possible aplicar el dret penal de l'enemic erròniament. Llarena, hauria de tenir en compte què li diuen els seus col·legues europeus, alguns dels seus companys de magistratura. Hauria de recordar com s'han manifestat contra la seva instrucció centenars de professors universitaris de les facultats de Dret i recordar que *errare humanum est*; sembla com si ell preferís el final de l'adagi: *sed perseverare, diabolicum*.