

Crítica al derecho a combatir. Tesis acerca del paso de la defensa contra el peligro a la prevención de la criminalidad¹

Günter Frankenberg

Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Frankfurt am Main

SUMARIO: 1. PREÁMBULO.— 2. LA NORMALIDAD DE LA LIBERTAD.— 3. VISIONES DE AMENAZAS Y REACCIONES LEGALES DE DEFENSA.— 4. LIBERTAD Y SEGURIDAD COMO GARANTÍAS DE NORMALIDAD.— 5. DE LA DEFENSA CONTRA PELIGROS A LA LUCHA CONTRA RIESGOS.— 6. OTRAS FORMAS DE MANIFESTARSE EL DERECHO A COMBATIR.— 7. DE LA MENTALIDAD DE LA LIBERTAD A LA MENTALIDAD DE LA SEGURIDAD.— 8. EFICACIA Y DISCRECIÓN – IDEAS ACERCA DE OTRA PERSPECTIVA DE SEGURIDAD.

1. PREÁMBULO

Nadie podrá rebatir seriamente que el terrorismo —como cualquier otra forma de crimen grave— no sólo es una amenaza para la vida y la libertad, sino también supone, con cada uno de sus atentados sangrientos, un reto para cualquier sociedad y obliga a los poderes públicos a enfrentarse a él. Asimismo, nadie podrá decir seriamente que el asesinato masivo del 11 de septiembre de 2001 y los

¹ Traducción del original alemán —*Kritik des Bekämpfungsrecht. Thesen zum Übergang von Gefahrenabwehr zur Kriminalitätsvorsorge*— de MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA, Profesora titular de Filosofía del Derecho y Directora del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

siguientes atentados del terrorismo transnacional suponen un hecho singular y local que nos afecta, como mucho, como espectadores interesados y que otorga a los órganos garantes de la seguridad de la República Federal de Alemania una cierta discrecionalidad en la toma de decisiones, es decir, la alternativa entre actuar para defenderse ante el peligro o dejar de hacerlo. Las tesis que vienen a continuación tienen como condición previa la necesidad de medidas antiterroristas y, con ello, su justificación fundamental, pero se concentran en los riesgos y los efectos marginales de las medidas que se han tomado en este país en la “lucha contra el terrorismo internacional”.

2. LA NORMALIDAD DE LA LIBERTAD

Los derechos fundamentales garantizan a todos la misma libertad. Esta frase actúa como un mantra en las sociedades seculares. Lo que a los titulares de estos derechos basta como promesa es un compromiso para sus representantes y cargos públicos que une a todos en una doble tolerancia: por un lado, la tolerancia frente a las iniciativas imprevisibles y desenfrenadas que surgen de la sociedad misma y, por otro, la tolerancia frente a los otros diferentes que están provistos de la misma libertad. Una práctica de derechos fundamentales orientada por este mantra —el uso relativamente activo de las libertades ciudadanas y el estricto respeto estatal a los derechos fundamentales, así como, relacionado con ello, la práctica científica de la justicia— marca una normalidad garantizada constitucionalmente y moldeada legalmente. La normalidad de la libertad demuestra su eficacia en el día a día de la sociedad y en la ejecución del “monopolio del uso de la fuerza” (Max Weber) que ejerce el Estado de Derecho, entendido como tolerancia a los conflictos y a los riesgos y no como indiferencia. Esta tolerancia se expresa, sobre todo, en una cultura viva de disensión y en el derecho a defenderse frente a los peligros, moderado por el Estado de Derecho.

3. VISIONES DE AMENAZAS Y REACCIONES LEGALES DE DEFENSA

Esta normalidad entra en peligro cuando se presentan sucesos catastróficos, como sucedió, especialmente, en los atentados terroristas de Nueva York y Madrid, que se perciben como una amenaza existencial para el mundo relativamente seguro en el que vivimos. Especialmente porque los responsables políticos reaccionan frente a atentados de tal forma que cambian su orientación en lo que se refiere a los principios de la normalidad, tanto en la retórica política como en los instrumentos del derecho, pasando de la libertad a la seguridad y de los derechos de la libertad a las obligaciones de la seguridad. Los sucesos masivos que perturban la normalidad empujan a los actores políticos frecuentemente más allá de una estimación razonable de la situación de amenaza y de la ponderación de las medidas de defensa y les incitan a inclinarse por unas actuaciones simbólicas con el fin de hacer pensar a la opinión pública que se están tomando todas las medidas necesarias para eliminar lo que nos amenaza.

Por otro lado, los sucesos catastróficos provocan en la población un cambio de mentalidad: los sentimientos difusos de amenaza y el miedo ante el crimen, que en algunos momentos se convierten en una necesidad irracional e imposible de cumplir hacia una “seguridad existencial”, empujan el soporte de los riesgos que implica la libertad —que ya de por sí no es muy popular, debido a que va ligada al esfuerzo— a actuar a la defensiva. Por eso, la en parte ilusoria promesa de seguridad y la algunas veces exagerada demanda de seguridad hacen un pacto problemático que va en contra de la libertad y en contra de una defensa eficaz frente a los peligros.

4. LIBERTAD Y SEGURIDAD COMO GARANTÍAS DE NORMALIDAD

Este cambio de sentido nos conduce en el nivel de la normalidad legal a un cambio de sentido del orden consti-

tucional y legal de las libertades que se esconde detrás de la retórica de una supuestamente posible y necesaria ponderación de la libertad y de la seguridad. La ponderación de la libertad y de la seguridad sugiere que ambos principios son fácilmente compatibles porque siguen una lógica funcional comparable. En contra de esta creencia, se tienen que recordar sus diferencias fundamentales:

- La misma libertad para todos es muy exigente desde sus orígenes, porque se refiere a la disposición a la acción pública y a la participación activa en los asuntos comunitarios de una sociedad, es decir, en la política. Sin embargo, conlleva intrínsecamente su propia moderación con el estrecho vínculo de la libertad y la igualdad en la sociedad, debido a que siempre se ve delimitada por las libertades y los derechos de los demás y por las reservas de la proporcionalidad o de la concordancia práctica. Naturalmente, la libertad requiere de una cierta seguridad garantizada por el Estado para su cimentación de hecho. Sin una “seguridad cognitiva”², la libertad no sería mucho más que una promesa hueca.
- La seguridad es diferente. Ella puede existir sin libertad y no conoce límites eminentes. Todo lo contrario: orientada por la pacificación, ella se debe a la lógica funcional de la eficacia y está o, mejor dicho, los que garantizan la seguridad están obligados a prometer más de lo que pueden cumplir. Los derechos de libertad, como derechos públicos subjetivos que son, están asignados desde sus orígenes a titulares individuales y están anclados en el Derecho constitucional. Pero la seguridad es, por el contrario, un bien público y una tarea estatal cuya ubicación se sitúa en su establecimiento real y no requiere una derivación del Derecho

² Con la seguridad cognitiva se define más que una simple sensación de seguridad: Es más bien la percepción del mundo en el que se vive como algo relativamente seguro, de tal manera que los derechos se pueden ejercitar sin tener un miedo exagerado. Ver: GÜNTER FRANKENBERG, “Angst im Rechtsstaat”, *KJ* 1977, pp. 353 y ss.

constitucional³. Por lo tanto, la libertad y la seguridad sólo están al mismo nivel y son conmensurables cuando se valoran ambas, es decir, cuando los derechos de libertad se traducen en obligaciones de protección y se colectivizan o la seguridad se traduce en obligaciones de seguridad individualmente asignables y se individualizan⁴. Si se mantiene la seguridad como un bien público o como una tarea del Estado, entonces la seguridad —o incluso un supuesto derecho fundamental a la seguridad, es decir, una obligación estatal de protección⁵—, a diferencia de la libertad, deberá huir desde su origen de cualquier ponderación, mientras no se haya asegurado la seguridad interior⁶. ¿Cuándo se podría estar seguro de que se ha llegado a esta meta?

De ahí resulta que la libertad y la seguridad no se pueden “equiparar” sin originar problemas. La ponderación exige como condición previa un cambio de perspectiva hacia el ciudadano como principal perturbador y una operación con consecuencias: la colectivización y la transformación de la libertad en una carga de seguridad general. Ésta sale muy claramente a la luz del día en un derecho a combatir, que rompe las estructuras eminentes del Estado de Derecho y los límites del derecho de la defensa contra peligros.

5. DE LA DEFENSA CONTRA PELIGROS A LA LUCHA CONTRA RIESGOS

El cambio de orientación del Derecho constitucional se refleja claramente en el derecho a la defensa contra peligros

³ Para profundizar más en este tema lean el análisis impresionante de OLIVER LEPSIUS, “Freiheit, Sicherheit und Terror: Die Rechtslage in Deutschland”, en *Leviathan* 2004, pp. 64 y ss. / 77 y ss.

⁴ Como sucede en el derecho policial y de orden en el caso del que perturba los actos.

⁵ JOSEF ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983.

⁶ Muy llamativo en este sentido es que en el razonamiento oficial de la ley de la lucha contra el terrorismo se habla 37 veces de seguridad y ni una sola vez de libertad: DENNINGER, “Freiheit durch Sicherheit?, Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz”, *StV* 2002, pp. 96 y ss. En el sentido de la lógica de

y en el desplazamiento tectónico subyacente del Estado de Derecho hacia el Estado preventivo o de seguridad⁷. Los controles y las vigilancias de iniciativas, actos y opiniones ordenados bajo el signo de la seguridad ante ataques terroristas refuerzan la tendencia de una división del derecho policial, que ya se percibía antes de la irrupción del terrorismo internacional el 11 de septiembre de 2001: por un lado, en el derecho clásico de la defensa contra peligros y los poderes de intervención estandarizados y tipificados, que son activados en caso de peligro y cuya ejecución es controlable y corregible con relativa facilidad a tenor del programa normativo del derecho policial y de las reglas del control discrecional. Por otro lado, en un derecho policial especial híper-preventivo y orientado al combate⁸, que va mucho más allá del marco del derecho policial y de orden clásico. Este derecho policial especial se aleja con “poderes preventivos” en gran parte de los vínculos que le unen con el Estado de Derecho: especialmente a través de intervenciones de información de gran envergadura, como, por ejemplo, la vigilancia del espacio público⁹, escuchas masivas, controles de seguridad, el intercambio de datos entre los órganos de defensa contra peligros y los servicios secretos del interior; etc., además de medidas sin motivo como pesquisas encubiertas¹⁰ y observaciones, y medidas que se apoyan en sos-

seguridad, la Unión Europea, conforme al art. 29 del Tratado de la UE, persigue consecuentemente el objetivo de “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad en un marco de libertad, seguridad y legalidad”.

⁷ ERHARD DENNINGER, “Der Präventionsstaat”, en Id., *Der gebändigte Leviatán*, 1990, pp. 33 y ss., en Id., *Freiheit durch Sicherheit?*

⁸ Ley para la lucha contra el terrorismo internacional del 1.1.2002, Compr. en DENNINGER, *Freiheit durch Sicherheit?* Comp. también la anterior ley para la lucha contra el terrorismo del 19.12.1986, BGBl. I. p. 2566; la ley para la lucha contra el comercio ilegal de estupefacientes y otras formas de presencia del crimen organizado del 15.7.1999, BGBl I p. 1302; la ley de lucha contra el crimen del 28.10.1994, BGBl I p. 3186 y finalmente entre otros en el § 370a AO de la ley para la lucha contra la evasión fiscal del 23.07.2002 (BGBl I 2002, p. 2715).

⁹ Más detalles se encuentran en DIRK BÜLLEFELD, *Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze zur Kriminalitätsvorsorge*, 2002 con numerosos ejemplos y pruebas.

¹⁰ Con más detalles en CHRISTIAN KRANE, “Schleierfahndung”, 2003 con numerosos ejemplos y pruebas.

pechas, como las investigaciones policiales preventivas encubiertas o expulsiones por sospecha según el § 47 II n° 5, de la Ley de extranjería. Este derecho policial especial¹¹, que no se “ha inventado” con motivo de la lucha contra el terrorismo y el “crimen organizado” pero que sí se ha ampliado drásticamente¹², presenta las siguientes características que obedecen al imperativo de la seguridad:

- El legislador retrocede para establecer objetivos y se limita a la programación final. Con esta técnica de regulación pueden avanzar los motivos de intervención de los organismos preventivos, que apenas son controlables desde el exterior —incluso por parte de los juzgados—. Estos organismos actúan según sus experiencias, sus análisis de la situación y sus suposiciones.
- Las normas de competencias pierden de hecho sus límites y sus concreciones. Abren el espacio para el “trabajo policial operativo”, que se obsesiona esencialmente en la generación de momentos de sospecha para la prevención del peligro y de la criminalidad. De esta forma se difuminan los límites entre las actuaciones preventivas y represivas de la defensa contra peligros y de las instituciones de persecución penal. Uno de los problemas sucesivos es el *racial profiling* (creación de un perfil racial).
- El motivo propulsor para las intervenciones de información puede ser —en lugar del peligro— ya “elementos probatorios” que “justifican una suposición”, o la sospecha de un hecho potencialmente peligroso lejano en el espacio o en el tiempo, o experiencias policiales y situaciones con las que los cuerpos de seguridad se proporcionan ellos mismas las legitimaciones necesarias para sus propias intervenciones, en perjuicio de los afectados y de su protección jurídica.

¹¹ DENNINGER, *Freiheit durch Sicherheit?* y DIMINIK BENDER, “«Verpolizeilichung» des Ausländerrechts?, Die ausländerrechtlichen Maßnahmen des Gesetzgebers nach dem 11. September 2001”, *KJ* 2003, pp. 130 y ss.

¹² Ya el antiguo presidente del Departamento Criminal Federal HORST HEROLD dijo: “La policía debe estar en el lugar del crimen, antes de que llegue el autor del crimen”, *Transatlantik*, noviembre 1980, pp. 29 y ss.

- Contra las redes criminales o terroristas se efectúan intervenciones de gran envergadura, medidas preventivas y medidas que se apoyan en sospechas que no distinguen entre perturbadores y no perturbadores y que someten a la población en general a una carga de seguridad. Cada uno, independientemente de una situación de emergencia policial concreta, es “sospechoso para la policía” porque cada uno puede ser un perturbador/criminal cuando se trata de redes difusas y opacas¹³.
- Con el paso de la reserva del juez a la reserva del jefe del cuerpo de seguridad se reduce el umbral de intervención. Algo que, desde el punto de vista del derecho a combatir, es una actuación consecuente y que se realiza con todo derecho, tal y como opinan muchos comentaristas. Quien, independientemente de la estrategia de lucha, pone en duda los efectos de control que tienen las reservas de los jueces, debería exigir consecuentemente, desde una perspectiva del Estado de Derecho, que los jefes de los cuerpos de seguridad sean controlados y respondan, por ejemplo, ante el Parlamento.
- En este derecho policial especial se reduce drásticamente la ya de por sí elástica relación del principio de la proporcionalidad para los límites de intervención y el control jurídico posterior: en lo que se refiere a la adecuación y la exigibilidad de las medidas, el principio de una defensa eficaz contra los peligros otorga, ya de por sí, una prerrogativa de estimación bastante amplia. Ahora, las medidas dependen además de las suposiciones policiales, de sus experiencias y conocimientos, es decir, también: de las opiniones subjetivas, de las teorías infundadas y de los estereotipos¹⁴. Además, las ponderaciones exigibles fracasan con un control metódico, fracasan porque en el ámbito pre-

¹³ HANS HEINER KÜHNE, “Gegenstand und Reichweite von Präventionskonzepten”, *DRiZ* 2002, pp. 18 y ss.; FREDERIK ROIGAN, *Handbuch zum Recht. Der Inneren Sicherheit*, 2003, pp. 82 y ss.

¹⁴ MARTIN HERRNKINF, “Personenkontrollen und Schleierfahndung”, *KJ* 2000, pp. 188 y ss.; ROIGAN, *Handbuch*, pp. 147 y ss.

ventivo o en las intervenciones de gran envergadura no existe un “caso” único y porque la carga de la primera intervención (toma de datos) no se suele sopesar de forma adecuada, cuando no se toman en cuenta las consecuencias de la intervención (tratamiento de datos y entrega de datos a terceros)¹⁵.

6. OTRAS FORMAS DE MANIFESTARSE EL DERECHO A COMBATIR

El paso de la defensa contra peligros y de la persecución penal a un derecho híper-preventivo para combatir riesgos amenaza también en otros ámbitos de la legalidad interna del Estado con desgastar los avances que ha logrado el Estado de Derecho a través del Derecho constitucional y, especialmente, con los derechos fundamentales¹⁶.

- En el Derecho penal se ha actualizado la diferenciación del *Derecho penal civil* que contiene la aplicación de las normas, y del *Derecho penal contra enemigos* que combate peligros, haciendo referencia a la eficacia necesaria —fundamentada con la serie de leyes de control¹⁷ y los problemas en los que se basan, de los que aquí se menciona explícitamente el terrorismo¹⁸—.

¹⁵ De forma ejemplar: BayVerfGH (Ley fundamental de Baviera) acerca de las pesquisas ocultas, NVwZ 2003, p. 1375.

¹⁶ En el derecho internacional que no se explica aquí, se puede ilustrar esta problemática a través de la crisis del multilateralismo y de la debilitación correspondiente de las funciones pacificadoras de las organizaciones internacionales, así como en la flexibilización de la prohibición del ejercicio de la violencia.

¹⁷ Para combatir la criminalidad económica, el terrorismo, el comercio ilegal con estupefacientes y otras formas del crimen organizado, desde delitos sexuales y otros actos penales peligrosos, así como, finalmente, la Ley de lucha contra el crimen de 1994 —ejemplos y pruebas en GÜNTHER JAKOBS, “Bürgerstrafrecht und Feindschaftsrecht”, en *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, editado por Yu-hsiu Hsu, 2003, pp. 41 y ss.—.

¹⁸ Acerca de esto y de lo siguiente bajo recurso a la Paz Perpetua de KANT y del Leviatán de HOBBS: JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*; Id., “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, editado por ALBIN ESER, entre otros, 2000, pp. 47 y ss.

Las características del Derecho penal contra enemigos son, más allá de su carácter de combate: la enorme anticipación de las penas sin una reducción proporcional de las mismas debido a esa anticipación (§§ 129, 129a StGB, §§ 30 I n° 1, 31 I n° 1 BtMG), así como el desmantelamiento de las garantías procesales (§§ 31 y sig. EGGVG). Como enemigos se define a los que no se dejan someter a una constitución civil ni se separan de ella, sino que se “han alejado de forma permanente —y no sólo casualmente— del Derecho y, por lo tanto, ya no garantizan la seguridad cognitiva mínima de su comportamiento personal”. Y sigue: “Enemigos son actualmente no-personas. Dicho de una manera clara, el Derecho penal contra enemigos es la guerra, cuyos límites y cuya totalidad dependen (también) de lo que se pueda esperar del enemigo”¹⁹. La tendencia exagerada a recortar las libertades con este tipo de Derecho penal especial y de Derecho procesal penal especial se refleja en la circunstancia de que los temores son los que dirigen y legitiman su desarrollo.

- En el contexto de la lucha definitiva e inevitable contra el enemigo encaja también el redescubrimiento de la tortura. “¿Puede torturar el Estado en casos excepcionales?” preguntó el especialista en Derecho público Winfried Brugger varios años antes del caso del vicepresidente de la policía de Frankfurt²⁰. Formular esta pregunta significa —por muy cuidadosamente que se haga— consentir este hecho y querer flexibilizar los límites que el Estado de Derecho ha impuesto al uso de la fuerza estatal. La crítica indignada que se produjo

¹⁹ JAKOBS, “Das Selbstverständnis”, pp. 521 y ss.; Id., “Bürgerstrafrecht und Feindschaftsrecht”, p. 50 y ss.

²⁰ WINFRIED BRUGGER, “Darf der Staat ausnahmsweise foltern?”, *Der Staat* 35 (1996), pp. 67 y ss.; Id., “Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht. Auf Folter?”, en *JZ* 2000, p. 165 y ss.; Id., “Würde gegen Würde —Examensklausur im öffentlichen Recht”, en *VBIBW*, 1995, p. 414 y ss.; Id., “Das andere Auge— Folter als zweitschlechtesten Lösung”, *FAZ* del 10.03.2003. Acerca de la crítica: ERHARD DENNINGER, “Rechtsstaat oder rule of law”, en *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, pp. 41 y ss. (n. 4).

era de esperar²¹. Pero un sorprendentemente elevado número de participantes en el nuevo discurso sobre la tortura acudió en ayuda de Brugger²². Unas figuras de razonamiento comparables se encuentran también en la justificación del “Disparo final de salvación”²³. Por último, el Ministro federal del interior ha llegado a preguntar: “¿No hay incluso un derecho a la legítima defensa frente a terroristas que planifican genocidios? Eso nos lleva a preguntarnos si es justificable que, en el caso más extremo, también se pueda matar a una persona en defensa propia”²⁴. En este contexto ya no importa tanto la forma en la que se modifica la prohibición inequívoca de la tortura²⁵ tanto a nivel nacio-

²¹ Por último RAINER M. KIESOW, “Das Experiment mit der Wahrheit. Folter im Vorzimmer des Rechts”, en *Rechtsgeschichte* 3/2003, pp. 98 y ss. Comp. también WOLFGANG HECKLER, “Relativierung des Folterverbots in der BRD?”, *KJ* 2/2003, pp. 210 y ss. Acerca de la prohibición absoluta de la tortura: ADALBERT PODLECH, *AKGG*, 1ª edición, 1984, art. 1 I Rn. 73.

²² El presidente de la Asociación de Jueces, MACKENRODT, *FR* del 22.2.2003; Asociación de funcionarios alemanes de la policía judicial, *Darmstädter Echo* del 22.02.2003; MARCUS V. SCHMUDE, “Müssen wir foltern?” en *FR* del 28.12.2001; Artículo en *Der Spiegel* n.º 51/2001, p. 15; VEC, “Schmerz gegen Wahrheit? Oder: Not kennt kein Gebot”, *FAZ* del 4.3.2003; PAUL KIRCHHOFF, “Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen”, Serie: *Rechtsstaat in der Bewährung*, tomo 2, 1976, pp. 83 y sig. /114 y CHRISTIAN STARA, en: v. MANGOLDT/KLEIN, *GG* I, 4ª edición, 1999, art. 1 I Rn 71. Por último habló MICHAEL WOLFFSOHN sobre la tortura como un medio legítimo en la lucha contra el terrorismo, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/> del 11.05.2004. Antes lo había hecho ERNST ALBRECHT, *Der Staat. Idee und Wirklichkeit. Grundzüge einer Staatsphilosophie*, 1976, p. 174. Acerca de la crítica: Ministro del Interior OTTO SCHILLY, *DIE ZEIT* del 13.03.2003.

²³ Así UDO DI FABIO, “Grundrechte als Werteordnung”, *JZ* 2004, pp. 1 y ss. / 5: “Los que [como los que toman rehenes] controlan la situación o la crean de tal forma que ellos, como sujetos, van a establecer y/o ser responsables previsiblemente de las condiciones para determinadas consecuencias y reacciones no son controlados, cuando el poder público *reacciona* en la medida necesaria a la situación creada. Ya por el hecho de que el tomador de rehenes convierte tanto al rehén como —en cierta medida— al poder público, que está obligado a proporcionar protección, en simples objetos de sus actuaciones, no se le puede acusar al Estado de violar la dignidad humana, cuando utiliza el último medio a su alcance para cumplir con su obligación de protección”.

²⁴ *Der Spiegel*, n.º 18, 2004, 47.

²⁵ Acerca de las prohibiciones de la tortura: JARASS/PIERROT, *GG* 6ª edición, 2000, art. 2 Rn. Tt con numerosos ejemplos; HÖFLING en: Sachs, *GG*, 2ª edición 1999, art. 1 Rn. 20.

nal, supranacional e internacional y la forma en la que se pondera lo imponderable, sino el cómo y el para qué se define y legitima la tortura (o también el disparo a muerte). El concepto clave para la tortura a finales del siglo XX y en el siglo XXI es la metáfora de la salvación. Como escena clave se sitúa la toma de rehenes, sean personas individuales o toda una sociedad: el terrorista preso sabe dónde está la bomba de relojería, pero no está dispuesto a decirlo voluntariamente para salvar muchas vidas. A diferencia de la Inquisición, en el caso de la “tortura de salvación” no se trata de una verdad procesal (casi siempre ilusoria) que sale a la luz en la confesión obligada de la criatura maltratada. Tampoco se trata de la puesta en escena ilegal, brutal y vengativa, del poder tiránico en los cuerpos de los “traidores” tal y como se efectuó en las mazmorras de la Gestapo y de otras policías secretas. No, la tortura vuelve a llamar a la puerta del Derecho²⁶, pero ahora solicita la entrada para, con la ayuda de su cómplice, la verdad, salvar la vida de otros, es decir, solucionar un problema de seguridad. Con la tortura como razón última, como medio final para la defensa contra el peligro en la guerra contra los enemigos, tiene que prevalecer el derecho de las víctimas potenciales a su vida y salud sobre la dignidad de los autores potenciales.

El Derecho penal contra el enemigo, el discurso de la tortura y otras tendencias como la lucha contra sectas y fundamentalismos en el derecho religioso²⁷ no se tienen que interpretar como una transformación del derecho a todos los niveles o como una destrucción total del Estado de Derecho. Las tendencias y los síntomas a tener en cuenta se muestran siempre. Los mismos hacen referencia a la

²⁶ KIESOW, *Das Experiment mit der Wahrheit*, p. 106.

²⁷ MORLOK/KUPER, *NJW* 2003, p. 1020 con otros ejemplos y pruebas; F. SCHOCH, “Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft”, *FS Alexander Hollerbach*, Berlin 2001, pp. 149 y ss. y CHRISTIAN WALTER, “Religionsfreiheit —öffentliche Sicherheit— Integration”, circular BDV-R 2/2004, pp. 94 y ss.

desmesura de la seguridad, que exige una “solución preventiva de los conflictos”²⁸, sin importar la pérdida de libertad. La dramatización semántica que se expresa, en la retórica de la guerra, en los enemigos y en las recetas de última *ratio* hace surgir claves de una legitimación legal que parecían haber sido expulsadas de la constitución democrática del Estado de Derecho y que tienen una tendencia exagerada —tanto en la tortura como en la generalización de la sospecha— de normalizar el estado de excepción y, al mismo tiempo, de cortar cualquier comunicación con todo aquello que parece extraño y peligroso.

7. DE LA MENTALIDAD DE LA LIBERTAD A LA MENTALIDAD DE LA SEGURIDAD

Con el cambio de sentido de la libertad a la seguridad —bajo la impresión de amenazas masivas— se está llevando a cabo, además, una transformación de la mentalidad. Las situaciones de amenaza refuerzan la incertidumbre, que acompaña siempre como una sombra a los regímenes de libertad, sobre cómo controlar eficientemente el remolino liberado de las iniciativas ciudadanas, cómo coordinar las muchas actuaciones y sus consecuencias y cómo abordar los inevitables conflictos sociales. En consecuencia se deberá defender la disposición a vivir con determinados riesgos y a tolerar las diferencias —es decir: a los extranjeros— contra la acusación de que se está quitando importancia a los peligros que amenazan a la sociedad.

En el discurso científico se puede ver esta transformación en la inclinación —a primera vista razonable— a primar el imperativo de la seguridad con los consiguientes recortes de la libertad. Sin embargo, eso sucede con la legitimación del uso de la fuerza del estado fundamentado por el derecho nacional e internacional y que, además, no siempre asegura la eficacia de las medidas legitimadas. Más adelante profundizaré en esto. Últimamente se está

²⁸ MORLOK/KUPER, *NJW* 2003, p. 1020.

imponiendo una difusa retórica de victimismo²⁹, que se puede entender como una aportación heroica e impotente de intelectuales en tiempos de guerra contra el terrorismo transnacional.

La sociedad de los ciudadanos activos y de los titulares de los derechos fundamentales (comp. art. II GG) no reacciona de forma heroica, sino más bien con quietud. Dependiendo del temperamento se acepta la “carga de la seguridad” de forma enfática o letárgica. Se hacen concesiones al poder estatal que combate los peligros que parten de personas, grupos y organizaciones, renunciando rápidamente a los derechos fundamentales: “haced lo que tengáis que hacer, que para bien será”³⁰. Esto se ve apoyado por una reacción desesperada y ampliamente difundida ante las intervenciones de la información de gran envergadura que ni siquiera han sido indicadas por escenarios de amenazas inminentes: se dice, no tenemos nada que ocultar. Por eso no se protesta contra las observaciones, las escuchas y las pesquisas encubiertas. En contrapartida, se articulan —ya frente a sospechosos, sin hablar de los autores convictos— las desbordadas necesidades de castigo que se expresan en las reivindicaciones de procesos breves y encierros de por vida.

Aquí sale a la luz una mentalidad de seguridad que se convierte, a largo plazo, en un problema para los órganos de seguridad que, en un principio, han sido liberados de la crítica de los ciudadanos y de las ataduras del Estado de Derecho: en el momento en el que la renuncia a la libertad

²⁹ De forma ejemplar ULRICO HALTERN, “Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende”, *AöR* tomo 128 (2003), pp. 512 y ss. / p. 555: “El ámbito de las imaginaciones de lo político en el estado nacional empieza con la víctima, que «nos» transforma el derecho. Desde el punto de vista del liberalismo ésta es una afirmación impopular, porque ahí no se muere para el Estado, sino que el Estado nos protege. Pero la teoría política debe estar capacitada para explicar el fenómeno de sacrificarse y de matar”. De forma general acerca de la víctima: HERFRIED MÜNKLER/KARSTEN FISCHER, “Nothing to kill or Die for...” – Überlegungen zu einer politischen Theorie des Opfers, *Leviathan* 2000, pp. 343 y ss.

³⁰ Con respecto a la video-vigilancia en plazas públicas y espacios públicos: ROLAND HEFENDEHL, “In aller Öffentlichkeit gemustert”, en *FR* del 19.1.2004.

y la disposición de aceptarla se convierten en una necesidad ilusoria hacia la “seguridad existencial” que se dirige a los poderes estatales como una exigencia para que se ocupen de una vez por todas “realmente” de la seguridad. El autodesmantelamiento de los derechos civiles se convierte al final en una sobrecarga para el estado de seguridad.

8. EFICACIA Y DISCRECIÓN – IDEAS ACERCA DE OTRA PERSPECTIVA DE SEGURIDAD

El terrorismo internacional, que mostró el 11 de septiembre de 2001 su cara brutal, así como otras formas del “crimen organizado”, destacan por una característica que hace surgir dudas sobre la lógica y la eficacia de la estrategia que se aplica actualmente para combatirlos. La lógica del combate y su problemática se expresan en afirmaciones prácticas como éstas: “tenemos buen olfato para saber a quién hay que controlar”. O en la afirmación que hizo el ministro del interior bávaro Beckstein: “No queremos controlar a aquellos que son discretos. Nos interesa cuando algo no encaja, por ejemplo, cuando se ve a alguien en un coche que no tiene el aspecto de que haya ganado alguna vez en su vida honradamente 100 Euros”.

Los conocimientos policiales ajustan las intervenciones de la información como las pesquisas masivas o las pesquisas encubiertas y la vigilancia de aquello que llama la atención. Sin embargo, el prototipo del “dormido” debería haber dejado claro que los actores del terrorismo internacional (como de otras formas del “crimen organizado”) hacen todo lo posible para moverse en la sociedad de tal manera que no llamen la atención. La lucha eficaz contra el terrorismo que quiera crear un mínimo de seguridad cognitiva no se debería obsesionar —tal y como lo hacen las medidas convencionales de la defensa contra el peligro— únicamente en el lema de “más de lo mismo” o primar la búsqueda de lo llamativo. La defensa contra el peligro del terrorismo internacional requiere, por lo tanto, una nueva “arquitectura de seguridad” (Denninger) o una nueva lógi-

ca de seguridad para poder mostrarse como un recorte legítimo de la libertad.

¿Cómo se podría desarrollar una estrategia de seguridad de tal índole? Si es verdad que el terrorismo se alimenta del poder de las ideas y de los resentimientos, entonces los que quieren luchar eficazmente contra él deberían demostrar su capacidad en ese ámbito, incluso, en un principio, deberían admitir su existencia.