

SOBRE LA DISTINCIÓN DE GÜNTHER JAKOBS ENTRE “DERECHO PENAL DEL CIUDADANO” Y “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”*

Manuel Jiménez Redondo

Catedrático de Filosofía
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Primera Parte: los conceptos de guerra, pena y persona. A) Concepto de guerra en Kant y en Francisco de Vitoria. B) Concepto de pena. C) “Orientación por las consecuencias” en la concreción social del concepto de pena. D) La pena de muerte. E) Concepto de persona. 2. Segunda Parte: las tesis fundamentales de Jakobs. A) Dos polos en el derecho penal. B) Referencia a los clásicos del iusnaturalismo. C) La tesis de que la personalidad en derecho no puede mantenerse de un modo puramente contrafáctico. D) La referencia a Guantánamo. E) ¿Ciudadanos como enemigos? F) Universalismo y particularismo en la noción jurídica de persona y en el supuesto básico de personalidad. 3. Tercera Parte: a modo de conclusión.

No entiendo muy bien la importancia que parece haber cobrado entre los teóricos del Derecho Penal la distinción de Günther Jakobs entre “derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo”. A mí me parece que es una distinción confusa, que precisamente no se sostiene ante los referentes clásicos a los que Jakobs apela, que se hace aun más confusa por la brillantez y contundencia con que Jakobs la

introduce, brillantez que no hace sino tapar algunos importantes problemas que tienen que ver con esa distinción.

Me voy a referir únicamente al artículo de Jakobs “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” (en: Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, editorial Aranzadi, Madrid 2003). Para articular la discusión, me referiré primero muy

* Ponencia presentada el 20 de junio de 2008 en el seminario del proyecto de investigación “La libertad como proyecto de convivencia: fundamentación y crisis” (SEJ 2005-0380), dirigido por el profesor Tomás Vives Antón, Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia.

brevemente en una *primera parte* a los conceptos de guerra de Francisco de Vitoria y de Kant, e introduciré, también muy brevemente, los conceptos de pena y de persona de la “Filosofía del derecho” de Hegel. En una *segunda parte*, pasaré a referirme a cada una de las tesis de las seis secciones de las que consta el artículo de Jakobs. Y en una *tercera parte* me referiré muy brevemente a algunos límites del Derecho penal.

1. PRIMERA PARTE: LOS CONCEPTOS DE GUERRA, PENA Y PERSONA

A) CONCEPTO DE GUERRA EN KANT Y EN FRANCISCO DE VITORIA

La idea de Kant en la “Filosofía del derecho” de la *Metafísica de las costumbres* es que en el contexto de lo que es el derecho moderno no tiene ningún sentido el concepto de *bellum punitivum*, y, si eso es así, *a fortiori* tiene que resultar cuestionable desde el punto de vista de Kant la idea de un “derecho penal del enemigo”. En el derecho internacional contemporáneo, tanto de derecho como de hecho, se ha vuelto a introducir el concepto de *bellum iustum* (se ha introducido porque en realidad nunca quedó verdaderamente excluido), pero me parece que la idea de “derecho penal del enemigo” no es una forma aceptable de abordar los problemas que se siguen del concepto de *bellum iustum*, y eso tanto en lo que se refiere al interior de un ordenamiento jurídico como a su exterior. En sus *relecciones* “de indiis” y “de iure belli” Francisco de Vitoria opera con ese concepto tradicional de *bellum iustum*, que después Kant rechaza. Fundiendo el razonamiento de Kant y el de Francisco de Vitoria habría que decir: la guerra es la situación de quiebra del derecho o la situación de no-derecho; derecho de guerra sólo puede significar, por tanto, el intento de poner derecho en la situación de no-derecho, a fin de facilitar el retorno al Estado de derecho (hasta aquí lo que es más o menos el razonamiento de Kant)

o de acabar poniendo bajo el derecho la situación de quiebra criminal del derecho y, por tanto, de acabar subsumiendo bajo el Derecho penal al que están sujetos todos los ciudadanos el no-derecho o injusticia que la enemistad o el comportamiento general del enemigo hayan podido implicar (hasta aquí el razonamiento de Francisco de Vitoria). Por tanto, ni para Kant hay algo así como “derecho penal del enemigo”, pues eso no sería sino perpetuar la situación de no-derecho que es la guerra, ni para Francisco de Vitoria hay “derecho penal del enemigo” que no sea el “derecho penal del ciudadano”, pues eso sería poner fuera del derecho y pervertir la justicia del *bellum iustum* y, por tanto, implicarse en un estado de guerra ya no justa sino injusta a su vez.

B) CONCEPTO DE PENA

En el § 100 de su *Filosofía del derecho*, Hegel introduce un concepto de pena que se basa en el concepto enfático de persona, en el concepto de ser libre, e incluye tanto el lado que, como vamos a ver enseguida, Jakobs llama de *contradicción* como también el lado que Jakobs llama de *medidas contra el individuo peligroso*. El texto de Hegel es oscuro, como ocurre siempre con Hegel, pero la idea básica es que quien comete un delito, *con ese delito ha puesto un derecho* al que queda sometido, y, quedando sometido a él, queda así restablecida la universalidad del derecho que él ha querido suplantar con su voluntad particular. O también: frente a la universalidad, la infracción pone una particularidad que queda anulada cuando se la toma en serio en su pretensión de sustituir a la universalidad, y eso no es sino hacer honor a la propia racionalidad del infractor.

Hay un momento en el artículo de Jakobs (pág. 37) en el que éste, a propósito de Rousseau, califica de “idílica” esta perspectiva de Hegel; yo no la considero tan idílica, pues lleva a Hegel a justificar para ciertos delitos la pena de muerte, cosa con la que no estoy de acuerdo, como indicaré después. Pues bien, dice Hegel que la lesión que con la pena experimenta quien comete un delito, “no sola-

mente es justa, y en cuanto justa, esa pena es a la vez la *voluntad en sí* del infractor, es existencia de su libertad, su pena es su derecho; sino que la pena es un derecho que viene puesto en el infractor mismo, es decir, en su voluntad existente, en su acción. Pues en la acción del infractor, ya que el infractor es un ser racional, tiene que haber algo conceptual, algo universal, es decir, por medio de esa acción queda puesta una ley, que él ha reconocido cometiendo el acto que ha cometido, ley bajo la que él puede, por tanto, ser subsumido como siendo ese su derecho [...] El que la pena se considere incluida en su misma acción como conteniendo esa acción el derecho del infractor, eso es lo que honra como ser racional a aquel que ha cometido un delito. Y no se le hace este honor como ser racional, si no se toma de su acto el concepto y medida de su pena, y tampoco se le hace este honor como ser racional cuando sólo se lo considera como un animal dañino que hubiera que hacer inofensivo, o sólo se procede contra él con fines de disuasión o de rehabilitación.” En todo caso, aunque la pena no pueda ser *sólo disuasión y rehabilitación*, sino, ante todo, *derecho* del ser racional, es claro que el haber de tomarse contra el infractor medidas preventivas una vez puesto su acto, y, por supuesto, también la idea de rehabilitación o al menos una cierta idea de rehabilitación, vienen incluidos también en la universalidad y concreción social de la pretensión de universalidad de ese acto.

C) “ORIENTACIÓN POR LAS CONSECUENCIAS” EN LA CONCRECIÓN SOCIAL DEL CONCEPTO DE PENA

Sobre esta *concreción social*, es decir, sobre la necesaria “orientación por las consecuencias” en la *pretensión de universalidad* implicada por el acto del infractor, universalidad en que se funda la pena o que es la pena, habla Hegel en el § 218 de la *Filosofía del derecho*. Lo que dice Hegel puede entenderse en el sentido de circunstancias sociales que pueden exigir un endurecimiento de la penas, o de circunstan-

cias sociales que, al contrario, exigen que éstas se atemperen, pero difícilmente puede entenderse en el sentido de una oposición entre la *persona sujeto de derecho* y el *individuo peligroso*, como la que enseña Jaksobs introduce.

Dice Hegel: “Por cuanto la propiedad y la personalidad han encontrado en la sociedad civil reconocimiento legal y validez legal, el delito no es ya solamente una vulneración de la personalidad, sino de la personalidad socialmente reconocida y, por tanto, de lo que es interés general de todos, interés que en la sociedad moderna ha cobrado una existencia sólida y fuerte. Con lo cual entra en consideración el punto de vista de la peligrosidad que la acción tiene para la sociedad, a causa de la cual, por un lado, la magnitud del delito puede verse reforzada, o, por otro, el poder de la sociedad, al haberse vuelto seguro de sí mismo, rebaja la importancia externa de la vulneración y da lugar a una mayor suavización en el castigo de las infracciones...”. Estos cambios de magnitud “dependen del estado de la sociedad civil, y en ese estado radica la justificación de ésta para castigar el robo de una cantidad no muy grande incluso con la pena de muerte, o de imponer incluso al robo de cantidades grandes penas muy débiles. El punto de vista de la sociedad civil, es decir, el que las infracciones se hayan convertido en asuntos que conciernen a todos, aunque parece agravar el delito, ha sido, sin embargo, el principal ingrediente que ha llevado a una suavización de las penas. Un código penal pertenece principalmente a su tiempo y al estado de la sociedad civil en un determinado momento.”

D) LA PENA DE MUERTE

Como la cuestión de la pena de muerte se va a traslucir en algunos de los puntos que voy a tocar, conviene decir algo sobre ella. En un “agregado” al § 100 de la *Filosofía del derecho*, es decir, en las explicaciones sobre ese párrafo dadas por Hegel en clase y tomadas por los estudiantes se dice: “Lo que Cesare Beccaria exige, a saber: que el hombre habría de dar

su consentimiento a su castigo, es totalmente correcto, pero el infractor lo ha dado ya mediante su acto. Y se sigue tanto de la naturaleza del delito como de la propia voluntad del delincuente el que la vulneración que el delito representa deba quedar cancelada. Pese a esto último, los esfuerzos de Beccaria por la abolición de la pena de muerte han tenido efectos ventajosos. Aun cuando ni José II ni los franceses hayan logrado nunca imponer esa abolición, sí que se ha empezado a ver qué delitos merecen la muerte y cuáles no. La pena de muerte se ha vuelto así cada vez más rara, y está muy bien que siga siendo así, siendo como es el punto culminante en el terreno de la pena.”

Estoy, sin embargo, de acuerdo con Beccaria en que la pena de muerte no la merece ningún acto, ni siquiera conforme al propio razonamiento de Hegel. La razón es que cuando yo me “amaneci”, cuando yo me di cuenta de que yo estaba ahí, ahí estaba yo como un viviente sin haberme puesto yo, y en algún momento se personará la naturaleza a reclamarme lo que sólo tengo en préstamo, mi vida, que, aunque sea la mía, no es mía en el sentido de tenerla en propiedad, ni tampoco es de los otros, sino que es una cosa de nadie, una *res nullius*, que según el título I del libro II de las *Institutiones* de Justiniano son las cosas “sagradas”, “religiosas” y “santas”, las cosas que, por pertenecer al más-allá en que la existencia humana consiste, son intangibles, de las que ni yo ni el otro, en derecho, podemos disponer.

Así como el derecho de personas antiguo se basa en la transferencia de un concepto del derecho de personas al de cosas, por la que hay personas que quedan convertidas en cosas a disposición de otros, el derecho moderno se basa en este sentido en una transferencia del derecho de cosas al de personas, por la que una clase de cosas, la de las *res nullius*, sirve para definir el carácter básico de toda persona. En palabras de Kant, el hombre como ser libre se encuentra consistiendo en un más-allá de sí mismo y de todo, que ya no está para otra cosa, es decir, el hombre se encuentra siendo como un fin, no para sí mismo, no para otros, sino como un *fin en sí*. El imperativo:

“No te dejes tratar nunca sólo como un medio, sino siempre también como el fin en sí como el que te encuentras siendo” es para Kant el ingrediente más básico de la *honestas iuridica*, del sentimiento y conciencia moderna del derecho. Y es muy cuestionable que en derecho pueda disponerse de la vida sobre la que ese *fin en sí* se asienta.

E) CONCEPTO DE PERSONA

De la conexión entre el concepto de persona y el concepto de derecho se habla de paso, pero terminantemente, en el § 190 de la “Filosofía del derecho”: “En el derecho el sujeto es la *persona*, en el punto de vista moral el *sujeto moral*, en la familia el *miembro de la familia*, en la sociedad civil el *ciudadano* en cuanto burgués, y en el punto en que estamos, en el sistema de las necesidades, es el *hombre*, ese *concretum* de la representación, de modo que hablando con precisión es sólo aquí donde podemos emplear este término”. Por tanto, hablando con precisión y propiedad, hablar del *sujeto* o del *objeto del derecho* es hablar de la *persona*.

Este concepto de *persona* como sujeto y objeto del derecho se define en el § 35 en unos términos que implican la exclusión de cualquier discrecionalidad en el empleo de la noción de persona en el terreno del derecho moderno: “La universalidad de esta voluntad libre para sí es la relación formal, la relación auto-consciente, la relación consigo del sujeto en su propia singularidad por encima de todo contenido. El sujeto es, por tanto, *persona*.... La personalidad comienza cuando el sujeto cobra una autoconciencia de sí no como un *yo* concreto o como un *yo* determinado de una u otra manera, sino cuando cobra conciencia de sí como un *yo* completamente abstracto... La personalidad implica, por tanto, un saber de sí como objeto, pero como un objeto elevado a la simple infinitud por el pensamiento y, por tanto, como un objeto puramente idéntico a sí mismo. Los individuos y los pueblos no han alcanzado todavía ninguna personalidad mientras no hayan llegado a este puro pensar y saber. El espíritu que es en y para sí [es decir, la

conciencia moderna] se distingue, pues, del espíritu en sus figuras anteriores [es decir, de las formas de conciencia anteriores] en que éstas tienen conciencia de sí pero sólo conforme a la voluntad natural y a las oposiciones externas, mientras que el hombre moderno, se tiene por objeto a sí mismo como *yo* abstracto y libre, y es *persona*.”

Al poner a la base del derecho moderno este concepto enfático de *persona*, Hegel está haciendo uso de conceptos del Derecho romano y está explicando la conciencia moderna desde ellos. Y conviene subrayar, como ya hice en una sesión anterior de este mismo seminario, dedicada a la obra de John Rawls, que esos conceptos son siempre de fundamental importancia tanto en la conceptualización de Kant como en la de Hegel, y a través de Kant y Hegel subyacen en buena parte del pensamiento político posterior a ellos, que se guía por ellos.

Conforme al título III del libro I de las *Instituciones* de Justiniano “la distinción suprema del derecho de *personas* es que todos los hombres o son libres o son esclavos.” El sujeto y objeto del derecho es, pues, la *persona*. La libertad, de la cual viene la denominación de libres, “es la facultad natural de hacer cada uno lo que quiera, a no ser que se lo impida la fuerza o el derecho”. Y la esclavitud “es una institución del derecho de gentes, por la que alguien es sometido al dominio ajeno *contra naturam*.” Pues, como se dice en el título II, “el derecho de gentes es común a todo el linaje humano. Pues las naciones establecieron entre sí ciertas leyes, exigidas por el uso y por las necesidades humanas: aparecieron las guerras y con ella la cautividad y la esclavitud, que son contrarias al derecho natural. Ya que por derecho natural todos los hombres nacían libres desde el principio (*iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur*.)” La existencia moderna puede entenderse entonces como resultado de la reclamación de principio por la que el hombre se repone a sí mismo tal como salió de las manos del Creador, tal como era en el origen; así lo entiende John Locke, por

ejemplo; y Kant, para conceptualizar esto mismo, recurre a aquella transferencia del derecho de cosas al de personas, a la que me he referido más arriba, que implica que la *libertas* deja de ser una *institutio* al lado de la *servitus* y se convierte en principio del derecho, con lo cual la *libertas* ya no puede recibir legítimamente del derecho otra limitación o impedimento que la igual libertad de todos y de cada uno, ni se puede ejercer sobre ella legítimamente otra fuerza que la ordenada a hacer valer la igual libertad. Esta *libertas* convertida en principio del derecho es el ingrediente más básico de la noción enfática de persona y personalidad que Hegel pone a la base del derecho moderno.

Ahora bien, *bella orta sunt*, nacieron las guerras. La libertad original, también la libertad original repuesta o restablecida, es un estado de guerra. Esta libertad sólo puede hacer frente a su propio carácter autodestructivo haciéndose viable mediante el artificio (Hobbes) de un Estado de derecho, es decir, de un ordenamiento proveniente de la soberana voluntad unida de todos, que se haga efectivamente valer, y en el que en ninguno de sus pasos y niveles la libertad moderna se desmienta a sí misma. El ordenamiento ha de poder entenderse como la existencia y viabilidad que se ha dado la facultad de todos y de cada uno de organizar su existencia conforme al sentido último que ésta tenga para él, sin pedir autorización ni permiso a nadie, con la única limitación de reconocer ese mismo derecho a todos los demás, es decir, el ordenamiento ha de poder entenderse como “libertad bajo leyes generales” provenientes de la voluntad razonablemente concordante de todos.

Tenemos entonces que el concepto enfático de *persona* es el concepto mismo del sujeto y objeto del derecho y que la *personalidad* es el supuesto fundamental de toda pelea por el Estado moderno de derecho y también de toda reconducción del estado moderno de guerra al Estado de derecho.

2. SEGUNDA PARTE: LAS TESIS FUNDAMENTALES DE JAKOBS

Una vez planteadas las cosas como las he planteado, podría objetarse que todo lo que voy a decir es simplemente un jugar haciendo trampa. Pues si éstos son los conceptos básicos de derecho, de persona y de pena de los que hay que partir, entonces las tesis que sostiene Jakobs en su artículo “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” son difícilmente sostenibles. Jakobs tiene además un libro, al que se remite en su artículo, que versa, entre otros temas, sobre la norma y la vulneración de la norma, del que yo he prescindido aquí. Pero aun sin negar que la discusión con Jakobs podía y debería ser más amplia, el caso es que Jakobs me parece que está apelando constantemente a la autoridad de los clásicos y que éste es un elemento importante no tanto en su argumentación como en su brillante retórica, y por el momento yo me voy a limitar a tomar sus tesis por este lado. Voy a cotejarlas con las posiciones de los clásicos siguiendo por orden los seis apartados de su artículo.

A) DOS POLOS EN EL DERECHO PENAL

Jakobs empieza diciendo que “derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo” son sólo dos polos de todo derecho penal. Y argumenta del siguiente modo (páginas 24-26). La pena es coacción. “Lo primero que tenemos en la coacción es la coacción en cuanto portadora de un significado, en cuanto portadora de la respuesta al hecho.” Y Jakobs pasa a explicarse al modo de Hegel: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo: significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificación, manteniéndose, por tanto, la configuración de la sociedad.

Y añade refiriéndose al lado de lo que Hegel llama “concepto de pena por el lado de su existencia”: “Pero la pena no sólo significa algo sino que también produce físicamente algo.

En este aspecto, la coacción no pretende significar nada, sino que pretende ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en derecho sino contra el individuo peligroso. Eso quizá se advierta con más claridad si se pasa del aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad [...] Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y se contradice a través de la pena, aparece el individuo peligroso contra el cual se procede —en este ámbito a través de una medida de seguridad, no mediante una pena— de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, derecho penal del enemigo [...] en vez de derecho penal del ciudadano, y la voz “Derecho” significa en ambos conceptos algo claramente diferente...”.

Pues bien, si se entiende que el “individuo peligroso”, precisamente en cuanto sujeto y objeto del derecho penal, es *persona* y que ingrediente esencial del derecho moderno es la noción de personalidad, la idea en que se basa este razonamiento de Jakobs de que la pena, en cuanto coacción que busca efectividad, “no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso” de modo que hay que distinguir dos polos contrapuestos en todo derecho, me parece que es un sinsentido que no necesita más comentario. Pues justamente ese *individuo peligroso* que Jakobs contrapone a la *persona* competente es en derecho penal precisamente la *persona*.

B) REFERENCIA A LOS CLÁSICOS DEL IUSNATURALISMO

Jakobs apela a Hobbes, Rousseau, Kant y Fichte. Vamos por partes.

Me parece que, pese al vuelco que la visión del orden de los delitos y las penas experimenta en el siglo XVIII, la legitimidad de la pena de muerte casi ha sido una obviedad durante todo el siglo XIX y hasta la mitad del siglo XX. Kant y Fichte, sensibles a la argumentación de Beccaria en favor de la abolición de la pena de muerte, tratan, sin embargo, de justificar conceptualmente lo que les parece una obviedad

para determinados delitos (básicamente para los delitos de asesinato y de rebelión y golpe de Estado); algo análogo es lo que ocurre también en Rousseau, cuya obra *El contrato social* es anterior a la publicación de *De los delitos y las penas* de Beccaria. Para justificar la pena de muerte, Rousseau y Fichte recurren a asimilar esos delitos a una situación de guerra, dentro de la cual tanto preventivamente, como, desde luego, defensivamente, parece lícito eliminar físicamente al adversario; pues dentro de un Estado de derecho, conceptualmente no es fácil —pienso yo— justificar la pena de muerte, o al menos surgen enseguida importantes argumentos en contra, que, como he dicho, tienen que ver con que ni mi vida ni la vida del otro son algo de lo que ni yo ni ese otro podamos disponer en principio.

Por otro lado, es claro que el delito de rebelión contra el Estado de derecho representa para Hobbes una especie de delito límite, pues este delito es el intento de vuelta o tiene por consecuencia la vuelta o puede tener por consecuencia la vuelta al estado original de no-derecho, al estado de guerra. Contra este delito el Estado de derecho reacciona quizá sometiendo hegelianamente al rebelde a la ley de la no-ley, al principio de que, al igual que en el estado de naturaleza, “todo vale”, incluyendo por supuesto la muerte, pues es el miedo a la muerte, y correlativamente a la muerte horrorosa del rebelde, que describe Voltaire en su comentario de 1776 al libro de Beccaria, lo que lleva a los hombres a abandonar el estado de no-derecho, contra el que el Estado de derecho se reafirma precisamente intensificando el miedo a la muerte. Pero en todo caso la pena es aquí para Hobbes una pena impuesta a un súbdito y, por tanto, a un ciudadano, dentro del sistema penal de un determinado ordenamiento jurídico, no elemento de un “derecho penal del enemigo”, si no es metafóricamente.

Jakobs es muy consciente de lo que he dicho. Por eso da otro paso más, que es el que hay que dar; pasa a Kant que es quien aclara conceptualmente bien toda esta problemática. Pero a mí me parece que interpreta muy mal a Kant.

Conviene empezar diciendo que Kant, aun siendo expresamente sensible a los argumentos de Beccaria, sostiene, como he dicho, discutiendo con Beccaria, la licitud o la justicia de la pena de muerte para determinados delitos, como el asesinato y la rebelión; pero no voy a entrar en esto.

Kant parte del derecho de libertad o del derecho al reconocimiento de la propia personalidad como “único derecho innato al hombre en virtud de su humanidad”. Y parte también hobbesianamente del carácter autodestructivo del derecho de libertad si éste no logra articularse como *libertad bajo leyes generales* que puedan entenderse como provenientes de la soberana voluntad unida de todos, que se haga efectivamente valer. Sólo así sigo siendo libre: no quedando sometido sino a las leyes que yo me he dado junto con los demás para hacer viable nuestro igual derecho de libertad.

Ahora bien, la constitución de ese poder soberano no tiene en Kant ningún aspecto arcaico. Pues ese poder capaz de dictar derecho y de imponer el derecho que dicta, aunque finalmente se haya constituido porque ha acabado recayendo en él el consentimiento de todos, representa una acumulación tal de capacidad de ejercer violencia, que seguramente su génesis diste mucho de ser edificante; un ejemplo de ello podría ser el caso de Cromwell. Y, sin embargo, Kant piensa que, aunque, por supuesto, el origen de la soberanía es siempre históricamente contingente, ese origen “es inescrutable en sentido práctico”, es decir, que incluso el ponerse a buscarle las vueltas a la soberanía, no a título de curiosidades históricas, sino para derrumbarla en la práctica, con el consiguiente retorno al estado de no-derecho, es el delito supremo al que el Estado de derecho reacciona con las penas más severas contra el súbdito y, por tanto, contra el ciudadano que emprende tal cuestionamiento. En este punto Kant viene a coincidir con Hobbes.

Asunto distinto es mi relación o nuestra relación con quienes no han entrado conmigo o no han entrado con nosotros en un Estado de derecho. La posición de Kant es clara. Por el riesgo que su propio estado representa para

nuestro estado de libertad articulada conforme a leyes generales, tengo derecho o tenemos derecho a echarlos de nuestro lado, o a obligarlos a entrar en un Estado de derecho con nosotros; “tenemos derecho” significa aquí: si lo hacemos, nadie podría reprochárnoslo con argumentos racionales.

Jakobs, sin embargo, describe así (páginas 32-34) la posición de Kant en lo que se refiere a esto último: “En consecuencia, quien no participa en la vida en un estado comunitario-legal debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede “tratar”, como anota expresamente Kant, “como un enemigo” [...] Hobbes y Kant conocen un derecho penal del ciudadano —contra personas que no delinquen de modo persistente por principio— y un derecho penal del enemigo —contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona. El derecho penal del ciudadano es derecho también en lo que se refiere al criminal, éste sigue siendo persona. Pero el derecho penal del enemigo es derecho también en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aun, los ciudadanos tienen derecho a que el Estado tome las medidas adecuadas... Pero en este derecho no se halla contenido en Hobbes el reo de alta traición, y en Kant quien permanentemente amenaza; se trata del derecho de los demás. *El derecho penal del ciudadano es el derecho de todos. En cambio, el derecho penal del enemigo es el derecho de quienes están contra el enemigo. Frente al enemigo ese derecho es sólo coerción física, hasta llegar incluso a la guerra.*” (pág. 34, el subrayado es de Jakobs).

A mí me parece que estas afirmaciones de Jakobs no son admisibles en *cuatro* aspectos.

Primero, no pueden aceptarse como interpretación de Hobbes, pues para éste, como ya he dicho, la pena que se impone al súbdito y, por tanto, al ciudadano por el delito de rebelión tiene lugar dentro del sistema penal de un Esta-

do de derecho. Y como también he indicado, lo que Hobbes dice es que el delito de rebelión es un delito límite, que desde el punto de vista del Estado de derecho es un intento de vuelta al no-derecho; y puede que Hobbes esté suponiendo, aunque ello ni es un elemento expreso de sus consideraciones ni desempeña ningún papel en ellas, que el Estado de derecho reaccione frente a ese delito poniendo al que lo comete bajo la ley de la no-ley, del “todo vale”. Esta suposición, que desde luego no es expresa en Hobbes, sería en todo caso una peculiar idea del tratamiento penal de una clase de delitos, pero no un “derecho penal del enemigo” frente a un “derecho penal del ciudadano”.

Hobbes dice expresamente en el capítulo 28 de *Leviatán*, al que apela aquí Jakobs, que “todo mal infligido por la autoridad pública sin condena pública precedente no debe entenderse como pena sino como acto hostil” y que, en ese caso, no estamos hablando de *ley* y *derecho*, sino de *guerra*, en la que todo es lícito y no hay distinción de culpables e inocentes, puesto que en ella no hay juez. Y dice también expresamente que *toda pena (punishment)*, no puede tener otra finalidad que el afianzamiento del derecho del Estado de derecho, y que es de ahí de donde la pena ha de tomar su medida.

Segundo, en lo que se refiere a la interpretación de lo que dice Kant, la situación en la que me enfrento a aquel, o en la que nos enfrentamos a aquel, que no ha entrado con nosotros en un Estado de derecho y que se resiste a hacerlo, es decir, ese estado de no-derecho, no es una situación en que rija un *derecho* penal del enemigo, sino que es un estado de *no-derecho*, de *guerra*.

Tercero, ese estado de no-derecho no puede interpretarse como un estado en que rija un “derecho *penal* del enemigo”, porque para Kant no hay *bellum punitivum*.

Cuarto, en lo que se refiere a trato, no hay tal cancelación de la perspectiva que representan la persona y la personalidad, porque, si bien la guerra no es precisamente una esfera de ejercicio del reconocimiento de la personalidad, todo intento de poner derecho en ese estado de no-derecho y todo intento de reducirlo a un Estado de derecho tiene la *personalidad como*

presupuesto y meta básicos, pues la idea enfática de personalidad va implicada en la propia idea de derecho.

Lógicamente, en el pasaje de *La paz perpetua* al que se refiere Jakobs, la idea de “tratar como enemigo” (*feindlich verfahren*) a quien se niega a entrar en un Estado de derecho conmigo (aunque aún no me haya hecho ninguna injuria), no hace referencia a ningún “derecho penal del enemigo”, sino a una situación de guerra; y mucho menos cabe decir que esa idea excluye la perspectiva de la persona y personalidad si de lo que se trata de imponer y hacer valer es el derecho.

De todos modos, me resulta chocante que Jakobs, para apoyar su idea de “derecho penal del enemigo”, recurra a esa nota de Kant en *La paz perpetua*, en la que Kant emplea la expresión “tratar como enemigo”, “proceder hostilmente”, *feindlich verfahren*, de forma totalmente genérica.

Kant dice: cuando vivo con el otro en un Estado de derecho, se supone que sólo me es lícito tratarlo como enemigo; es decir, proceder hostilmente contra él, esto es, llevarlo a los tribunales, cuando presuntamente me ha lesionado; pues al vivir conmigo en un Estado de derecho, el otro me ha dado ya garantías de que la posible lesión que me inflija, puede en principio ser reparada.

En cambio, cuando el otro se niega a entrar conmigo en un Estado de derecho, se supone que me es lícito tratarlo como enemigo, proceder hostilmente contra él, ya de entrada, pues se niega a darme aquella garantía; es decir, el otro no me ha dado ninguna garantía de que la lesión que pueda infligirme vaya a poder ser reparada; y naturalmente, en este caso se trata para Kant de una situación de guerra, pues en esa situación no hay juez. Kant coincide con Hobbes y con Locke en definir el estado de guerra como aquel estado en que no hay un juez que pueda aplicar de forma efectiva una legislación previamente conocida por las partes; el Estado de derecho es lo contrario de ese estado de guerra.

Por más vueltas que le doy, no veo cómo con esta nota de *La paz perpetua* puede apoyarse la idea de un “derecho penal del enemigo” con exclusión, además, de la idea de personalidad).

En relación con este punto se entiende bien por qué para Kant, en sentido normativo, no hay *bellum punitivum*, ni, por tanto, nada que se parezca a un “derecho penal del enemigo” como derecho que tienen quienes se enfrentan un enemigo o quienes derrotan a un enemigo. Nuestra relación con quien no ha entrado con nosotros en un estado de derecho o se resiste a hacerlo es la de una defensa de nuestra organización de la libertad conforme a leyes generales provenientes de la soberana voluntad unida de todos, que se imponen de forma efectiva. Ahora bien, el negarse a entrar en esa organización significa que esa negativa es un *status iniustus* en el sentido de que representa un radical riesgo para nuestro Estado de derecho o nuestro Estado de justicia; pero significa también que no hay ninguna ley general, tampoco penal, bajo la que estemos nosotros y él, y en tal situación no hay más remedio que aplicar el principio de *nullum crimen sine lege*; asimismo, en el caso de dos Estados de derecho independientes, ninguno de ellos está bajo las leyes penales del otro. La guerra, por tanto, no puede significar *derecho penal* del enemigo ni en el sentido de Jakobs ni en ningún sentido; simplemente, para Kant la guerra no es derecho penal. (Por otro lado, la idea de crímenes de guerra implica que en la guerra se han cometido delitos definidos como tales por una legislación internacional que de una u otra manera es reconocida o ha sido reconocida por los implicados).

C) LA TESIS DE QUE LA PERSONALIDAD EN DERECHO NO PUEDE MANTENERSE DE UN MODO PURAMENTE CONTRAFÁCTICO

La idea más básica en la estructura de *Facticidad y validez* de Habermas es que la integración de las sociedades sólo puede tener lugar a

través del mecanismo del entendimiento lingüístico.

Cuando decimos algo, no podemos menos de entablar *cuatro pretensiones de validez*. Es decir, no podemos menos de pretender o suponer que lo dicho *se entiende (inteligibilidad)*; no tenemos más remedio que pretender *verdad* para el contenido proposicional de lo que decimos o suponemos; no tenemos más remedio que pretender *corrección* para lo que decimos si lo que expresamos es una norma, o pretender *corrección* en el sentido de un ajuste de lo dicho con el contexto normativo que suponemos al hablar; y no tenemos más remedio que pretender *veracidad* para lo que decimos como expresión de nuestros pensamiento.

Toda otra forma de empleo del lenguaje, como puede ser p. e. el acto de mentir, depende en definitiva, por lejana que esa dependencia pueda ser, de este empleo del lenguaje orientado a entenderse, que es el primario.

El entendimiento se produce porque el destinatario del habla da por buenas esas pretensiones de validez del hablante, que en principio son susceptibles de crítica.

Pero también podemos encontrarnos con que no las dé por buenas, sino que las cuestione. Si decimos: “Hoy hace un día espléndido”, podemos encontrarnos con la réplica: “Sorry, I don’t speak spanish”; o con la réplica: “Eso no es verdad, salga Usted a la calle y vea que no”; o con la réplica: “¿A qué viene decir eso en un funeral?”; o con la réplica: “Usted está mintiendo al decir eso por teléfono a ese colega extranjero”.

Ante un cuestionamiento de alguna o algunas de las pretensiones de validez del hablante, caben tres posibilidades. O bien esperar y ver, cosa que no se puede prolongar indefinidamente. O bien pasar a una discusión en que “adoptando una actitud hipotética” se examinen las pretensiones de validez para ver qué razones les asisten. O bien el disenso abierto, que puede degenerar en violencia. Y quizá esto último sea el caso más frecuente. Y, por tanto, podemos decir que inexorablemente la integración de las sociedades tiene que producirse a través de

un mecanismo, el del entendimiento lingüístico, que por lo general la hace imposible.

Y entonces, podemos entender la evolución histórica de las formas de integración social como el desenvolvimiento de los mecanismos que se ha buscado la especie humana para hacer viable esta su situación de *sociabilidad insociable* o de *insociabilidad sociable* (Kant), en que inevitablemente se encuentra el animal que habla.

Esos mecanismos tienen que caracterizarse por la forma en que articulan la idea de validez, inherente al empleo del lenguaje, y la efectiva neutralización de los efectos destructivos del disenso. Y así, la especie se inventó, primero, el *tabú* como mecanismo fundamental de asegurar la integración social. El tabú vale hasta tal punto que fulmina a quien se atreve siquiera a acercarse a vulnerarlo; lo contamina hasta el punto de que por lo general lo convierte en una peste que hay que expulsar o que directamente hay que eliminar.

Un segundo mecanismo de asegurar la integración social contra los disensos que afectan a la base de ésta, han sido las *instituciones sacras*. Éstas no es que fulminen a quien ose contravenirlas, sino que protegen del disenso las bases de la integración dotándolas y dotándose de la *autoridad de lo incuestionable*, la cual cobra tal peso social que acaba aplastando a quien intenta ese cuestionamiento.

La existencia moderna no permite ni la amalgama de facticidad y validez que el tabú produce ni la incuestionabilidad de la que logran dotarse las instituciones sacras y que éstas convierten en efectiva capacidad de imposición; el principal mecanismo que asegura la integración en las sociedades modernas y contemporáneas es el *derecho positivo moderno*. Por el lado del destinatario, por el lado del *súbdito*, el derecho suple la ausencia de consenso o hace prescindible la necesidad de consenso por la vía, si es menester, de una simple imposición coercitiva de la norma. Por el lado de la producción del derecho, por el lado del *ciudadano*, el derecho organiza jurídicamente la capacidad de disenso y la va filtrando hasta obtener que

la norma que va a imponerse sea producto de la voluntad unida de todos, o del compromiso en que se han visto implicados todos, o en el que se ha visto implicada al menos una mayoría, que asegure a la norma la posibilidad de imponerse fácticamente, dejando a la minoría la posibilidad de seguir argumentando en contra. Es decir, el derecho moderno asegura por un lado la efectiva imposición (*facticidad*) de lo que por otro lado es *válido o legítimo por su propio procedimiento* de producción y de imposición (*validez*).

Sobre este trasfondo se entiende bien la apropiación que en la sección tercera de su artículo hace Jakobs de la distinción de Niklas Luhmann entre “expectativa normativa” y “expectativa cognitiva”. Una “expectativa cognitiva” es la que cambia al producirse sistemáticamente un desencanto. Una “expectativa normativa” es una expectativa que se mantiene incluso contra el desencanto: si yo pienso que alguien, al actuar de una determinada manera, se está comportando de forma inmoral, lo seguiré pensando aunque esa persona siga actuando siempre así; yo seguiré diciendo que su conducta es contraria a lo que es su deber moral. Pero si hay una disposición municipal prohibiendo aparcar en tal sitio, y todo el mundo aparca sin que pase nada y todo el mundo seguirá aparcando estando todos seguros de que no va a pasar nada, entonces nos inclinamos a decir que, al menos en sentido sociológico, tal norma no existe; incluso si se multa a alguien en un solo caso, el multado puede dirigirse al Defensor del Pueblo quejándose de haber sido objeto de un trato arbitrario y el Defensor del Pueblo puede muy bien darle la razón. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en la esfera de lo moral, para que haya derecho, a la *expectativa normativa* del comportamiento debido, del comportamiento conforme a la regla, tiene que corresponder la *expectativa cognitiva* de que ese comportamiento conforme a la regla sea también un comportamiento regular, es decir, de que regularmente la regla se imponga también de forma efectiva. No hay derecho sin esa articulación de *validez y facticidad*. Tiene, por tanto, razón Jakobs, o la tiene al menos

en un sentido sociológico, cuando afirma que sólo tiene sentido hablar de vulneración de una norma en el contexto de una vigencia efectiva del sistema de derecho en conjunto; pues si no, o bien estamos ante la no-existencia de ese supuesto sistema de derecho, o al menos ante la no-existencia de la supuesta norma sistemáticamente vulnerada sin consecuencias. Hasta aquí estoy de acuerdo con Jakobs.

Pero la conclusión que de ello quiere extraer Jakobs (páginas 35-43) me parece un tanto disparatada: “Queda por formular la pregunta: ¿por qué llevan a cabo Hobbes y Kant la delimitación del modo como se ha descrito? Daré forma de tesis a la respuesta: ningún contenido normativo, y también lo es el ciudadano, y también lo es la persona en derecho, es tal (es decir, rige) por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos a la sociedad; sólo entonces es real” (pág. 34 s.) “Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco ésta puede mantenerse de un modo enteramente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva. Si se pretende no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción o insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo cual significa que se parte de su orientación con base en lo lícito o ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta más claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión.” (pág. 38 s.).

Y así Jakobs constata que hay muchas normas de derecho penal que permiten ver que “si la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera, disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona” (pág. 39), lo cual ocurre no sólo en el caso de los delitos de terrorismo, sino en toda una gama bastante amplia de delitos que suponen en sus autores la ausencia de esa orientación por lo lícito o ilícito, que caracteriza a las personas.

Las consideraciones de Jakobs, que mantienen un cierto carácter descriptivo en este

apartado tercero de su artículo, se vuelven enteramente normativas en el apartado quinto: “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.” (pág. 47). Pues “como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa” (pág. 47).

A mí esta tesis no sólo no me parece admisible como idea jurídica, sino que, además me parece que no empieza siendo admisible en el plano lógico. Jakobs viene a decir lo siguiente: lo mismo que el derecho es irreal como construcción exclusivamente normativa, es decir, lo mismo que el derecho es irreal cuando no consiste en una articulación de validez y facticidad, también la *personalidad* es irreal como construcción puramente normativa. Y esto daría lugar a que *dentro del sistema penal de un Estado de derecho*, dentro de un ordenamiento jurídico efectivamente vigente, pase a primer plano ese polo del derecho penal que consiste en un derecho con suspensión o cancelación de la personalidad (“derecho penal del enemigo”) que tiene por objeto a los individuos peligrosos.

A mí me parece que lo lógicamente inadmisibles radica en esa equiparación conforme a la que lo mismo que el derecho es irreal como construcción exclusivamente normativa, también la personalidad es irreal como construcción puramente normativa, *incluso en el contexto de un sistema de derecho*. Esto no tiene sentido. Si un ordenamiento legítimo (idealmente legítimo, legítimo conforme a sus propios principios) rige de forma efectiva, es decir, si un ordenamiento jurídico es efectivamente derecho real, entonces el sujeto y el objeto de él (también en el ámbito del derecho penal) es la *persona*, y el supuesto normativo más básico de él (también en el ámbito del Derecho penal y precisamente en el ámbito del Derecho penal) es la noción enfática de *personalidad*. Dentro de un orden jurídico realmente existente, persona y personalidad no son función de que los

individuos se orienten o no sistemáticamente por lo lícito o lo ilícito, sino elementos estructurales de la base conceptual de ese derecho existente y, por tanto, elementos estructurales de ese derecho existente. También el individuo peligroso, que en determinadas esferas de la vida queda sistemáticamente muy lejos de orientarse por lo lícito y lo ilícito, cae, en cuanto objeto del Derecho penal, bajo la categoría de *persona* y bajo el supuesto fundamental que es la noción de *personalidad*. Es decir, ambos conceptos, con todas sus consecuencias, se aplican por igual tanto al delincuente-*normal* (el sobrino que mata a su tío del que se sabe heredero para acelerar la sucesión, pero que ve muy bien que la ley lo proteja de que aquellos que él pueda instituir como herederos actúen también así) como al delincuente-*enemigo* que simplemente no se orienta por el sistema de normas (como ocurre en los delitos de narcotráfico organizado o de terrorismo), sino que sistemáticamente lo subvierte por interés o por principio.

D) LA REFERENCIA A GUANTÁNAMO

En la sección cuarta de su artículo, Jakobs se está refiriendo principalmente a los casos de individuos peligrosos que quedan lejos de orientarse con suficiente regularidad por lo lícito y lo ilícito, pero no por interés, sino que su falta de orientación por lo lícito y lo ilícito se debe a que buscan directamente destruir el propio orden jurídico o por lo menos la parte de él que se refiere a la estructura del poder soberano del que ese ordenamiento dimana y que lo hace efectivo. Se trata de los delitos de terrorismo y rebelión.

El ejemplo es aquí el atentado contra las “Torres gemelas” de Nueva York el 11 de septiembre de 2001.

Aun ateniéndose a su idea general de una distinción entre “derecho penal del ciudadano” y “derecho penal del enemigo”, a mí me parece que en este apartado de su artículo Jakobs es, conceptualmente, un poco inconsecuente con esa idea, o puede que sea al revés, es decir, que aquí la aclare mejor.

Pues resulta que ahora esas dos formas de Derecho penal no solamente son dos polos de un mismo Derecho penal, sino que esos dos polos pueden polarizarse tanto, que se desmiembren y se hagan independientes el uno del otro. Y así la sección acaba con esta pregunta: “La ambigua posición de los prisioneros —¿delincuentes?, ¿prisioneros de guerra?— muestra que se trata de la persecución de delitos por medio de la guerra.” (pág. 46).

Y Jakobs explica esto así: “Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde el 11 de setiembre de 2001: en un procedimiento que ya, a falta de una separación del Ejecutivo, con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí perfectamente puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos, intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento —y sólo hasta el momento— no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o mejor, matarlos directamente, asumiendo también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral” (pág. 46).

Lo que Jakobs está describiendo aquí es el *bellum iustum* al que se refiere y que describe Francisco de Vitoria. Pues, si hablamos de “la persecución de delitos mediante la guerra”, hemos abandonado la idea de Kant de que no hay *bellum punitivum*, y hemos pasado a la idea de Francisco de Vitoria (es decir, a la idea tradicional muy bien expuesta por éste) de que para que el emprender la guerra sea legítimo, ésta ha de tener una justa y proporcionada causa. Ahora bien, como resulta que todo enemigo, si rompe en hostilidades conmigo por una muy justa y proporcionada causa, racionalmente no podría ser sino mi amigo, tenemos que, lógicamente, si emprendo la guerra y la gano, para mí todo enemigo es evidentemente injusto; y si la pierdo, he sido sin duda un enemigo injusto para el otro; ésta es la aporía del concepto de guerra justa, en la que no voy a entrar. Pero en cualquiera de ambos casos, la guerra, si se

ha emprendido legítimamente, ha sido con la señalada intención de hacer justicia en un caso de injusticia civil o de injusticia penal. Y, por tanto, si la guerra busca reparación en un caso de injusticia de tipo penal, es decir, si la guerra se convierte en un análogo del proceso penal (“en persecución de delitos mediante la guerra”), entonces el *analogatum princeps* al que ha de reducirse el procedimiento penal que es la guerra es a lo que Jakobs llama el *derecho penal* (civil y militar) *del ciudadano*, es decir: a lo que ha de acabar reduciéndose el proceso penal que es la guerra es a las formas legítimas de hacer justicia establecidas en el derecho penal civil y militar de un Estado de derecho, con el componente de reparación por los costes del procedimiento (de reparación por los costes de la guerra).

Desde el punto de vista de la idea de *bellum iustum*, tal como la expone Francisco de Vitoria, el tipo de tratamiento penal del delito, que significa Guantánamo, no es admisible porque vulnera el derecho penal americano, el derecho procesal penal americano, la justicia penal militar americana y las reglas de procedimiento procesal penal militar americano. Es decir, aun suponiendo que el inicio de esa situación fue un *bellum iustum*, esa guerra justa ha pervertido su fin y se ha convertido en una situación de injusticia por vulneración de todos los estándares públicos de hacer justicia, vigentes en ese Estado de derecho. El mantener territorialmente a los presos fuera de la jurisdicción de los tribunales americanos de justicia, me parece que lo único que refleja es que se es consciente (por parte de la Administración) de esa situación de no-derecho, una situación de *no-derecho* que poco tiene que ver con algo así como un “*derecho* penal del enemigo”.

Y lo dicho sobre los delitos de terrorismo, es válido *a fortiori* para los otros casos de delito a los que se refiere Jakobs, en los que la no-orientación sistemática por lo lícito y lo ilícito se debe al interés.

E) “¿CIUDADANOS COMO ENEMIGOS?”

En la sección quinta de su artículo dice Jakobs que “sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha llamado derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya hemos indicado, Kant exige la separación de ellos, lo que no significa sino que hay que protegerse contra los enemigos” (págs. 47 s.). Y, como ya he citado más arriba, para Jakobs el derecho penal del ciudadano es el derecho de todos; el derecho penal del enemigo no es el derecho del enemigo, sino el derecho de aquellos que están contra el enemigo; ese derecho es sólo coacción física hasta llegar a la guerra.

A mí me parece que esta nueva apelación a la idea de *guerra no punitiva* de Kant en esta sección quinta, significa que Jakobs rompe toda analogía que pudiera establecerse entre *bellum iustum* y procedimiento reconocido de hacer justicia; se adscribe más bien a la idea kantiana de la guerra como estado de no-derecho, pero dejando a la vez en suspenso la idea enfática de persona como objeto del derecho y la noción básica de personalidad, y después, bajo la idea de “derecho penal del enemigo”, trata de convertir todo ello en ingrediente y componente interno del Estado de derecho. Yo creo que esto es querer cuadrar el círculo, es querer convertir en ingrediente y componente interno del Estado de derecho la situación de no-derecho.

Uno puede llamar a las cosas como quiera, pero no contribuye a la claridad conceptual el llamar “derecho penal del enemigo” a lo que muy bien podría llamarse también guerra civil, o simplemente guerra, sin esperanza de reducción a un Estado de derecho. A este respecto, pienso que Carl Schmitt es mucho más claro e instructivo que Günther Jakobs.

Carl Schmitt, como es sabido, ve la esencia de lo político en la relación amigo-enemigo; el Estado democrático liberal de derecho es una “neutralización” de la esencial relación amigo-enemigo, por la que ésta se convierte

en la relación ponente-oponente en un proceso de discusión democrática articulado sobre la base de un sistema de derechos y garantías que vale por igual para todos. Pero, para Schmitt, la ideología liberal se equivoca al querer convertir en esencia de lo político lo que no es sino una “neutralización” muy superficial de la relación amigo-enemigo; en cuanto esa “neutralización” se quiebra, o se ve afectada por el lado que fuere por alguna crisis severa, aparece la verdad de fondo, a saber: la primacía de la afirmación política aun violenta, es decir, la primacía de la relación amigo-enemigo, sobre la moral y sobre el derecho; Carl Schmitt extiende así al interior la tesis de Hegel (contra la idea de “paz perpetua” de Kant) de la esencial e inexorable primacía de la política sobre la moral y el derecho en las relaciones internacionales.

En el resumen final de su artículo, Jakobs expresa con toda claridad esta disociación de lo que ha empezado llamando dos polos del derecho penal y expresa también muy escuetamente y muy bien lo que es su idea de la conversión de la idea kantiana de no-derecho en elemento del derecho: “Un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del estado de derecho, que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo” (pág. 55). Considero más instructivo a Carl Schmitt que a Jakobs en el sentido de que para entender lo que dice Jakobs hay que reducirlo a lo que dice Carl Schmitt, y después discutir con Carl Schmitt, no con Jakobs. Éste quiere dar una envoltura de derecho a lo que Carl Schmitt, junto con los clásicos, entiende como situación de no-derecho o de quiebra del derecho, y se diría que quiere eximir a los Estados del derecho de mirar incluso esas situaciones *desde el derecho y con vistas al derecho* (como Vitoria y Kant exigen que se mire el no-derecho).

F) UNIVERSALISMO Y PARTICULARISMO EN LA NOCIÓN JURÍDICA DE PERSONA Y EN EL SUPUESTO BÁSICO DE PERSONALIDAD

En la sección sexta y última del artículo y también en el resumen final, Jakobs se refiere a una cuestión que, aparte de la cuestión de la criminalidad internacional que desborda hoy a las Administraciones y a la Justicia de los Estados nacionales de derecho, es la cuestión más importante subyacente en todo el artículo. No puedo entrar en la cuestión que plantea, pero sí en los conceptos con que la plantea.

En el resumen final dice: “La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos, después de un cambio político, muestra rasgos propios de derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima.” (pág. 66). En la sección sexta del artículo Jakobs explica esto así: “El ciudadano Milosevic es tan poco parte de aquella sociedad que lo pone ante un tribunal internacional como lo era el ciudadano Capeto. Como es evidente, no me dirijo contra los derechos humanos con vigencia universal, pero es que su establecimiento es distinto de su mantenimiento. Si ello sirve al establecimiento de una constitución mundial “comunitario-legal”, habrá que castigar a los que vulneren los derechos humanos; pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre, derecho penal del enemigo.” (pág. 53). Pues ocurre que si, efectivamente, no es lo mismo el *mantenimiento* de una “comunidad legal” que su *establecimiento*, “la situación previa a la creación del estado de comunidad legal es el estado de naturaleza, y en éste no hay personalidad, en todo caso no existe una personalidad asegurada. Por ello, frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos, quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, está permitido de por sí todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito comunitario-legal, y esto es de hecho lo que sucede conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de detención.” (págs. 53 s.)

Lo que a mí no parece admisible, ni siquiera lógicamente, en este razonamiento de Jakobs es decir que “habrá que castigar a los

que vulneran los derechos humanos”, pero que eso “no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos”. En derecho una pena es algo que se impone a alguien al que se encuentra culpable en el contexto de un debido proceso, es decir, habiendo sido objeto específico del derecho. El objeto del derecho es la *persona*, y el supuesto básico del derecho es la noción de *personalidad*. Una pena contra un enemigo peligroso que no es persona culpable es, por tanto, un completo sinsentido, a no ser que, p. e., se quiera llamar pena a la reclusión psiquiátrica de un demente peligroso. Y apelar a Kant en este contexto no hace sino aumentar el embrollo conceptual.

No estoy seguro de si la cuestión que plantea aquí Jakobs debe abordarse argumentando (análogamente a como argumenta Francisco de Vitoria) que los ingredientes normativos del concepto moderno de personalidad están suficientemente positivados en normas de derecho internacional (o incluso son suficientemente patentes a todo ser racional moderno), como para convertir la intervención militar en un *bellum punitivum* que acaba en un proceso penal conforme a normas penales y a normas procesales penales reconocidas; o si quizá hay que ser más realistas y argumentar con Kant que tengo derecho a obligar coercitivamente al otro a entrar conmigo en un Estado de derecho, en el que queden suficiente y efectivamente positivados los incondicionales ingredientes normativos de la idea moderna de personalidad, y que sólo después de eso queda ese otro sometido a las normas del derecho penal del ciudadano, pero sin que éstas tengan carácter retroactivo. Me inclino por la posición de Vitoria. En todo caso, creo que la peor forma de todas de plantear la cuestión es aquella de la que se sigue la afirmación: “Habrá que castigar a los que vulneren los derechos humanos; pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre, derecho penal del enemigo”. Desde el punto de vista de los clásicos (tanto de Francisco de Vitoria, como de Kant, como de Hegel), creo que esta forma de hablar no es sino introducir

confusión en algunos conceptos muy fundamentales.

3. TERCERA PARTE: A MODO DE CONCLUSIÓN

Yo creo que lo que Jakobs llama “derecho penal del enemigo” no es sino un intento de convertir en derecho lo que hoy no son sino quiebras específicas o límites específicos del Derecho penal. Pero entonces la expresión “derecho penal del enemigo” no puede tener sino un sentido irónico, con un contenido que a veces va mucho más allá del que le da Jakobs.

Por ejemplo, en el caso del narcotráfico organizado, éste puede exceder con mucho lo que son las posibilidades de actuación de un sistema penal de un Estado nacional, y entonces la actuación del sistema penal puede quedar sustituida, en el mejor de los casos, por la negociación política de un tratado de paz con el que acaba una guerra que así se convierte en guerra no punitiva; es “derecho penal del enemigo”.

En el caso del guerrillero, del partisano, del terrorista, ya Napoleón no supo muy bien qué hacer: si exigir de las autoridades locales un efectivo tratamiento del guerrillero como delincuente o convertirlo en objeto de un tratamiento militar; pues es un “tercero inerme”, un “tercero interesado”, el que, como dice Carl Schmitt, políticamente levanta al partisano por encima de su condición jurídico-penal de delincuente y lo convierte en soldado de una causa; y así asistimos y seguiremos asistiendo a una oscilación entre el tratamiento penal de los delitos de terrorismo y los intentos de negociación política de un tratado de paz que ponga fin a una guerra que de esta forma se convierte también en no punitiva; esta oscilación representa una curiosa situación del Derecho penal,

a la que también, irónicamente, podemos calificar de “derecho penal del enemigo”.

E igualmente, la ausencia de un poder federal que sostenga efectivamente un sistema penal internacional e incluso la ausencia de voluntad de que lo haya, permite por un lado que la superpotencia lleve o pueda llevar efectivamente ante sus tribunales todo lo que considere delito, pero sin reciprocidad; o permite también que la superpotencia mantenga lo que considera delito en una especie de limbo del Derecho penal que en definitiva es una situación de no-derecho, como ocurre en Guantánamo; también todo ello es “derecho penal del enemigo” en sentido irónico.

O a la inversa, los Estados pueden verse tentados a complementar el sistema penal con un sistema de medidas y servicios que es guerra punitiva pero no en el sentido de Francisco de Vitoria, pues no pretende acabar restableciendo el derecho, sino sólo eliminando efectivamente peligros; también esto es, en sentido irónico, “derecho penal del enemigo”.

Pero la expresión “derecho penal del enemigo” resulta irónica en todos estos casos, precisamente porque en todos ellos se ponen entre paréntesis o se suspenden las exigencias normativas de las dos nociones que Kant y Hegel ponen juntas en el caso de quiebra del derecho dentro de un Estado de derecho, la de pena y la de personalidad (con su exigencia de tratamiento igual) y, por tanto, se pone entre paréntesis el concepto de Derecho penal propiamente dicho, si es que la *facticidad* de éste, más allá de la mera eliminación *fáctica* de riesgos, no puede dejar de pretender *validez* o *legitimidad*.

Fecha de recepción de originales: 15 de julio de 2008

Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008