

CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL ACTUALMENTE DENOMINADO “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” *

Luis Gracia Martín

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-02, p. 02:1-02:43. Disponible en internet:

<http://criminol.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 07-02 (2005), 11 ene]

RESUMEN: En este trabajo, su autor lleva a cabo, en primer lugar, una descripción de los caracteres típicos del actualmente denominado Derecho penal del enemigo, así como también de los fines que le asignan sus defensores. A continuación, realiza una breve exposición del anclaje histórico iusfilosófico y teórico-político que podría avalar al Derecho penal del enemigo, desde la sofística griega hasta la filosofía moderna, y de este modo pone de relieve que el tratamiento penal diferente de los enemigos es una constante histórica. Tras la exposición del paradigma en torno al cual se construye el Derecho

penal del enemigo, que consiste en la negación de la condición de personas a determinados individuos, el autor concluye con un rechazo de aquél a partir de la idea de que el destinatario del Derecho penal es el hombre empírico y no la persona normativa, y de la consideración de que tales regulaciones no son compatibles con la exigencia del respeto a la dignidad humana.

PALABRAS CLAVES: Ciudadano, enemigo, persona, individuo, no-personas, Derecho penal del ciudadano, Derecho penal del enemigo, Derecho, pena, coacción, inseguridad cognitiva, peligrosidad, exclusión, guerra, persona normativa, hombre empírico, libertad ética, dignidad humana.

Fecha de recepción: 3 diciembre 2004

Fecha de publicación: 11 enero 2005

* *Abreviaturas utilizadas:* art. = artículo; AT = Allgemeiner Teil; Cap = capítulo; coords. = coordinador/es; CPC = Cuadernos de Política Criminal; dir. = director/a; Ed. = Editorial; ed. = edición; eds. = editores; GA = Goldammer Archiv; JpD = Jueces para la Democracia; JZ = Juristenzeitung; Lib. = Libro; N. = Número; n. = nota; p. = página; pfo. = párrafo; PG = Parte General; pp. = páginas; PJ = Poder Judicial; RP = Revista penal; RDPC = Revista de Derecho penal y Criminología; RECPC = Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología; <http://criminol.ugr.es/recpc>; s.f. = sin fecha; ss. = siguientes; StV = Strafverteidiger; t. = tomo; ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

I

En los últimos años, la doctrina del Derecho penal dirige su mirada a ciertas regulaciones del Derecho positivo que parecen diferenciarse del Derecho penal general en virtud de determinadas características peculiares, las cuales motivarían o podrían motivar su agrupamiento e individualización como un particular *corpus* punitivo que podría identificarse con la denominación “Derecho penal del enemigo”. Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal *moderno*, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho penal que, en general, da lugar, formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho¹. Independientemente de la cuestión de si hay base suficiente para identificar en el Derecho positivo un específico y diferenciado *corpus legal* punitivo contra enemigos, lo cierto es que la doctrina penal presta hoy cada vez una mayor atención a los diversos aspectos y problemas que plantearía ese “Derecho penal del enemigo” en cuanto concepto doctrinal y político o-criminal que habría sido introducido con ese carácter en el discurso penal teórico actual por *Jakobs* ya, aunque de un modo aún muy difuso, en 1985, y el cual ha sido desarrollado y perfilado con posterioridad por él mismo y por un sector de la doctrina alemana que le sigue o que parte de presupuestos y de planteamientos próximos a los del gran penalista alemán². En la doctrina, sin embargo, este Derecho penal del enemigo ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal³. No

¹ Véase, por ejemplo, *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 163 ss. (“tercera velocidad del Derecho penal”); *Cancio Meliá*, JpD, nº 44 (2002), pp. 19 ss., y más recientemente, *el mismo*, en *Jakobs/Cancio*, Derecho penal del enemigo, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003, pp. 59 ss., 62 ss.

² Véase *Jakobs*, en Estudios de Derecho penal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 294 ss.; *el mismo*, AT, 2ª ed., 2/25c; *el mismo*, en Estudios de Derecho judicial, nº 20 (1999), CGPJ/Xunta de Galicia (eds.), pp. 137 ss. *el mismo*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, C. H. Beck, München, 2000, pp. 51 ss.; *el mismo*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 21 ss.; *Pawlik*, GA 1998, pp. 378 ss.; *Müssig*, GA 1999, pp. 121 ss. *Lesch*, GA 2000, pp. 355 ss.; parcialmente, *Brugger*, JZ 2000, p. 165. En la doctrina española, *Silva Sánchez*, La expansión (n. 1), pp. 166 s., parece rechazar la legitimidad de este Derecho penal del enemigo, sobre el cual plantea la duda acerca de si es realmente “Derecho” o si, por el contrario, es un “no-Derecho”; sin embargo, también parece dejar la puerta abierta a su admisibilidad (loc. cit., pp. 165 s.) en la medida en que el mismo, siendo un mal, pueda ser visto, no obstante, como el “mal menor” (loc. cit., p. 166); parece decantarse por la admisibilidad del Derecho penal del enemigo *Pérez del Valle*, CPC nº 75 (2001), pp. 610 ss., especialmente p. 612, cuando advierte, por una parte, que su investigación intenta “dejar a la vista algunos aspectos del derecho penal del enemigo que tal vez podrían ser considerados por sus críticos”, por otra que “el derecho penal del enemigo no es una disfunción del individualismo social, sino una consecuencia de sus propias limitaciones ante un pluralismo cultural y político —el que viene de fuera de su propia tradición— que la desborda”, y finalmente que “los principios constitucionales asumidos por el derecho penal no representaron nunca obstáculos —no los representaron nunca— para la sanción de graves riesgos para la estabilidad del sistema político democrático, como es el caso de la tipificación de delitos de asociación ilícita en ordenamientos liberales”, y, finalmente, que “con frecuencia [aquellos principios] han sido esgrimidos en muchas ocasiones como fundamento de estas sanciones”.

³ En la doctrina alemana véase en contra, entre otros y por ejemplo, *Wolter*, GA 1999, pp. 158 ss.; *Eser*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, C. H. Beck, München, 2000, pp. 37 ss.; *Schneider*, ZStW 113 (2001), p. 506; *Schünemann*, GA 2001, pp. 211 s.; y en la

obstante, parece reconocerse por todos la existencia real de un *corpus legal* de enemigos en el Derecho penal y procesal penal de la actualidad⁴ que, obviamente, es objeto de crítica y de rechazo por la doctrina mayoritaria contraria al discurso doctrinal del Derecho penal del enemigo⁵.

En este momento inicial, y antes de pasar al fondo de la exposición de mis consideraciones sobre el Derecho penal del enemigo, me parece de interés realizar la siguiente observación preliminar. No creo que me aleje demasiado de la realidad si digo que la expresión “Derecho penal del *enemigo*” suscita ya en cuanto se pronuncia determinados prejuicios motivados por la indudable carga ideológica y emocional del término “enemigo”. Este término, al menos bajo el prisma de determinadas concepciones del mundo (democráticas y, sobre todo, progresistas), induce ya desde el principio a un rechazo emocional de un pretendido Derecho penal del enemigo, y no sin razón, cuando volvemos la mirada a la experiencia histórica y actual, y desde ella contemplamos el uso que se ha hecho y que aún se hace actualmente del Derecho penal en determinados lugares. En efecto, la experiencia histórica demuestra con demasiada y clara contundencia cómo los regímenes políticos totalitarios (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan precisamente como “enemigos” a los disidentes y a los discrepantes⁶, y cómo aquéllos dictan leyes nominalmente penales que, sin contenido

doctrina española, también en contra, entre otros, *Muñoz Conde*, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 117 ss.; *el mismo*, RP nº 10 (2002), p. 14; *el mismo*, El nuevo Derecho penal autoritario, en Losano/Muñoz Conde, El Derecho ante la globalización y el terrorismo, Alexander von Humboldt Stiftung/Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 172 ss.; *Cancio*, JpD nº 44 (2002), pp. 23 ss.; *el mismo*, en Jakobs/Cancio (n. 1), pp. 89 ss.; *Maqueda Abreu*, JpD nº 47 (2003), p. 11; *Laurenzo Copello*, RDPC nº 12 (2003), pp. 455 s.; *Portilla Contreras*, El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, en Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo I, Madrid, 2004 (cit. LH-Bacigalupo I), pp. 706 s. y 708 ss.; *Díez Ripollés*, JpD nº 49 (2004), p. 37; *el mismo*, en RECPC 06-03 (2004), <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 24; con matices *Zugaldía*, Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho, en Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 (cit. Ep-Ruiz Antón), pp. 1132 s.; *Faraldo Cabana*, Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, en Faraldo (dir.) y Brandariz/Puente (coords.), Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 310 ss.; *Ramos Vázquez*, Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual, en Faraldo (dir.) y Brandariz/Puente (coords.), Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 95 ss.; muy esclarecedor es el magnífico e impresionante estudio crítico de *Brandariz*, Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas, en Faraldo (dir.) y Brandariz/Puente (coords.), Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 42 ss., 54 ss.

⁴ Véase, en este sentido, *Silva Sánchez*, La expansión (n. 1), p. 166, donde dice que “constatada la existencia real de un Derecho penal de tales características —sobre lo que no parece que pueda plantearse duda alguna—, la discusión fundamental versa sobre la legitimidad del mismo”; véase una enumeración de disposiciones legales españolas que podrían ser valoradas como Derecho penal del enemigo en *Portilla Contreras*, en LH-Bacigalupo I (n. 3), pp. 693 s. nota 1 y pp. 708 ss., concluyendo su investigación con la afirmación de que “la ‘idea’ de un Derecho penal y procesal de enemigos es, desde hace años, una realidad” (loc. cit., p. 720). Por su parte, *Jakobs* advierte acerca de cómo “el legislador está pasando a una legislación —denominada abiertamente de este modo— de *lucha*”; véase, *Jakobs*, en Jakobs/Cancio (n. 1), pp. 38 s. y la relación que cita de leyes alemanas que se denominan, precisamente, “leyes para la lucha contra...”; sobre esto último, además, *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt (n. 2), pp. 51 s.

⁵ Véase, por todos, *Portilla Contreras*, en LH-Bacigalupo I (n. 3), pp. 708 ss. y especialmente p. 720.

⁶ Así, nos recuerda *Faraldo Cabana*, Un Derecho penal de enemigos (n. 3), p. 311, cómo las dictaduras chilena y argentina caracterizaron a los disidentes como “enemigos internos”. En el mismo sentido, en relación con el

alguno de justicia, establecen más bien dispositivos y mecanismos de “guerra” contra los etiquetados como enemigos. Al respecto, sobran las palabras cuando se piensa, por ejemplo, en el Proyecto de ley nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad⁷, o en la denominada expresamente “Ley de represión de la *masonería y el comunismo*”, de 29 de marzo de 1941, promulgada en España por la dictadura fascista de Franco. A la vista de estas reales experiencias, pues, no debe parecer nada extraño que la carga emocional que conlleva la etiqueta de “enemigo” predisponga ya a un rechazo de un Derecho penal del enemigo en sociedades que, como es el caso de las actuales sociedades occidentales, se configuran, al menos en un sentido formal, como democráticamente estructuradas y que están vertebradas por los valores de la libertad, de la tolerancia y de la igualdad⁸.

Un debate y una indagación acerca de este denominado Derecho penal del enemigo, por consiguiente, no podría plantearse, ni tendría sentido, en relación con la legislación de un régimen totalitario. En los regímenes de este tipo, se puede decir que en realidad toda la legislación está prendida por una antorcha de guerra contra enemigos. Estas legislaciones, a mi juicio, no pueden ser partícipes de la idea del Derecho y desde el punto de vista material no se les debe poder reconocer otro rango que el de meros dispositivos de coacción. Por otro lado, si es cierto —y, a mi juicio, lo es— que, como observa *Elías Díaz*, no es lo mismo Estado *con* Derecho que Estado *de* Derecho⁹, en los Estados totalitarios no puede reconocerse a ningún Estado de Derecho. El debate sobre un Derecho penal del enemigo, pues, sólo puede plantearse y tiene sentido en relación con el Derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales y que depositan el poder en auténticos Estados de Derecho¹⁰. Ahora bien, es evidente que en este contexto nada resuelve sobre el problema un rechazo puramente emocional, históricamente fundado, de toda pretendida diferenciación de algunos miembros de la sociedad como “enemigos”. De lo que se trata es de indagar sobre si en las sociedades democráticas existen realmente, es decir,

Derecho penal especial para extraños a la comunidad avalado por Mezger en el tiempo del nacionalsocialismo, véase *Muñoz Conde*, *El nuevo Derecho penal autoritario* (n. 3), p. 172, donde advierte que “entonces se trataba de un régimen totalitario, en el que se daba por sentado que existiera un Derecho penal de este tipo para los ‘enemigos’ o ‘extraños a la comunidad’”.

⁷ Sobre ella, véase *Muñoz Conde*, en *Díez/Romeo/Gracia/Higuera* (editores), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002 (cit. LH-Cerezo), pp. 496 ss., 504 ss. (= RP nº 9 [2002], pp. 48 ss., 54 ss.).

⁸ Véase, en sentido similar, *Muñoz Conde*, *Edmund Mezger* (n. 3), pp. 118 s. y *El nuevo Derecho penal autoritario* (n. 3), pp. 172 s.

⁹ Véase *Elías Díaz*, *Estado de Derecho*, en *Filosofía política II, Teoría del Estado*, edición de *Elías Díaz* y *Alfonso Ruiz Miguel*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 63: “no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador que es —además de descriptivo— el Estado de Derecho: un estado con Derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de Derecho (sólo algunos lo son)”; y ya antes en *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., 1981, Ed. Taurus, Madrid (reimpresión de 1986), pp. 17 s. La cuestión, no obstante, que aquí no puede ser abordada ni resuelta, es si pueden ser reconocidas como “Derecho” a las reglas o normas de Estados que no merecen ser reconocidos como Estados *de* Derecho.

¹⁰ Véase, así, *Pérez del Valle*, *CPC*, nº 75, 2001, p. 605, y además p. 613, quien frente a la opinión de que sólo podría hablarse de Derecho penal del enemigo en un Estado totalitario, considera que el problema reside en si un tal derecho “es contrario a la naturaleza de sociedades o comunidades políticas que no están asentadas en principios totalitarios” y en si “su introducción en ordenamientos democráticos implica en cierto modo una contradicción” (p. 605).

objetivamente, tipos de comportamiento antisocial de tales características que fueren a su diferenciación no sólo en el plano de la fenomenología social sino sobre todo en el de los modos de hacerles frente y de tratar a sus autores, si ello, en caso de ser afirmado, indicaría como adecuada una diferenciación asimismo de un Derecho penal específico, de características especiales y con reglas diferentes de las del Derecho penal ordinario, y en el caso de que a esto se contestara también afirmativamente, si ese Derecho penal especial podría legitimarse en el Estado de Derecho y en tal caso cuáles serían sus límites y las reglas específicas por las que debería regirse. Claro que la respuesta a todas estas preguntas irá de la mano de la respuesta al interrogante que debe emerger ya en el punto inicial, y que no es otro que el relativo a la nada evidente cuestión de si realmente existen “enemigos”, y en el caso de que existan, el relativo a la delicada y peligrosa cuestión de la determinación tanto de quiénes podrían ser encuadrados en semejante *status* como de quiénes tendrían competencia para llevar a cabo semejante determinación¹¹.

II

Para *Jakobs* sí habría individuos que tendrían que ser diferenciados como enemigos, y esa diferencia se establecería con respecto a los *ciudadanos*. Por esta razón individualiza y distingue a un Derecho penal del enemigo y lo contrapone al Derecho penal del ciudadano¹², si bien últimamente quiere relativizar dicha contraposición mediante una presentación del uno y del otro como “tipos ideales” que difícilmente aparecen en la realidad en estado puro, pues, según él, en el Derecho penal del ciudadano existirían elementos del Derecho penal del enemigo y, viceversa, en éste último también habría elementos del primero¹³.

El Derecho penal del ciudadano define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su *status* de ciudadanos¹⁴, es decir, en su condición de sujetos vinculados a y por el Derecho. El delito de un ciudadano “no aparece como principio del fin de la

¹¹ Véase, en este sentido, en actitud crítica contra el Derecho penal del enemigo, *Schünemann*, GA 2001, p. 212 y del mismo modo *Portilla Contreras*, LH-Bacigalupo I (n. 3), nota 17 de pp. 698 s.; cfr., además, en sentido parecido, *Laurenzo Copello*, RDPC n.º 12 (2003), p. 456: “es casi un lugar común preguntarse quién y con qué legitimidad podría decidir el momento y las circunstancias exactas en las que alguien traspasa la frontera de la delincuencia de ‘los ciudadanos’ para internarse en el mundo sin reglas de los ‘enemigos’ sociales”; *Muñoz Conde*, El nuevo Derecho penal autoritario (n. 3), p. 174.

¹² Véase *Jakobs*, en Estudios (n. 2), p. 298; *el mismo*, en Eser/Hassemer/Burkhardt (n. 2), pp. 51 s. y 53 s.; y *el mismo*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), *passim*, especialmente pp. 21 s., 33, 42.

¹³ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 21 s.: “no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal”, por lo que “tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros”; véase, además, *loc. cit.* pp. 47 ss. (donde habla de “ciudadanos como enemigos”) y pp. 50 ss. (donde habla de “enemigos como personas”).

¹⁴ Véase *Jakobs*, en Estudios (n. 2), p. 299: “en la medida en que haya relaciones sociales que pertenezcan al *status* de ciudadano, esas relaciones sociales pueden ser objeto de abuso, del mismo modo que se puede hacer mal uso de otros elementos de ese *status*”.

comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable”¹⁵, y por ello, concluye *Jakobs*, “el Estado moderno ve en el autor de un hecho —de nuevo, uso esta palabra poco exacta— *normal*, ... no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado —de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)— a equilibrar el daño en la vigencia de la norma”¹⁶. Esto es así cuando el autor, a pesar de su hecho, ofrece garantías de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, “como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico”¹⁷. Por ello, en principio, “un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal”, pues éste, por un lado, “tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano”, y por otro lado, “tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad”¹⁸.

Diferentes de los ciudadanos que han cometido un hecho delictivo son los enemigos. Estos son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran este déficit por medio de su comportamiento¹⁹. Las actividades y la ocupación profesional de tales individuos no tienen lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son más bien la expresión y el exponente de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del Derecho y que está dedicada a actividades inequívocamente “delictivas”. Este es el caso, por ejemplo, de los individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc. y, en general, de quienes llevan a cabo actividades típicas de la llamada criminalidad organizada. Como aclara *Silva Sánchez*, “el tránsito del ‘ciudadano’ al ‘enemigo’ se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas” y “en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo”²⁰.

Ciertamente, las actividades de tales individuos se concretan generalmente en la comisión de hechos delictivos contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, como asesinatos, lesiones, daños, extorsiones, etc., pero no son estos hechos los que constituyen la base de las regulaciones del Derecho penal del enemigo, pues en cuanto tales, los mismos en nada difieren de los realizados incidentalmente por los ciudadanos vinculados a y por el Derecho. Los datos concretos que sirven de base a las regulaciones específicas del Derecho penal del enemigo son la habitualidad y la profesionalidad

¹⁵ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 35.

¹⁶ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 36 s.

¹⁷ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 36.

¹⁸ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 28.

¹⁹ Véase *Jakobs*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (n. 2), p. 52; *el mismo*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 39 s.

²⁰ Véase *Silva Sánchez*, *La expansión* (n. 1), pp. 164 s.

de sus actividades, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de tales organizaciones²¹. Por otro lado, estas circunstancias fundamentarían respecto de los comportamientos de estos individuos un significado adicional de “negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia”²², y, por ello, representarían “peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad”²³, o quebrantos de normas “respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son especialmente vulnerables, más allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual”²⁴. En definitiva, pues, los enemigos son individuos que se caracterizan, primero, por que rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen la destrucción de ese orden, y, segundo, a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal²⁵, es decir, su comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad²⁶. Dicho de otro modo: “si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal — determinado por derechos y deberes —, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, del enemigo”²⁷.

Puesto que la existencia de enemigos en el sentido descrito es un hecho real, y puesto que la falta de seguridad cognitiva existente con respecto a ellos —esto es, el peligro que los mismos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico— es un problema que no puede ser resuelto con el Derecho penal ordinario (del ciudadano) ni tampoco con medios policiales, de ahí resulta la necesidad —que no tiene ninguna alternativa posible²⁸— de configurar un Derecho penal del enemigo diferenciado en sus principios y en sus reglas²⁹. *Jakobs* considera necesaria esta diferenciación de un Derecho penal del enemigo precisamente para poder mantener la vinculación del

²¹ Véase, *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt (n. 2), p. 52; *el mismo*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 41; *Silva Sánchez*, La expansión (n. 1), pp. 164 s.

²² Véase, en este sentido, *Silva Sánchez*, La expansión (n. 1), p. 165.

²³ Véase *Cancio Meliá*, JpD, n.º 44 (2002), p. 22, quien no obstante pone en cuestión que se puedan poner en peligro los parámetros fundamentales de las sociedades; de nuevo, en el mismo sentido, *Cancio*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 95.

²⁴ Véase *Cancio Meliá*, JpD, n.º 44 (2002), p. 22.

²⁵ Por comportamiento *personal* debe entenderse aquí aquél que está determinado por derechos y deberes, es decir, el que está motivado por las expectativas normativas del ordenamiento jurídico vigente; véase a continuación en el texto.

²⁶ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt (n. 2), pp. 52, 53; *el mismo*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 36 s., 40, 41, 47; *Pérez del Valle*, CPC n.º 75 (2001), pp. 598 s.; *Silva Sánchez*, La expansión (n. 1), pp. 164, 165.

²⁷ Así *Jakobs* en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 14.

²⁸ Aunque manifiesta reservas, *Silva Sánchez* entiende también que este Derecho penal del enemigo —que él denomina como “Derecho penal de tercera velocidad”— “es, seguramente, en algunos ámbitos *excepcionales* y por tiempo limitado, inevitable”; véase *Silva Sánchez*, La expansión (n. 1), pp. 163 s.

²⁹ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt (n. 2), p. 53.

Derecho penal general a la noción del Estado de Derecho³⁰. “Quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho” —dice— “debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada”³¹. Y ya que “no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico”, entonces “la introducción de un cúmulo —prácticamente inabarcable ya— de líneas y fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho”³². Por todo ello, y para poder seguir manteniendo un tratamiento del delincuente como persona jurídica³³ con arreglo al Derecho penal del ciudadano, la tarea —apenas comenzada— que compete aquí a la ciencia es la de identificar las reglas del Derecho penal del enemigo y separarlas del Derecho penal del ciudadano³⁴.

En realidad, este llamado Derecho penal del enemigo sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho penal, es decir, de la reafirmación del ordenamiento jurídico o de la norma infringida conforme a la ideología de la llamada actualmente prevención general positiva, de la prevención general de intimidación y de la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social. Se trataría más bien de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión e inocuización³⁵. El fin principal del Derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva. En él no se trata ya —como sucede en el Derecho penal general— de la conservación o mantenimiento del orden, sino de la producción en el entorno de condiciones soportables por medio de las cuales sean *eliminados* todos aquéllos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas³⁶. El Derecho penal del enemigo es la regulación jurídica de la *exclusión* de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto éstos son actualmente no-personas, y conceptualmente hace pensar en una *guerra* cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos³⁷. “El Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, [mientras que] el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de

³⁰ En el mismo sentido, *Silva Sánchez*, *La expansión* (n. 1), p. 166, se refiere a una especialización del Derecho penal del enemigo como reacción frente a fenómenos excepcionales que “no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho penal ‘de la normalidad’”;

³¹ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 42.

³² Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 48.

³³ Como veremos, la negación de la condición de persona al enemigo constituye el paradigma del discurso del Derecho penal del enemigo; cfr. *infra*, pp. 22 ss.

³⁴ Véase *Jakobs*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (n. 2), p. 53; y ya antes en *Estudios* (n. 2), p. 323: “el Derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos”.

³⁵ Así *Silva Sánchez*, *La expansión* (n. 1), pp. 164 s.

³⁶ Véase *Jakobs*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (n. 2), p. 53; y en sentido parecido *Pérez del Valle*, *CPC* n° 75 (2001), p. 598.

³⁷ Véase *Jakobs*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (n. 2), p. 53, y *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 33: “El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; [y] frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra”; en sentido similar *Silva Sánchez*, *La expansión* (n. 1), p. 166: “expresión de una especie de ‘Derecho de guerra’” que se traduciría en “una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos ‘excluidos’”.

libertad”³⁸. Mediante el Derecho penal del enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros³⁹, y, por ello, en él “la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”⁴⁰.

La particular y distinta finalidad del Derecho penal del enemigo tiene que dar lugar también, por fuerza, a una diferencia en sus principios constitutivos y en sus reglas operativas con respecto al Derecho penal del ciudadano. En concreto, en el Derecho penal del enemigo se renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho penal de la normalidad⁴¹. Estos principios y reglas propios del Derecho penal del enemigo vendrían impuestos por el significado de las circunstancias fácticas que caracterizan la actividad y la posición del enemigo frente a la sociedad y se configurarían como instrumentos adecuados al fin de la prevención del peligro que representa el enemigo, el cual sólo se puede alcanzar mediante su vencimiento o eliminación en la guerra desatada entre él y el Estado, y mediante su inoquización⁴².

Para hacer frente a los enemigos se recurre en las sociedades modernas a regulaciones de características tales que permitirían identificarlas como típicas de un Derecho penal del enemigo⁴³. 1) Una primera manifestación de éste está representada por aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de *preparatorios* de hechos futuros⁴⁴. Estos tipos toman como base los datos específicos de abandono permanente del Derecho y de amenaza permanente a los principios básicos de la sociedad (falta de seguridad cognitiva) y su contenido ya no es la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta informada y motivada por la pertenencia a la organización que opera fuera del Derecho. Mediante tales tipos se criminalizan conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo⁴⁵, o de conductas

³⁸ Véase *Jakobs*, en *Estudios* (n. 2), p. 298. Sobre esto, cfr. *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a. M., 1989, pp. 177 ss.

³⁹ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 33, y para el Derecho procesal penal, loc. cit., p. 45: “de nuevo, al igual que en el Derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas”.

⁴⁰ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 40; también en sentido similar, ya antes, *Dencker*, *StV*, p. 264: “no se trata en primera línea del castigo de una causación reprochable de daño social, sino de la eliminación preventiva de la fuente de peligro que constituye el hombre así definido como peligroso”; cfr. asimismo *Silva Sánchez*, *La expansión* (n. 1), p. 164, si bien negando la naturaleza de penas a tales medios de aseguramiento cognitivo.

⁴¹ Véase *Naucke*, *Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität*, en *Festschrift für G. Bemann*, Baden-Baden, 1997, pp. 81 ss., donde propone una renuncia a los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal desfavorable para la criminalidad de Estado.

⁴² Véase *Dencker*, *StV*, 1988, p. 266, donde invoca la eficacia como base de legitimación de las regulaciones del Derecho penal del enemigo.

⁴³ Cfr., para los delitos de terrorismo en nuestro Derecho, *Cancio Meliá*, *JpD*, n.º 44 (2002), pp. 23 ss.; *el mismo*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 85 s.; y para los delitos de terrorismo, tráfico de drogas e inmigración ilegal, véase *Portilla Contreras*, en *LH-Bacigalupo I* (n. 3), nota 1 de pp. 693 y pp. 708 s.

⁴⁴ Véase *Jakobs*, *Estudios* (n. 2), pp. 298 s.; *el mismo*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (n. 2), p. 52; *el mismo*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 40, 48 ss.

⁴⁵ Véase *Pérez del Valle*, *CPC* n.º 75 (2001), pp. 598 y 608 s., donde al comentar a *Hobbes*, explica esta anticipación de la punibilidad del siguiente modo: “este adelantamiento está relacionado directamente con la búsqueda

que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y alimentan su subsistencia y permanencia⁴⁶. Y así se criminalizan, por ejemplo, comportamientos de mera colaboración con bandas u organizaciones terroristas (art. 576 CP)⁴⁷ e incluso la apología de las infracciones de terrorismo o de sus autores (art. 578 CP)⁴⁸. 2) Una segunda característica del Derecho penal del enemigo sería la desproporcionalidad de las penas⁴⁹, la cual tendría una doble manifestación. Por una parte, la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo⁵⁰. Por otra parte, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones considerables y, en principio, desproporcionadas⁵¹, de las penas correspondientes a los hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de la organización⁵². 3) Para el caso alemán, *Jakobs* ve también una manifestación típica del Derecho penal del enemigo en el hecho de que numerosas leyes penales alemanas de los últimos años se autodenominen abierta y precisamente como “leyes de lucha o de combate”, lo cual representaría, según él, un “paso de la legislación penal a una legislación de combate”⁵³. 4) Un signo especialmente relevante y significativo para la identificación del Derecho penal del enemigo, y a la vez profundamente sensible⁵⁴, es la considerable restricción de garantías y derechos *procesales* de los imputados⁵⁵. Así, se pone en

de seguridad cognitiva: el cuerpo político no sabe quién es el individuo o los individuos que permanecen en estado natural y que ponen en peligro su propia subsistencia, y necesita identificarlos antes de que ese riesgo tenga lugar” y “para ello, necesita sancionar antes de que el concreto riesgo exista en la realidad”.

⁴⁶ Véase, en el mismo sentido, sobre el tipo de colaboración con las finalidades de una organización terrorista, del art. 576 CP español, *Cancio Meliá*, JpD, nº 44 (2002), p. 25.

⁴⁷ Cfr. *Cancio Meliá*, JpD, nº 44 (2002), pp. 24 s.

⁴⁸ Cfr. *Cancio Meliá*, JpD, nº 44 (2002), p. 26.

⁴⁹ Véase, sobre la inadmisibile desproporcionalidad de las penas introducida en nuestro Derecho por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, *Faraldo Cabana*, Un Derecho penal de enemigos (n. 3), pp. 318 ss.

⁵⁰ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt (n. 2), p. 52. Así, por ejemplo, el art. 576 CP establece para los actos preparatorios de colaboración con bandas armadas u organizaciones terroristas una pena de cinco a diez años de prisión y, además, multa de dieciocho a veinticuatro meses, que es superior a la de la tentat iva de homicidio y a la de casi todos los tipos de lesiones consumadas. Sobre las nivelaciones punitivas —por tanto, desproporcionadas— entre preparación y consumación en los tipos relativos al tráfico de drogas, véase *Portilla Contreras*, LH-Bacigalupo I (n. 3), p. 709 y nota 69.

⁵¹ Sobre esto, sin embargo, cfr. *infra*, p. 21 y notas 146 y 147.

⁵² Véase, por ejemplo, en nuestro Código, las agravaciones de la pena previstas con base en tal circunstancia para los delitos de blanqueo de capitales (art. 302), de defraudación a la Hacienda pública (art. 305.1, pfo. 2º, b) o a la Seguridad Social (art. 307.1, pfo. 2º, b), contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.5), o los relativos al narcotráfico (arts. 369.1.2º y 3º y 370, pfo. 1º, 2º).

⁵³ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt (n. 2), pp. 52 s.; *el mismo*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 38 ss., con cita de la relación de dichas leyes. En España, el Gobierno aprobó en septiembre de 2002 un denominado “Plan de *lucha* contra la delincuencia”, denominación que evoca una consideración del delincuente como “enemigo”; véase, en este sentido, *Zugaldía*, Seguridad ciudadana (n. 3), p. 1122.

⁵⁴ De sísmógrafo del Derecho penal liberal califica *Schulz* al Derecho procesal penal; véase *Schulz*, ZStW 112 (2000), p. 660. Por otro lado, no cabe duda sobre que es precisamente en el proceso penal donde la dignidad de la persona está más expuesta a sufrir atentados; cfr. así, *Gracia Martín*, Prólogo a Mª Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 18.

⁵⁵ Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt (n. 2), p. 52; *el mismo*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 43 ss. *Pérez del Valle*, en el contexto de su interpretación de *Hobbes*, lo explica así: “la disminución de garantías procesales es

cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento⁵⁶, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba⁵⁷, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación⁵⁸, se prescinde del — o se reinterpreta restrictivamente el— principio *nemo tenetur se ipsum accusare*⁵⁹, o, por citar sólo un exponente más, se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de “fines investigadores”⁶⁰, así como los de prisión preventiva, y en el plano teórico se reivindica incluso la licitud de la tortura⁶¹. 5) Finalmente, y aun cuando en la bibliografía no se hagan hasta ahora más que tímidas referencias⁶², no deben perderse de vista determinadas regulaciones del Derecho *penitenciario* que, sin duda, constituyen exponentes típicos del Derecho penal del enemigo. Entre ellas, cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos⁶³, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios⁶⁴, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional⁶⁵.

III

Hasta aquí, se ha mostrado que una observación de las legislaciones penales actuales, tal y como reconoce unánimemente toda la doctrina que se ocupa del Derecho penal del enemigo, ya sea para justificarlo, ya sea para rechazarlo, no deja lugar a dudas sobre la existencia de regulaciones sustantivas y sobre todo procesales que presentan los rasgos que se ven como característicos de ese Derecho penal del enemigo. Este Derecho penal del enemigo parece tener el aval de una sólida tradición filosófica en la modernidad, la cual es invocada como garantía antecedente de los

una consecuencia necesaria de la propia configuración del derecho penal de enemigo”, ya que “en realidad, el proceso penal frente a enemigos no tiene como fin la imposición de una pena (*punishment*), sino la venganza (*revenge*), de tal modo que sería discutible que, para la venganza en el estado de guerra sean necesarias garantías; véase *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), p. 609.

⁵⁶ Véase *Suckenbergs*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, pp. 42 ss.

⁵⁷ Cfr. por ejemplo *Müssig*, GA 1999, pp. 121 ss.; *Lesch*, GA 2000, pp. 355 ss.

⁵⁸ Véase *Jakobs*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (n. 2), p. 53; *el misma*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 45 s.

⁵⁹ Véase *Lesch*, GA 2000, p. 368.

⁶⁰ Al respecto, véase *Portilla Contreras*, LH-Bacigalupo I (n. 3), pp.708 s. y nota 67.

⁶¹ Así *Brugger*, JZ 2000, p. 165.

⁶² Recientemente, sin embargo, *Faraldo Cabana*, Un Derecho penal de enemigos (n. 3), pp. 317 ss., lleva a cabo un acertado estudio monográfico y crítico de los aspectos estrictamente punitivos y penitenciarios del Derecho penal del enemigo cristalizados claramente en nuestro país en la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

⁶³ Véase, críticamente y con razón, sobre el denominado “periodo de seguridad” en caso de condenas superiores a cinco años de privativas de libertad, que impide la clasificación del condenado en el tercer grado hasta que no haya cumplido la mitad de la pena impuesta, introducida en nuestro Derecho (art. 36 CP) por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, *Faraldo Cabana*, Un Derecho penal de enemigos (n. 3), pp. 318 ss.

⁶⁴ Véase, sobre la restricción del acceso a beneficios penitenciarios, introducida en nuestro Derecho por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, *Faraldo Cabana*, Un Derecho penal de enemigos (n. 3), pp. 329 ss.

⁶⁵ Véase, sobre ello tras la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, *Faraldo Cabana*, Un Derecho penal de enemigos (n. 3), pp. 332 ss.

fundamentos legitimadores actuales del Derecho penal del enemigo⁶⁶. Si bien no va a ser posible aquí desarrollar ningún debate acerca de si es cierto que de los precedentes históricos iusfilosóficos y de filosofía política invocados se pueden derivar las ideas legitimadoras que quieren extraer los defensores del Derecho penal del enemigo, me parece sumamente útil e ilustrativo exponer aquí un esbozo de dichos precedentes, y por cierto, de alguno más de los que son invocados en el discurso del Derecho penal del enemigo.

La consideración del delincuente como un enemigo —o más concretamente, lo que viene a ser lo mismo: como un “*tumor canceroso* que debe ser *eliminado* del cuerpo político”⁶⁷— se puede entender presente ya en la teoría del pacto social de la sofística griega del siglo V a. C. En el mito de Prometeo, Zeus ordena “*que al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad*”⁶⁸. En relación con ello, *Protágoras* rechaza en principio cualquier sentido retributivo del castigo y asigna a éste únicamente finalidades disuasorias y pedagógicas⁶⁹. No obstante, para quien no obedezca aun a pesar de haber sido castigado y enseñado (delincuente habitual), propone que se le expulse de la ciudad o que se le dé muerte como si se tratase de un incurable⁷⁰. Es decir, para este caso, *Protágoras* propone que el castigo se aparte de sus fines ordinarios de disuasión y educación, y que —como en el caso de los postulados actuales del Derecho penal del enemigo— el mismo se oriente sólo a la neutralización o inocuización del delincuente⁷¹. Por su parte, para el sofista del *Anónimo de Jámblico* sólo la sumisión a la ley, o sea, el estado de legalidad, hace posible la vida en común⁷². Para este sofista anónimo, el estado de legalidad es uno de los bienes supremos, pues “una legalidad debidamente establecida origina la *confianza* que produce grandes beneficios a toda la colectividad”⁷³. El estado de ilegalidad, por el

⁶⁶ Sobre todo, véase *Pérez del Valle*, CPC n.º 75 (2001), pp. 597 ss., que centra su estudio en *Rousseau* y en *Hobbes*, y *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 25 ss., quien invoca, por un lado, a *Rousseau* y a *Fichte*, de los cuales, sin embargo, se distancia, y, por otro lado, a *Kant* y, sobre todo, a *Hobbes*, cuyos discursos asume *in toto*.

⁶⁷ Véase *Guthrie*, *Historia de la Filosofía griega III*, Ed. Gredos, Madrid, 1988, p. 75.

⁶⁸ Véase *Protágoras 322d*, en *Platón*, *Diálogos I*, Introducción general por Emilio Lledó Iñigo, y trad. y notas de J. Calonge Ruiz, E. Lledó Iñigo y C. García Gual, Ed. Gredos, Madrid, 1981, p. 527.

⁶⁹ Véase *Protágoras* (n. 68), 324b, p. 529: “pero el que intenta castigar con razón no se venga a causa del crimen cometido —pues no se lograría hacer que lo hecho no haya acaecido—, sino con vistas al futuro, para que no obren mal de nuevo ni éste mismo ni otro, al ver que éste sufre su castigo. Y el que tiene ese pensamiento piensa que *la virtud es enseñable*. Pues castiga, a efectos de *disuasión*” (cursivas mías). Sobre la teoría de la pena de *Protágoras*, véase *Rossner*, *Recht und Moral bei den griechischen Sophisten*, VVF, München, 1998, pp. 71 ss.

⁷⁰ Véase *Protágoras* (n. 68), 325a, p. 530: “al que no participe es preciso enseñárselo y castigarle, tanto si es niño, como si es hombre o mujer, hasta que por medio del castigo se haga mejor, y al que no obedezca, por más que se le castigue y enseñe, hay que echarle de la ciudad o matarle como si se tratase de un incurable”.

⁷¹ Véase, en este sentido, *Rossner*, *Recht und Moral* (n. 69), p. 74; también *E. Wolf*, *Griechisches Rechtsdenken II*, Frankfurt a. M., 1952, p. 52.

⁷² Véase *Anónimo de Jámblico*, fragmento 6 n.m. 1, en la compilación de Antonio Melero Bellido, *Sofistas. Testimonios y fragmentos*, Ed. Gredos, Madrid, 1996, pp. 452 s.: “Si los hombres” —dice— “nacieron naturalmente incapacitados para vivir aislados como individuos, y hubieron de reunirse unos con otros, cediendo a la necesidad y todos los aspectos de su vida así como las invenciones prácticas han sido inventados por ellos con vistas a aquella necesidad, y, puesto que, por otro lado, no sería posible la convivencia de unos con otros, así como tampoco una existencia que no estuviera presidida por las leyes —en tal caso, se derivaría para ellos un daño mayor que el de la existencia individual—, por todas estas condiciones ineludibles, la ley y lo justo reinan entre los hombres y de ningún modo podrían ser abolidas”.

⁷³ Véase *Anónimo de Jámblico* (n. 72), fragmento 7 n.m. , p. 454 (cursiva mía).

contrario, es uno en que reinan la *desconfianza* y el *riesgo permanente*⁷⁴, lo cual da lugar a una falta la seguridad cognitiva de los comportamientos personales, y por ello, a que los hombres experimenten el temor y el miedo⁷⁵. Por esto, y puesto que “los hombres no son capaces de vivir sin leyes ni justicia”⁷⁶, a quienes no se someten a la ley les sobreviene la *guerra* que conduce a la *sumisión* y a la *esclavitud* con más frecuencia que a quienes se rigen por una recta legalidad⁷⁷.

La visión del que demuestra con sus hechos que no es capaz de regirse por el Derecho, como un individuo que, por ello mismo, tiene que ser expulsado de la sociedad, aparece constantemente, y ya con un perfil más definido, en la filosofía ética y política premoderna y moderna. En particular, se trata de la idea de que el delincuente, o por lo menos determinados delincuentes, no tienen el *status* de ciudadano o la condición de *persona*.

Rousseau, en principio, parece reconocer como “enemigos”, negándoles la condición de personas morales o de ciudadanos, por lo menos a determinados delincuentes⁷⁸. “Todo malhechor” —dice *Rousseau*—, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y, por consiguiente, de que ya no es miembro del Estado. Ahora bien, como él se ha reconocido como tal, al menos por su residencia, debe ser separado de aquél mediante el destierro, como infractor del pacto, o mediante la muerte, como enemigo público; porque un enemigo así no es una persona moral, es un hombre, y entonces el derecho de guerra consiste en matar al vencido”⁷⁹.

En sus Fundamentos de Derecho Natural, *Fichte* formula la siguiente tesis: “quien lesiona el contrato ciudadano en un punto donde en el contrato se contaba con su prudencia, sea voluntariamente o por imprevisión, pierde estrictamente de ese modo todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y queda completamente

⁷⁴ Véase *Anónimo de Jámblico* (n. 72), fragmento 7 n.m. 9, p. 455: “la buena fortuna, de hecho, no está exenta de riesgos en un estado de ilegalidad, sino que es objeto de insidias, en tanto que no se aparta la desventura, sino que se la refuerza por causa de la desconfianza y la falta de relaciones comerciales”.

⁷⁵ Véase *Anónimo de Jámblico* (n. 72), fragmento 7 nn.mm. 10-11, pp. 455 s.: “la guerra movida desde el exterior estalla con mayor frecuencia al igual que la *discordia civil*, por la misma causa, y, en caso de que no se haya producido antes, acontece en esta situación: sucede que están permanentemente en conflictos políticos, a causa de las insidias que se tienden unos a otros y que son la razón de que vivan precaviéndose de ellas y tramando otras en venganza. Y ni despiertos tienen pensamientos placenteros ni, cuando se acogen al sueño, encuentran un refugio dulce, sino lleno de angustia, y el despertar, *dominado por el miedo y el sobresalto*, devuelve al hombre a imprevisibles recuerdos de sus males” (cursivas mías).

⁷⁶ Véase *Anónimo de Jámblico* (n. 72), fragmento 7 nm. 13, p. 456.

⁷⁷ Véase *Anónimo de Jámblico* (n. 72), fragmento 7 nm. 6, p. 455.

⁷⁸ Véase sobre las posibilidades de una interpretación de los textos roussonianos en ese sentido, *Pérez del Valle*, CPC, nº 75, 2001, pp. 597 ss.; y también *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio*, (n. 1), pp. 26 s.

⁷⁹ Véase *Rousseau*, *El contrato social o Principios de derecho político*, Libro Segundo, V, citado según la edición, con estudio preliminar, y traducción, de María José Villaverde, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, reimpresión de 2000, Lib. II, cap. V, pp. 34 s.

privado de derechos⁸⁰. No obstante, *Fichte* quiere atemperar este rigor, y propone un *contrato de expiación* entre todos que se convertiría en una norma para el poder ejecutivo, y en virtud del cual todos se prometen no excluir al delincuente del Estado, sino permitirle expiar esta pena de otra manera⁸¹. Este contrato de expiación, sin embargo, no rige en ningún caso para el reo de asesinato intencional y premeditado, con el cual debe procederse sin dilaciones a su exclusión absoluta⁸². De aquí, entonces, resulta “el tratamiento completamente arbitrario del condenado; [porque] al condenado se le declara ser una cosa, una cabeza de ganado”⁸³.

También *Kant* hace afirmaciones que apuntan a considerar a algunos individuos como enemigos. *Kant* contrapone el estado de naturaleza (*status naturalis*) al estado de paz entre hombres que viven juntos o entre pueblos o Estados que se relacionan con otros⁸⁴. El estado de naturaleza es un estado de *guerra* en el cual existe una constante amenaza aun cuando no se hayan declarado las hostilidades. Un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de la necesaria seguridad, y con esto “*me está lesionando ya*, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (*facto*) ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado (*statu iniusto*), que es una constante amenaza para mí”⁸⁵. Entonces, “si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado *legal*), cada uno puede considerar como *enemigo* a quien le haya exigido esa seguridad”⁸⁶, y por ello “yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o a apartarse de mi lado”⁸⁷. Según *Kant*, la mera circunstancia de encontrarse un hombre en estado de naturaleza le convierte en enemigo, y ello es suficiente para legitimar la *hostilidad* contra él aun cuando no haya realizado una lesión de hecho, pues “la [mera] omisión de hostilidades [por él] no es todavía garantía de paz”⁸⁸.

Sin embargo, tal vez sea en *Hobbes* donde podamos encontrar la diferenciación de un Derecho Penal del enemigo con perfiles tan definidos que permitirían ver una anticipación del discurso del presente. Para *Hobbes*, los enemigos son individuos que se encuentran en el estado de naturaleza, en el cual la característica más sobresaliente, expresándolo con terminología moderna, sería la falta de seguridad cognitiva⁸⁹.

Para *Hobbes*, el bien supremo del hombre es su propia existencia⁹⁰, y en el estado de naturaleza no está asegurada, sino en permanente peligro. Por ello, observa *Welzel*,

⁸⁰ Véase *Fichte*, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, edición de Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1960, § 20 [p. 253].

⁸¹ Véase *Fichte*, *Grundlage des Naturrechts* (n. 80), § 20 [pp. 254 s.].

⁸² Véase *Fichte*, *Grundlage des Naturrechts* (n. 80), § 20.V [p. 271].

⁸³ Véase *Fichte*, *Grundlage des Naturrechts* (n. 80), § 20.V [p. 272].

⁸⁴ Véase *Kant*, *Sobre la paz perpetua*, trad. de Joaquín Abellán y presentación de Antonio Truyol y Serra, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 14 y nota 3 de pp. 14-15.

⁸⁵ Véase *Kant*, *Sobre la paz perpetua* (n. 84), p. 14 nota 3 (cursiva mía).

⁸⁶ Véase *Kant*, *Sobre la paz perpetua* (n. 84), p. 14 (cursiva de *enemigo* mía; la de *legales* del propio *Kant*)

⁸⁷ Véase *Kant*, *Sobre la paz perpetua* (n. 84), p. 14 nota 3.

⁸⁸ Véase *Kant*, *Sobre la paz perpetua* (n. 84), p. 14.

⁸⁹ Así *Pérez del Valle*, CPC nº 75 (2001), p. 607: “*Hobbes* contempla, por ello, un derecho penal de enemigo en el mismo sentido en el que la dogmática moderna discute sobre su existencia”, pues para él, “el problema se situaba en una idéntica falta de seguridad cognitiva a la que caracterizaba el estado de naturaleza”.

⁹⁰ Así en *Hobbes*, *De homine*, cap. XI, 6 (“bonorum autem primum est sua cuique conservatio”), cit. *apud Welzel*, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de Felipe González Vicén, Ed. Aguilar, Madrid, 1971, p. 120 y nota 26.

la idea central de la teoría del Derecho natural de *Hobbes* es la de “constituir un orden verdadero en la tierra, que, al menos, asegure la existencia de todos”⁹¹. En efecto, la naturaleza habría hecho a todos los hombres iguales tanto en las facultades del cuerpo como en las del alma⁹². Por esta razón, en el estado de naturaleza, faltando un poder superior que limite la libertad de los hombres, todos tienen derecho a todo⁹³. La igualdad natural de todos los hombres y el derecho común de todos a todo, sin embargo, es la causa de que el estado de naturaleza sea uno de guerra de todos contra todos en que todos los hombres se muestran entre sí como enemigos⁹⁴. Por ello, “la razón sugiere convenientes normas de paz, basándose en las cuales los hombres pueden llegar a un acuerdo”⁹⁵, es decir, a la constitución de la *sociedad* y del Estado. Para *Hobbes*, el Estado y su Derecho —observa *Welzel*— cumplen su cometido esencial si son capaces de oponer al *bellum omnium contra omnes* un orden que garantice la existencia de los ciudadanos⁹⁶. El Estado cumple su fin de protección, en primer término, mediante la promulgación de *leyes civiles*. El fin de las leyes civiles es limitar la libertad natural de los hombres para evitar que se hagan daño unos a otros, y para fomentar, por el contrario, que se ayuden mutuamente y se unan contra los enemigos comunes, pues sólo de este modo es posible la paz⁹⁷.

Ahora bien, a las leyes civiles del Estado están sujetos únicamente los *ciudadanos*, no los *enemigos*⁹⁸. Con la fundación del Estado se supera el estado de naturaleza y los individuos adquieren el *status* de *súbditos*, esto es, de *ciudadanos*. Sin embargo, sólo cabrá considerar como súbditos o ciudadanos a quienes en virtud de su renuncia a su derecho a todo y de su transferencia de algunos de sus derechos al Estado, se han *obligado* a prestar obediencia a las leyes civiles del Estado⁹⁹ y se sienten vinculados por ese *deber* de obediencia aun cuando eventualmente puedan transgredir aquellas leyes civiles por causas que se encuentran ancladas en la propia naturaleza del hombre. Ahora bien, sólo con el pacto de observancia de las leyes no está garantizada la seguridad, pues ya “se sabe por una sobrada experiencia lo poco que los hombres cumplen sus obligaciones en virtud de sus promesas”; de ahí tiene que resultar, entonces, que

⁹¹ Véase *Welzel*, Introducción (n. 90), p. 118.

⁹² Véase *Hobbes*, *Leviatán* o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil, versión, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1999, cap. 13 [pp. 113 s] y *El ciudadano*, edición bilingüe de Joaquín Rodríguez Feo, Ed. Debate-CSIC, Madrid, 1993, cap. I, 3 [p. 17]: “los hombres son por naturaleza iguales entre sí”.

⁹³ Véase *Hobbes*, *El ciudadano* (n. 92), cap. I, 10, p. 19.

⁹⁴ Véase *Hobbes*, *El ciudadano* (n. 92), cap. I, 4 ss., pp. 17 ss. y *Leviatán*, cap. 13, p. 115.

⁹⁵ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 13, pp. 117.

⁹⁶ Véase *Welzel*, Introducción (n. 90), p. 120.

⁹⁷ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 26, p. 233; vid. también cap. 21, p. 189.

⁹⁸ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 28 [n. 110, p. 267].

⁹⁹ Véase *Hobbes*, *El ciudadano* (n. 92), cap. V, 11 [n. 110, pp. 54]. Así lo interpreta también *Jakobs*. En el estado de naturaleza que define *Hobbes*, si todos tienen derecho a todo, entonces —dice *Jakobs*— nadie tiene un derecho subjetivo a nada y, por ello, nadie está *obligado* a nada. La salida de este vacío normativo total sólo está, para *Hobbes*, en el sometimiento a un poder que se genera mediante un contrato entre los que se someten a dicho poder. Este hecho del sometimiento, vinculado o previo al contrato —afirma *Jakobs*, probablemente con razón— es el que, en la concepción de *Hobbes*, fundamenta las *obligaciones*; véase *Jakobs*, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, en *Jakobs/Cancio*, *Conferencias sobre temas penales*, Universidad Nacional del Litoral, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s.f., pp. 30 ss.

“hay que velar por la seguridad no con *pactos* sino con *castigos*”, y que sólo se habrá garantizado aquélla de un modo suficiente “cuando toda injuria tenga castigos tales que claramente resulte peor haberla hecho que no”¹⁰⁰. De ahí se deduce que “toda ley civil lleva anexo un castigo”, pues “una ley que se pueda violar impunemente es inútil”¹⁰¹.

Las leyes civiles, y los castigos que ellas llevan anexos para el caso de transgresión, sin embargo, sólo son aplicables a los *ciudadanos*. En efecto, *Hobbes* distingue entre dos ordenes legales, que serían, respectivamente, el de las leyes *civiles* o del Estado y el de las leyes *naturales*¹⁰². *Hobbes* entiende que, en principio, solamente son delito los hechos definidos como tales por la ley *civil*¹⁰³, que los castigos que ésta lleva anejos para el caso de su transgresión sólo se aplican a los ciudadanos¹⁰⁴ y que el delincuente, también en principio, como deduce *Jakobs*, conserva su rol de ciudadano, esto es, queda dentro del Derecho aun a pesar de que haya transgredido la ley civil y de que haya sido castigado conforme a ésta¹⁰⁵. Esto se explica porque el que comete delitos contra las leyes del Estado lo hace por motivos diversos que pueden verse como “normales”¹⁰⁶ e incluso como enfermedades consubstanciales a la naturaleza del hombre y de todas las demás criaturas vivientes¹⁰⁷; por otro lado, también se da el caso de que algunos actúan contra las leyes por debilidad humana aunque deseen cumplirlas¹⁰⁸, y en todo caso, parece que debe tenerse en cuenta que “*todos* los hombres eligen por *necesidad natural* lo que *aparece como bueno para ellos*”¹⁰⁹. Por esto, el que infringe la ley civil es un ciudadano, y más aún, sólo los ciudadanos o súbditos pueden transgredir la ley civil¹¹⁰; el castigo que se le impone conforme a dicha ley civil, entonces, lo es en cuanto *mal ciudadano*¹¹¹, y por este hecho no pierde ese *status* de ciudadano¹¹².

El derecho de castigar del Estado, por el contrario, ya no es adecuado ni procedente con respecto a los enemigos. *Hobbes* dice textualmente que “los castigos que están estipulados por la ley sólo son aplicables a los súbditos, no a los enemigos”¹¹³. De la ley natural que ordena perdonar las ofensas deriva que el perdón es precisamente un

¹⁰⁰ Véase *Hobbes*, El ciudadano (n. 92), cap. VI, 3, p. 57.

¹⁰¹ Véase *Hobbes*, El ciudadano (n. 92), cap. XIV, p. 126.

¹⁰² Véase *Hobbes*, El ciudadano (n. 92), cap. II, pp. 22 ss., cap. III [pp. 31 ss.], cap. IV [pp. 43 ss.], cap. VI, 16 [pp. 63 s.], cap. XIV, 4-5 y 20-22 [pp. 124 s. y 131 ss.]; *Leviatán* (n. 92), cap. 14, pp. 119 ss., cap. 15 [pp. 131 ss.], cap. 27 [pp. 251 ss.] y cap. 28 [pp. 265 ss.].

¹⁰³ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 27, p. 252: “cuando la ley civil desaparece, los delitos desaparecen”; El ciudadano (n. 92), cap. VI, 16, pp. 63 s..

¹⁰⁴ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 28, p. 268.

¹⁰⁵ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 29.

¹⁰⁶ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 27, pp. 254 s., donde explica que los hombres propenden a violar las leyes de tres maneras y a causa de “un defecto de razonamiento, es decir, debido al error”: por presumir falsos principios, por la influencia de falsos maestros que interpretan mal la ley de la naturaleza y por inferencias erróneas deducidas de principios verdaderos.

¹⁰⁷ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 27, p. 256, donde menciona como tales el odio, la lujuria, la ambición y la codicia.

¹⁰⁸ Véase *Hobbes*, El ciudadano (n. 92), cap. XIV, 18, p. 130.

¹⁰⁹ Véase *Hobbes*, El ciudadano (n. 92), cap. VI, 3, p. 57.

¹¹⁰ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 28, pp. 267 s.

¹¹¹ Véase *Hobbes*, El ciudadano (n. 92), cap. XIV, 22, p. 133.

¹¹² Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 29.

¹¹³ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 28, p. 268.

modo de “conceder la paz”, pero el perdón está excluido para los enemigos, pues si la paz “se concede a quienes perseveran en su hostilidad, ya no será entonces paz, sino miedo”¹¹⁴. *Hobbes* tiene por *enemigos* a quienes mediante su renuncia al pacto general de obediencia revelan no estar dispuestos a observar las leyes de naturaleza¹¹⁵ y, en la medida en que de dicho pacto “se deriva la obligación de observar todas y cada una de las leyes civiles”¹¹⁶, tampoco ninguna de estas leyes civiles. Los hechos (pecados)¹¹⁷ que cometen los enemigos constituyen *crímenes de lesa majestad*, consistentes en dichos o hechos por los que “un ciudadano o un súbdito declara no tener ya la voluntad de obedecer al hombre o a la asamblea que ostenta el poder supremo del Estado”¹¹⁸, o bien en actos de “hostilidad contra la organización actual del Estado” y “contrarios a una ley fundamental”¹¹⁹. Por esto, aquél que tiene garantías suficientes de que los demás observarán las leyes naturales para con él, y, no obstante, “no está dispuesto a observarlas para con ellos, estará de hecho buscando la guerra, y no la paz y, consecuentemente, estará buscando la destrucción de su naturaleza por la violencia”¹²⁰. De ahí resulta, entonces, que el daño que produzca el Estado a un enemigo, no puede ser calificado ya como *castigo*¹²¹, sino más bien como actos *legales* de hostilidad por medio de los cuales el Estado puede imponer legalmente al enemigo todo el daño que le parezca oportuno, y esto porque “al negar su sujeción a la ley, un individuo niega también el castigo que legalmente ha sido determinado, y, por tanto, sufrirá las consecuencias que se derivan de ser un enemigo del Estado, es decir, que estará a merced de la voluntad del representante”¹²². En definitiva, “a los *rebeldes, traidores* y demás convictos de *lesa majestad*” ya no se les castiga “según el *derecho civil*, sino según el *natural*; esto es, no como a *malos ciudadanos* sino como a *enemigos del Estado*; y no por derecho de *gobierno* o de *dominio*, sino por *derecho de guerra*”¹²³.

En *Hobbes* encontramos ya la mayor parte de las reglas concretas que deben configurar al Derecho penal del enemigo y que, desarrolladas actualmente por los defensores de tal Derecho, parecen encontrar una plasmación positiva en determinadas regulaciones legales de nuestro tiempo. *Hobbes* contabiliza entre los crímenes de lesa majestad que caen en el ámbito del derecho de guerra contra los enemigos a hechos que

¹¹⁴ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 15, p. 138: por el contrario, “si no se concede a quienes dan garantía de futuro, entonces es una aversión a la paz, y, por tanto, una actitud contraria a la ley natural”.

¹¹⁵ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 15, p. 142.

¹¹⁶ Véase *Hobbes*, *El ciudadano* (n. 92), cap. XIV, 20, pp. 131 s.

¹¹⁷ Sobre la distinción entre pecado y delito en *Hobbes*, véase *Leviatán* (n. 92), cap. 27, pp. 127 s.

¹¹⁸ Véase *Hobbes*, *El ciudadano* (n. 92), cap. XIV, 20, p. 132.

¹¹⁹ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 27, p. 263. Para *Hobbes*, “una ley fundamental es aquella que, si se anula, el Estado se derrumba y disuelve por completo”, mientras que “una ley no fundamental es aquella cuya anulación no trae consigo la disolución del Estado”, como por ejemplo “las leyes que se refieren a las controversias entre súbdito y súbdito”; véase *Leviatán* (n. 92), cap. 26, pp. 248 s.

¹²⁰ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 15, p. 142.

¹²¹ Para *Hobbes*, “un castigo es un mal infligido por autoridad pública a quien ha hecho u omitido algo que esa misma autoridad juzga ser una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres esté por ello mejor dispuesta a la obediencia”; *Leviatán* (n. 92), cap. 28, p. 265.

¹²² Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 28, pp. 267 s.: “porque los castigos que están estipulados por la ley sólo son aplicables a los súbditos, no a los enemigos; y tales son quienes, habiendo actuado con anterioridad como súbditos, se rebelan deliberadamente y niegan el poder soberano”.

¹²³ Véase *Hobbes*, *El ciudadano* (n. 92), cap. XIV, 22, p. 133, y además, *Leviatán* (n. 92), cap. 28, pp. 267 s.

suponen un claro adelantamiento de la punibilidad al estadio previo, es decir, hechos que sólo tienen el carácter de actos preparatorios¹²⁴. En efecto, como crímenes de lesa majestad, *Hobbes* menciona no sólo a los actos contrarios a una ley fundamental, sino también a los consistentes en “hacer planes”¹²⁵, y a actos que muestran claramente los caracteres típicos de la provocación para la efectiva desobediencia al soberano¹²⁶. Por otro lado, mientras que un exceso de pena no puede ser considerado ya como castigo cuando se aplica a un ciudadano, sino que es más bien un acto de hostilidad¹²⁷, en el caso de los enemigos está justificado el daño desproporcionado¹²⁸, ya que el mismo no es infligido por vía de castigo, sino por derecho de guerra¹²⁹. El castigo de ciudadanos inocentes es contrario a la ley de la naturaleza, pero no lo es en el caso del enemigo inocente, pues “en la guerra, la espada no hace distinciones, ni tampoco los hace el vencedor entre culpables e inocentes”; por ello, la venganza no sólo debe aplicarse al rebelde, sino que también “a los padres [y] a la tercera y cuarta generación de descendientes suyos que aún no han nacido y que, en consecuencia, son inocentes del hecho por el que tienen que padecer”¹³⁰. *Hobbes* define a lo largo de su obra determinadas garantías procesales, como la inexistencia de un deber de acusarse a sí mismo, al padre, a la esposa o al benefactor, la invalidez de la confesión obtenida mediante tortura¹³¹, y, en cierto modo, la presunción de inocencia, al entender contrario a la ley de naturaleza el castigo de un inocente¹³². En *Hobbes*, en lo que alcanzo a ver, no hay ninguna referencia explícita a la disminución de garantías procesales para los enemigos, pero ello tiene que ser una consecuencia necesaria si tenemos en cuenta que ésa es tal vez la característica más pronunciada del Derecho penal del enemigo en las concepciones actuales. En efecto, como observa *Pérez del Valle*, ello parece ser una consecuencia necesaria, pues el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una pena, sino la venganza, y sería discutible que para una venganza en estado de guerra fueran necesarias garantías¹³³.

¹²⁴ Sobre ello, *Pérez del Valle*, CPC nº 75 (2001), pp. 608 s.

¹²⁵ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 27, p. 263.

¹²⁶ Véase *Hobbes*, *El ciudadano* (n. 92), cap. XIV, 20, p. 132, pues “el ciudadano declara tal voluntad [de no obedecer al soberano] de hecho cuando ataca o *trata* de atacar a las personas que o tienen el poder supremo o cumplen órdenes de quien lo tiene” y “manifiestan la misma voluntad de palabra los que niegan abiertamente que ellos o los demás ciudadanos estén obligados a tal obediencia”. Cabe destacar que *Hobbes* menciona entre los delitos que se agravan por el escándalo que producen, el que “un maestro en leyes mantenga algún punto de doctrina o realice algún acto que tienda a la debilitación del Estado”, porque un hombre de reputada sabiduría “hace que muchos sigan sus consejos o imiten sus acciones”, y por ello no sólo cometen un delito, “sino que están enseñándose a los demás como ley” y esto “hace caer a los hombres más débiles que no miran por sí mismos el camino por el que van, sino que siguen la luz que otros llevan delante de ellos”; véase *Leviatán* (n. 92), cap. 27, pp. 262 s.

¹²⁷ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 28, p. 267.

¹²⁸ Véase *Pérez del Valle*, CPC nº 75 (2001), p. 609.

¹²⁹ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 28, pp. 267 s.

¹³⁰ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 28, pp. 270 s.

¹³¹ Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 14, p. 127.

¹³² Véase *Hobbes*, *Leviatán* (n. 92), cap. 28, p. 270.

¹³³ Véase *Pérez del Valle*, CPC nº 75 (2001), pp. 609 s.

IV

El recorrido que acabo de hacer por la Historia de las ideas políticas y jurídicas deja en claro que los defensores actuales del llamado Derecho penal del enemigo disponen de un serio aval histórico-filosófico como garantía de su doctrina. Esto no sólo parece que debe estar fuera de discusión, sino que en realidad, si bien se mira, en la doctrina actual del derecho penal del enemigo apenas encontramos ideas nuevas ni fundamentaciones originales, pues casi todos los principios y reglas que se definen como propias de aquél se encuentran ya claramente perfilados en el pasado que acabo de describir, sobre todo en las doctrinas hobbesianas, en las cuales hallamos incluso derivaciones o conclusiones programáticas acerca de cómo ha de configurarse un Derecho positivo del enemigo como un Derecho de guerra. Por lo demás, la idea de que en el caso de determinados delincuentes se trata en realidad de *enemigos* de la sociedad, perdura en el último tercio del siglo XIX y primero del XX. Como es sabido, así consideraba *v. Liszt*¹³⁴ a los reincidentes, a los habituales y a los delincuentes por tendencia¹³⁵, para los cuales propuso la prisión perpetua o la prisión con duración indeterminada, incluso la pena de azotes como pena disciplinaria y, en todo caso, la pérdida obligatoria y duradera de los derechos civiles y políticos¹³⁶.

Por otro lado, parece incuestionable que en la sociedad moderna existen formas de criminalidad diferenciadas de las que, con *Jakobs*, podríamos denominar como “normales”¹³⁷, no solo por su alto potencial de lesividad social sino también por las características específicas de los autores desde el punto de vista o desde la perspectiva criminológica. Así por ejemplo, ya hace tiempo que la investigación criminológica ha demostrado que la criminalidad económica, objetivamente, supera a la tradicional criminalidad contra el patrimonio tanto en el grado de lesividad social¹³⁸ como en la producción de daños materiales e inmateriales¹³⁹, y por otro lado el Derecho penal económico, a la hora de definir sus contenidos, no ha podido desprenderse totalmente de la definición de delito económico orientada al autor en perspectiva criminológica y formulada en los años 40 del siglo pasado por *Sutherland*, como aquél que es cometido

¹³⁴ Cfr. sobre ello *Muñoz Conde*, en *Doxa* 15-16 (1994), pp. 1031 ss.; *el mismo*, Edmund Mezger (n. 3), pp. 35 ss.

¹³⁵ Véase *v. Liszt*, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze I*, Berlin, 1905, p. 167, donde dice con respecto a los “mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, estafadores y gentes del mundo galante en el más amplio sentido de la palabra, degenerados psíquicos y físicos”, que “todos ellos forman un ejército de *enemigos fundamentales del orden social*, en el que los delincuentes habituales constituyen su Estado Mayor”.

¹³⁶ Véase *v. Liszt*, en *Strafrechtliche Vorträge* (n. 135), 1905, p. 170.

¹³⁷ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 35.

¹³⁸ Así *Hans-Jörg Albrecht*, *Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas*, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 263, estima, con razón, que “la criminalidad económica representa la ‘criminalidad del futuro’ y contiene un potencial de riesgo para las modernas sociedades incomparablemente más grande que la criminalidad tradicional”; y, en el mismo sentido, véase, por ejemplo, *Dannecker*, en *Wabnitz/Janovsky*, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2000, p. 10 nm. 9.

¹³⁹ Véase, por ejemplo, los datos estadísticos que, para el caso de Alemania, citan *Hans-Jörg Albrecht*, *Investigaciones* (n. 213), p. 267; *Dannecker*, en *Wabnitz/Janovsky* (n. 213), pp. 11 ss. nm. 12 ss.; *Richter*, en *Müller-Gugenberger/Bieneck* (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., Verlag Dr. Otto Schmitt, Köln, 2000, pp. 138 ss. nm. 19 ss.

“por una persona respetable y de elevado *status* social, en el marco de su profesión”¹⁴⁰. También los diversos tipos de criminalidad organizada se manifiestan como realidades fenoménicas diferenciadas¹⁴¹. Además de las organizaciones terroristas, y de la criminalidad de Estado, existe un amplio abanico de actividades delictivas que por sus objetos podemos denominar como inequívocamente ilícitas¹⁴², en el sentido de que se oponen de raíz y frontalmente a valores sociales fundamentales e incluso a las estructuras sociales básicas; piénsese por ejemplo en el tráfico de drogas, en la falsificación y tráfico de moneda, en el tráfico de armas, de órganos humanos, de personas para la prostitución, de niños para la adopción, de inmigrantes o en el blanqueo de capitales¹⁴³. Al margen de la elevada lesividad social que supone este tipo de criminalidad, ha de prestarse atención sobre todo al hecho de que tales actividades son impensables sin la utilización de sólidas redes logísticas y sin el establecimiento de eficientes estructuras organizativas, todo lo cual hace que en un contexto de globalización como el actual, las organizaciones dedicadas a tales actividades criminales gocen en algunos casos de mayor poder que los Estados, o, por lo menos, que escapen al control político y jurídico de estos¹⁴⁴ y que, con ello, la persecución y castigo de esas actividades criminales, como ha dicho con razón *Hans-Jörg Albrecht*, adolezca de un déficit crónico¹⁴⁵.

Pues bien, si estas formas de criminalidad constituyen una permanente falta de seguridad cognitiva, como, según parece, no puede ser negado; si la sociedad demanda

¹⁴⁰ Definición tomada de *Tiedemann*, Poder económico y delito, traducción de Amelia Mantilla Villegas, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, p. 10. Como indicaron *Bajo/Suárez*, la usual definición criminológica de la delincuencia económica como el conjunto de infracciones lesivas del orden económico cometidas por personas de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional “no es más que la adaptación a la delincuencia económica de la definición que *Sutherland* en 1939 refirió a la delincuencia de cuello blanco”; véase *Bajo/Suárez*, en *Bajo/Pérez Manzano/Suárez*, Manual de Derecho penal. Parte Especial, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 569 núm. 28; *Bajo Fernández*, Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial, Ed. Civitas, Madrid, 1978, pp. 47 ss.

¹⁴¹ Véase, por ejemplo, *Hans-Jörg Albrecht*, Investigaciones (n. 138), pp. 274 ss.; *Panhuber/Harder*, en *Wabnitz/Janovsky* (n. 139), pp. 342 ss. nm. 2 ss.; *Richter*, en Müller-Gugenberger/Bieneck (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht* (n. 139), pp. 141 ss. nm. 1 ss.

¹⁴² El importante concepto dogmático de “objeto inequívocamente ilícito” se lo debe la doctrina jurídico penal a *Gimbernat*, quien lo formuló —por primera vez en 1991, y con motivo de su investigación sobre los delitos contra la propiedad intelectual— como presupuesto de la asimismo importante y dogmáticamente fructífera categoría de los —también por él mismo denominados— “delitos con objeto plural inequívocamente ilícito”; estos delitos “tienen en común que se realizan *sobre una pluralidad de cosas o una cantidad indeterminada de mercancías*, que ostentan, *ab initio* o en un momento posterior, un *inequívoco carácter delictivo*”; véase *Gimbernat*, en JD, nº 13 (1991), pp. 35 ss., publicado también en EPyC, XV, 1992, pp. 99 ss. y recogido en sus Ensayos penales, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 429 ss. Hasta donde alcanzo, en la doctrina española sólo el autor que suscribe este trabajo se ha hecho eco de la categoría de delitos formulada por *Gimbernat*, asumiéndola sin reservas en la interpretación del moderno tipo delictivo del art. 160 CP—uno con objeto plural inequívocamente ilícito— de utilización de la ingeniería genética para la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana; véase *Gracia Martín*, en *Diez/Gracia*, Comentarios al Código penal. Parte Especial I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 675 s. nm. 9-11.

¹⁴³ Véase *Gimbernat*, en sus Ensayos penales (n. 142), pp. 430 s.

¹⁴⁴ Véase, sobre todo ello, por ejemplo *Hans-Jörg Albrecht*, Investigaciones (n. 138), p. 263; *Schünemann*, Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht, en Kühne/Miyazawa, *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 32 (= *Schünemann*, Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 65 s.); *Gracia Martín*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 89 ss.

¹⁴⁵ Véase *Hans-Jörg Albrecht*, Investigaciones (n. 138), p. 263.

seguridad al Estado ante todos esos peligros; y si el derecho penal no puede prestarla adecuadamente debido a ese déficit crónico de eficacia en la persecución y castigo de sus autores; ¿estará justificada y deberá procederse con respecto a esa criminalidad a la institución de un derecho penal especial diferenciado en sus reglas del derecho penal común? ¿Podría legitimarse este derecho penal en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho? A estas preguntas ha respondido afirmativamente *Jakobs*, el cual, además, no ve ninguna otra alternativa que ese Derecho especial al que denomina como “Derecho penal del enemigo”. Pero entonces, ¿cómo se fundamenta éste?

V

Para entender bien la cuestión de la fundamentación del Derecho penal del enemigo, me parece conveniente hacer algunas precisiones. Parece que debe estar fuera de duda que las circunstancias de la realidad fenoménica en torno a las cuales se quiere justificar la construcción de un Derecho penal del enemigo, poseen un significado específico y diferenciado, y que dicho significado puede ser determinante de una valoración jurídico penal específica de tales circunstancias. Así, por ejemplo, el que un hecho determinado se realice por un sujeto en el curso de la actividad de una organización a la que sirve o pertenece, o el que un hecho sea realizado por un sujeto dedicado profesionalmente a ello o que lo realiza de modo habitual, son circunstancias de carácter objetivo o personal, según el caso, cuya valoración con criterios específicamente jurídico-penales puede dar lugar a un juicio de mayor gravedad de lo injusto, por ejemplo porque tales circunstancias supongan una mayor peligrosidad objetiva de la acción o porque la comisión habitual o profesional de ciertos delitos suponga una mayor lesividad social que el hecho aislado ocasional¹⁴⁶, en cuyo caso estará justificada y será conforme con el principio de proporcionalidad una agravación de la pena¹⁴⁷. Aunque en virtud del principio de subsidiariedad y de *ultima ratio* haya que partir de la impunidad general de los actos preparatorios, esto no supone que el Derecho Penal no pueda penar excepcionalmente algunos actos preparatorios diferenciados por su especial peligrosidad, como es el caso por ejemplo de la conspiración, de la proposición y de la provocación para delinquir en relación con ciertos delitos graves¹⁴⁸; en la medida

¹⁴⁶ En este sentido, por ejemplo, véase *Roxin*, AT I, 3ª ed., 1997, p. 139 nm. 16, quien entiende, a mi juicio con razón, que, por ello mismo, no cabe entender que los tipos penales que incorporan a la habitualidad o a la profesionalidad puedan ser comprendidos como exponentes de un Derecho penal de autor.

¹⁴⁷ Véase, en ese sentido, *Roxin*, AT I, 3ª ed., 1997, p. 139 nm. 16. Como entiende *Cancio*, JpD, nº 44 (2002) p. 24, estas agravaciones no tienen que ser interpretadas necesariamente como características del Derecho penal del enemigo —al cual él, por lo demás, rechaza *in toto*—, sino que pueden ser fundamentadas mediante los criterios del Derecho penal ordinario, y así entender que “la existencia de una *organización* confiere especial peligrosidad a las conductas” y por ello, entonces, tal circunstancia “puede —debe— ser tenida en cuenta por la tipificación penal”. En este caso, pues, no cabría ver en las mencionadas agravaciones ningún elemento de Derecho penal del enemigo, pues su fundamento radicaría en la mayor peligrosidad de la acción y, por ello, en la mayor gravedad de lo injusto. Como sugiere con carácter general *Silva Sánchez*, *La expansión* (n. 1), p. 166, el principio de proporcionalidad será el criterio que permita deslindar las regulaciones jurídicas del Derecho penal “de la normalidad” de las que se salen del mismo y entran en el Derecho penal del enemigo.

¹⁴⁸ Sobre el fundamento de la punibilidad de estos actos preparatorios, véase, por ejemplo, *Antón Oneca*, PG, p. 437 (“su finalidad captadora de voluntades”); *Mir Puig*, PG, 7ª ed. (2004), p. 340 nm. 30 (“la *especial peligrosidad* que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal”).

en que los actos preparatorios punibles tengan señalada una pena inferior a la de la tentativa del delito correspondiente y, por supuesto, a la de la consumación, su punibilidad no será contraria al principio de proporcionalidad.

Si el llamado Derecho penal del enemigo se redujera a manifestaciones jurídicas como las descritas, entonces es evidente que no podría objetarse nada contra él. Aquella expresión no tendría otro valor que el de una mera descripción formal sin consecuencias materiales, lo mismo que sucede con denominaciones como, por ejemplo, Derecho Penal sexual, Derecho Penal de Funcionarios, o Derecho Penal laboral, etc. Pero como ya vimos, sí parecen existir regulaciones jurídicas específicas que se apartan de las reglas y de los principios del Derecho penal que podemos denominar ahora como “ordinario”. La existencia, empero, de un Derecho Penal del enemigo autónomo y diferenciado supone que el mismo debe construirse “fuera de” las fronteras que delimitan el campo del Derecho Penal ordinario. Esto significa, entonces, que el Derecho Penal del enemigo tiene que constituirse en referencia a algún paradigma sustancialmente diferente al del Derecho Penal ordinario y que sus reglas sean unas completamente diferentes a las de éste, pues de lo contrario, si fueran coincidentes, ya no se trataría de ningún ordenamiento distinto de carácter excepcional y autónomo.

Pues bien, el paradigma en torno al cual pretenden constituir el Derecho Penal del enemigo sus defensores se define con la idea de que a los individuos en quienes concurren las circunstancias típicas que se han descrito más atrás, se les atribuiría la condición de “enemigos” del sistema social, atribución que presupone la privación y negación de la condición de *personas* a tales individuos y la consideración de los mismos como *no-personas*. El Derecho penal “ordinario”, en cambio, se dirige a las *personas*. En el Derecho Penal del enemigo, por ello, no pueden regir los principios ni las reglas del Derecho Penal de las personas, y los enemigos, esto es, las *no-personas*, no pueden invocarlos ni exigir la observancia de aquéllos en su favor. En este sentido, no le falta razón a Cancio cuando ve a este Derecho penal del enemigo como un Derecho penal de autor¹⁴⁹.

Según *Jakobs*, con el Derecho penal del enemigo se trata de combatir a *individuos* que en su actitud, por ejemplo en el caso de delitos sexuales, en su vida económica, por ejemplo en el caso de la criminalidad económica, o mediante su incorporación a una organización, por ejemplo en el caso del terrorismo o en la criminalidad organizada, se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que sería necesaria para su tratamiento como *personas*¹⁵⁰. Pues “un *individuo* que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía” —dice *Jakobs*— “no puede participar de los beneficios del concepto de *persona*”¹⁵¹. En el mismo sentido se pronuncia *Lesch*, discípulo de *Jakobs*. Según él, sólo en la medida en que el individuo acepta el orden social constituido adquiere el *status* de persona, y si no lo acepta se convierte en una criatura animal, y, en consecuencia, el ordenamiento carece de razones para defender sus

¹⁴⁹ Véase Cancio, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 100 ss.

¹⁵⁰ Véase *Jakobs*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (n. 2), p. 53, y en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 38 ss.

¹⁵¹ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 40 (cursivas mías).

intereses¹⁵². Por todo ello, dice *Jakobs*, la reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza por que no se trata en primera instancia de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro¹⁵³ cuya fuente son los individuos que rechazan el *status* de ciudadano y se encuentran y permanecen en el estado de naturaleza. Ahora bien, éste es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva, de modo que quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación¹⁵⁴. Por lo tanto, dice *Jakobs*, “el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones; por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad”¹⁵⁵.

La privación y la negación de la condición de *persona* a determinados individuos, y con ello la atribución a ellos de la condición de enemigos, constituye, pues, el paradigma y el centro de gravedad del Derecho Penal del enemigo como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo con respecto al Derecho penal ordinario, de la normalidad o del ciudadano. “Los enemigos” —afirma sin ambages *Jakobs*— “son actualmente no-personas (*Unpersonen*)”¹⁵⁶. Esta privación y negación de la condición de persona a determinados individuos sólo resulta posible en la medida en que se reconozca que la cualidad de persona, esto es, la personalidad, no es, en principio, algo dado por la naturaleza, sino más bien —y así parece que tiene que ser aceptado y reconocido— una atribución normativa, ya sea de carácter moral, social y/o jurídico¹⁵⁷. En este sentido, pues, dice *Dal Lago*, “una persona existe sólo en tanto que su ‘humanidad’ no ha sido revocada o anulada”¹⁵⁸.

Aunque pueda parecer verosímil la afirmación de *Portilla* de que la columna vertebral del modelo sistémico aplicado por *Jakobs* y por sus seguidores para la construcción del concepto doctrinal del Derecho penal del enemigo, pudiera radicar en la noción de persona elaborada por *Luhmann*¹⁵⁹, me parece preciso adoptar precauciones ante semejante afirmación. Es cierto que para *Jakobs*, como para *Luhmann*, existiría, por un lado, una tajante separación entre el individuo, entendido como sistema psíquico que opera mediante la conciencia, y la sociedad, entendida como sistema que opera mediante la comunicación¹⁶⁰, de tal modo que la conciencia y la comunicación siguen

¹⁵² Véase *Lesch*, GA, 2000, pp. 362.

¹⁵³ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 40.

¹⁵⁴ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 40 s.

¹⁵⁵ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 42 s.; en el mismo sentido *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), p. 608.

¹⁵⁶ Véase *Jakobs*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (n. 2), p. 53.

¹⁵⁷ Sobre ello véanse las interesantes explicaciones de *Dal Lago*, *Personas y no-personas*, en *Silveira Gorski*, *Identidades comunitarias y democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, pp. 127 ss., 130 ss.

¹⁵⁸ Véase *Dal Lago*, *Personas y no-personas* (n. 137), p. 128.

¹⁵⁹ Véase *Portilla*, LH-Bacigalupo I (n. 3), p. 699, y la exposición que hace sobre la concepción de *Luhmann*, en *loc. cit.*, pp. 699 ss.

¹⁶⁰ En efecto, como resume con claridad y precisión *Izuzquiza*, para *Luhmann*, la sociedad es un sistema autorreferente, que tiene en la comunicación su rasgo más característico, y que, por ello, no está compuesta por hombres, sino por comunicaciones, y por otro lado, *Luhmann* rechaza el concepto antropológico de hombre como

cada una sus reglas propias e independientes¹⁶¹; y por otro lado, la *persona*, diferente del sistema psíquico, constituiría el puente que permite la conexión o el acoplamiento entre los sistemas psíquicos (conciencias) y los sociales (comunicaciones)¹⁶². Sin embargo, el mismo *Jakobs* ha tenido a bien aclarar expresamente, en primer término, que las consecuencias que puede tener la diferenciación entre sistemas psíquicos y sociales para el sistema jurídico, se encuentran, no obstante, a “una enorme distancia con respecto al Derecho *penal*”, y, en segundo término, que un conocimiento sólo superficial de la teoría de los sistemas de *Luhmann* permite advertir rápidamente que sus concepciones —*sic.*: las del propio *Jakobs*— “no son en absoluto consecuentes con dicha teoría [*sic.*: la de *Luhmann*], y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales”¹⁶³.

Jakobs distingue entre *individuos* y *personas*¹⁶⁴. El individuo como tal pertenece al orden natural; es el ser sensorial tal y como aparece en el mundo de la experiencia —el *homo phenomenon* en términos kantianos—, y si a los individuos humanos se los concibe como animales inteligentes, el código por el que se conducen es el de la satisfacción e insatisfacción conforme a las propias preferencias e intereses, o sea, sin referencia a ninguna configuración objetiva —y, por ello, limitativa de las posibilidades de acción— del mundo externo en que participan otros individuos¹⁶⁵. *Servata*

componente de la sociedad, de tal modo que el sujeto humano es un sistema que no forma parte de la sociedad, sino que se encuentra en el entorno de los sistemas sociales; véase *Izuzquiza*, *La sociedad sin hombres*. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo, Anthropos Editorial del Hombre, Barcelona, 1990, pp. 229 s.

¹⁶¹ Véase *Jakobs*, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pp. 15 s.; *Luhmann*, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, traducción de Silvia Pappe y Brunhilde Erker, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate, 2ª ed. en español, Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana/CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, Barcelona, 1998, pp. 236 ss.; Como resume *Izuzquiza*, *La sociedad sin hombres* (n. 160), p. 239, en la teoría de *Luhmann* “la conciencia y la comunicación, es decir, los sistemas psíquicos y sociales, mantienen una relación de acoplamiento, de sincronía, nunca una relación de inclusión. Sólo la interpenetración puede relacionar ambos tipos de sistemas”.

¹⁶² *Cfr.* *Luhmann*, *La forma persona, en la compilación de sus ensayos “Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia”*, edición y traducción de Josetxo Beriain y José María García Blanco, Ed. Trotta, 1998, pp. 242 ss.: “La forma de la persona sirve exclusivamente para la autoorganización del sistema social, para resolver el problema de la doble contingencia limitando el repertorio de conducta de los participantes”, es decir, que si bien los sistemas psíquicos y sociales operan como sistemas separados y operativamente cerrados, ello no quiere decir que no se produzcan entre ambos relaciones indispensables que se verifican a través de *acoplamientos estructurales* completamente compatibles con la autonomía autopoietica de los sistemas operativamente separados (p. 242), y precisamente *las personas* “sirven al acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales” porque “hacen posible que los sistemas psíquicos experimenten en su propio yo las limitaciones con las que contarán en el tráfico social” (p. 243). Para *Jakobs*, véase *Sociedad, norma y persona* (n. 161), pp. 50 ss. y *el mismo*, *Sobre la génesis de la obligación jurídica* (n. 99), pp. 44 ss.

¹⁶³ Véase *Jakobs*, *Sociedad, norma y persona* (n. 161), p. 16. Más allá de esto, creo mas bien que una indagación arqueológica en el discurso de *Jakobs*, a mi juicio sólo lingüísticamente diferenciado en un plano formal, revela claramente que sus raíces más profundas se hunden en *Kant* y *Hegel*, en *Rousseau* en parte, y —pero sobre todo— en *Hobbes*, o que, al menos, se configura a partir del sentido que *Jakobs* extrae de determinados textos de estos autores; *cfr.* sobre todo, *Jakobs*, *Sociedad, norma y persona* (n. 163), pp. 29 ss., 50 ss. y 69 ss., así como también, *el mismo*, *Sobre la génesis de la obligación jurídica* (n. 99), pp. 38 ss. y en *Jakobs/Cancio* (n. 1), *passim*, especialmente pp. 25 ss. *Jakobs* considera, no obstante, insuficiente el enfoque contractualista que informa los discursos de la mayor parte de estos autores; véase *Jakobs*, *Sobre la génesis de la obligación jurídica* (n. 99), pp. 36 ss.

¹⁶⁴ Le sigue *Pawlik*, GA 1998, p. 379.

¹⁶⁵ Véase *Jakobs*, *La idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal*, en Moisés Moreno Hernández (coordinador), *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, Cepolcrim, D.R.

distantia, al individuo cabría ubicarlo en el estado de naturaleza hobbesiano, y su conducción (conducta) tendría un carácter autorreferente en el sentido luhmaniano, es decir, no motivada por ningún *deber* u *obligación* (heterorreferente). La persona, en cambio, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social que se puede atribuir —pero que también puede no atribuirse— a los individuos¹⁶⁶. Persona es el destino de expectativas normativas correspondientes a roles, porque ser persona significa tener que representar un papel¹⁶⁷. “Si toda sociedad” —dice *Jakobs*— “comienza con la creación de un mundo objetivo, los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos *una norma*”¹⁶⁸. Entonces, los individuos aparecen como personas cuando quedan definidos por las tareas y cuando su actuar aparece como cumplimiento de deberes existentes en interés del grupo¹⁶⁹. Todo orden *personal* comienza con *deberes* de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden, y los derechos se generan allí donde son necesarios para poder cumplir los deberes¹⁷⁰. En conclusión, pues, la “persona” es algo distinto de un ser humano; este es el resultado de procesos naturales, y aquélla un producto social que se define como “la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia”¹⁷¹. Para decirlo con *Kant*, “persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación”¹⁷². Según esto, “sólo puede ser persona jurídico-penal, es decir autor o partícipe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar *de modo vinculante* la estructura de lo social, precisamente, el derecho”; ahora bien, de la competencia forma parte el reconocimiento social como ciudadano pleno, y de dicho reconocimiento carecen por ejemplo, los niños o los que padecen dolencias psíquicas¹⁷³.

Si lo que define a la persona es, pues, el obrar vinculado al *deber* o por una *obligación*, se comprende fácilmente que todo individuo que no obre de ese modo ha de quedar *excluido* del concepto de persona. Ya se ha hecho referencia a los niños y a quienes padecen dolencias psíquicas como no personas. Pero además de éstos, *Jakobs* niega también dicha condición a otros individuos. Así, por ejemplo, tampoco serían personas los jóvenes desempleados “que nunca tuvieron la oportunidad de aprender e internalizar la conducta de una persona que es necesaria en una profesión”, pues “a falta de deber, no son persona, y a falta de costumbre de comportarse como persona

Editorial Ius Poenale, México D.F., 2003, pp. 69 s.; *el mismo*, Sobre la génesis de la obligación jurídica (n. 99), pp. 18, 39, 47 s.; *el mismo*, Sociedad, norma y persona (n. 161), pp. 30 s., 53, 72 ss.

¹⁶⁶ También *Cancio* entiende que el concepto de persona es una *atribución*, pero a mi juicio, ello no es compatible con su posterior aclaración de que en nuestras sociedades, dicha cualidad corresponde a todos los seres humanos en virtud de su condición humana, sobre todo en lo que se refiere a los posibles infractores de normas penales; véase *Cancio*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 98 y nota 68. So bre esto, además de lo que se expone arriba en el texto, cfr. *infra* pp. 36 s.

¹⁶⁷ Véase *Jakobs*, Sociedad, norma y persona (n. 161), pp. 50 y 80 ss..

¹⁶⁸ Véase *Jakobs*, Sociedad, norma y persona (n. 161), p. 51.

¹⁶⁹ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica (n. 99), p. 40.

¹⁷⁰ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica (n. 99), pp. 40 s.

¹⁷¹ Véase *Jakobs*, La idea de la normativización (n. 165), p. 72; en sentido parecido *Pawlik*, GA 1998, p. 379.

¹⁷² Véase *Jakobs*, Sociedad, norma y persona (n. 161), pp. 51 n. 44, y 82 n. 71.

¹⁷³ Véase *Jakobs*, La idea de la normativización (n. 165), p. 72

tampoco se comportan como si lo fueran, sino que se ocupan de sus intereses exclusivamente individuales” y además “no cabe esperar otras reacciones de no-personas”¹⁷⁴. A todo aquél que no se le necesita se le excluye de la obra común, y cuando entiende esto sólo le queda ya la retirada a la mera individualidad¹⁷⁵. Los enemigos, en el sentido más arriba definido¹⁷⁶, tampoco son personas para *Jakobs* y, por lo tanto, el Estado no puede ni debe tratarles como tales. Pues la personalidad, como construcción exclusivamente normativa, es irreal y sólo puede mantenerse, y por ello sólo será *real*, si se da alguna corroboración cognitiva de ella, es decir, si en el cálculo sobre el comportamiento de alguien se lo puede incluir como persona, lo cual significa que se puede partir de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito¹⁷⁷. Por ello, cuando “ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal —determinado por derechos y deberes—, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente”, lo cual “significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo”¹⁷⁸.

Ahora bien, un orden puede entenderse como “normativo” sólo en la medida en que contempla a personas. Según *Jakobs*, “obtener una conducta por *coacción* y poder vincular mediante *obligación* a realizar un comportamiento son dos cosas distintas”¹⁷⁹. Una secuencia regular de conducta y sanción no es por sí misma indicio de la existencia de un orden normativo real porque puede que se trate sólo de una organización coactiva puramente cognitiva basada sólo en la fuerza¹⁸⁰. Sólo “si se logra que los coaccionados se acostumbren de tal modo al orden que siguen las reglas sin tener en cuenta las sanciones que amenazan, el orden coactivo cognitivo se ha convertido en un orden de normas”¹⁸¹. Pero si esto es así, de aquí no puede resultar nada distinto a que las no-personas tendrán que estar excluidas por fuerza del orden normativo, en concreto de la sociedad y del Derecho. Como dice *Jakobs*, “quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma”¹⁸². Consecuentemente, y aun cuando ello no sea algo que pueda afirmarse con rotundidad, *Jakobs* parece negar el carácter de “Derecho” a las regulaciones “jurídicas” de guerra contra los enemigos. Así, cuando contrapone el Derecho penal del ciudadano al del enemigo, aclara que “la voz ‘Derecho’ significa en ambos conceptos algo claramente diferente”¹⁸³. A diferencia de lo que ocurre con respecto a los ciudadanos, la relación

¹⁷⁴ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica (n. 99), p. 47.

¹⁷⁵ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica (n. 99), p. 48, donde añade que “por lo tanto, cuando quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo, ello sólo es consecuente: es que no vive en el mundo de las personas”.

¹⁷⁶ Cfr. *supra* pp. 6 s.

¹⁷⁷ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 38 y 47.

¹⁷⁸ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 14 y 47.

¹⁷⁹ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica (n. 99), p. 18.

¹⁸⁰ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica (n. 99), p. 43.

¹⁸¹ Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica (n. 99), p. 44.

¹⁸² Véase *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica (n. 99), p. 48. En otro contexto, afirma en el mismo sentido que si los ciudadanos abandonaran al Estado, éste podría evitar dicho abandono por la fuerza, “pero entonces se convierte de un orden normativo en un orden cognitivo basado en la fuerza”.

¹⁸³ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 25.

con el enemigo ya no se determina por el Derecho, sino por la coacción¹⁸⁴. Frente al enemigo, el Derecho penal es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra¹⁸⁵. Pero entonces hay que entender que quien gana la guerra determina lo que son las normas, y que quien la pierde ha de someterse a esa determinación¹⁸⁶. Éstas normas, empero, y a diferencia de las que regulan la pena, ya no son Derecho con respecto al que es penado¹⁸⁷. Por otro lado, también el *procedimiento* para el tratamiento de los enemigos está regulado jurídicamente. Pero esta regulación jurídica trata de la *exclusión* de los enemigos¹⁸⁸. Pese a todo ello, las regulaciones del Derecho penal del enemigo tal vez pudieran verse como “Derecho” desde el punto de vista del Estado como agente, pues aquel ordenamiento, como afirma *Jakobs* —y, a mi juicio, no puede haber dudas de que formalmente es así—, “implica un comportamiento desarrollado con base en reglas”, y en modo alguno “una conducta espontánea e impulsiva”¹⁸⁹.

VI

En principio, mi opinión se distancia de las regulaciones “jurídicas” que responden a las características del Derecho penal del enemigo, y también de la doctrina que pretende legitimarlas y sostenerlas. El Derecho penal del enemigo y el discurso teórico que trata de fundamentarlo me parecen susceptibles de una crítica plural. Aquí, empero, me limitaré a exponer sólo algunas reflexiones políticas y iusfilosóficas respecto del paradigma en torno al cual se quiere configurar un Derecho penal del enemigo, es decir, respecto de la negación de la condición de personas a los enemigos. Otro tipo de consideraciones críticas, las dejo para una posterior y más amplia investigación sobre este tema. No obstante, me parece conveniente exponer algunas consideraciones previas a la crítica del discurso del Derecho penal del enemigo.

En primer lugar, creo que hay que dar la razón a *Jakobs* cuando afirma, casi treinta años después de que él mismo anunciara al Derecho penal del enemigo, que lo que cabe encontrar sobre el tema en la discusión científica actual es realmente muy poco y, además, con tendencia a nada¹⁹⁰. En relación con esto hay que recordar lo dicho al principio de esta investigación: el rechazo de plano al Derecho penal del enemigo por la doctrina mayoritaria parece explicarse sólo a partir de dispositivos emocionales refractarios, es decir, de una sensibilidad que actualiza inmediatamente en la conciencia la idea de que algo, simplemente, “no deber ser en absoluto”. Sobre esto, y en relación con ciertos otros temas —algunos de los cuales bien podrían ser atraídos por el discurso del Derecho penal del enemigo—, ha llamado ya la atención *Torío*. En efecto, habría ciertos sectores en los que determinadas prácticas se valorarían ya como contrarias a una prohibición y, por tanto, como rechazables de un modo evidente y sin

¹⁸⁴ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 25 s.

¹⁸⁵ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 33.

¹⁸⁶ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 41.

¹⁸⁷ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 56.

¹⁸⁸ Véase *Jakobs*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (n. 2), p. 53 y en *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 43 ss.

¹⁸⁹ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 22.

¹⁹⁰ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 25.

discusión posible. En estos casos, dice *Torío*, esta aprehensión tiene en primer término un carácter sólo emocional y retórico, pues “el contacto del hombre con los valores es menos cognitivo que emocional”, y ello explica que, por ejemplo, “la pena de muerte, la tortura y las penas corporales”, dado que comprometen estructuras valorativas profundas, sean hechos con respecto a los cuales “se reacciona con una actitud absoluta, pura, que consiste y se agota en la convicción de que no-deben-ser”¹⁹¹. En este sentido, y en lo que alcanzo a ver, creo que nada o casi nada de lo que hasta el momento se ha opuesto al discurso del Derecho penal del enemigo traspa las fronteras de lo emocional y de lo retórico¹⁹². Las cuestiones que plantea el Derecho penal del enemigo, empero, son demasiado graves y profundas y no creo que puedan zanjarse mediante objeciones meramente retóricas y emocionales. Por el momento, y tras su última publicación sobre el tema¹⁹³, al discurso de *Jakobs* hay que reconocerle no sólo una cuidada y meticulosa coherencia, sino también una gran potencia teórica y política. Por esta razón, y en la misma dirección que propone *Torío* con respecto a todo aquello que despierta fácilmente actitudes emocionales y retóricas a causa de sus contenidos, también respecto al tema del Derecho penal del enemigo es preciso superar tales actitudes mediante una aproximación analítica y filosófica¹⁹⁴.

Una primera reflexión que sugiere el discurso del Derecho penal del enemigo lleva a interrogar por si el mismo no conduce a un callejón sin salida, como lo muestra la siguiente argumentación que desarrollo con un valor meramente dialéctico. En efecto, si el Derecho penal del enemigo se construye a partir del reconocimiento de sus destinatarios como *no-personas*, entonces parece que habría que partir de la existencia de esta especie de *no-personas* ya en la realidad previa del Derecho penal del enemigo, pues de lo contrario sería el propio Derecho penal del enemigo el que construiría dicho concepto de un modo completamente autorreferente y, por ello, circular¹⁹⁵. Desde otro punto de vista, los concretos enemigos y *no-personas* tendrían que estar ya identificados como tales también antes de la aplicación de ese ordenamiento en cada caso, pues

¹⁹¹ Véase *Torío*, PJ nº 4 (1986), p. 70.

¹⁹² Cfr. en sentido similar, *Zugaldía*, Seguridad ciudadana (n. 3), p. 1132, donde diagnostica, a mi juicio con bastante carga de razón, que muchas de las críticas de que es objeto el discurso de *Jakobs*, “sólo son entendibles desde el miedo al cambio y desde el resentimiento ante el hecho de que *Jakobs* haya desvelado la debilidad teórica, las grandes mentiras, falacias y contradicciones de la Ciencia Penal dominante en la actualidad”. Por lo que respecta al tema que nos ocupa, en mi opinión, es realmente difícil ver algo más que un mero rechazo emocional y retórico en descalificaciones del discurso del Derecho penal del enemigo como las que le atribuyen, sin ningún otro argumento, por ejemplo, que el mismo —en particular ideas como que los enemigos son *no-personas*— “ya ha dado lugar a un Estado de no-Derecho” [así *Eser*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, C. H. Beck, München, 2000, p. 445]; o que “posibilitaría la legitimación para el restablecimiento de un Estado totalitario de una brutalidad y primitivismo dignos de la época del Antiguo Testamento” [así *Schünemann*, Debate en torno a la conferencia: “La idea de la normativización en la Dogmática jurídico penal”, del Prof. *Jakobs*, en *Moisés Moreno Hernández* (coordinador), *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, Cepolcrim, D.R. Editorial Ius Poenale, México D.F., 2003, p. 266]. Debo dejar aquí aclarado que el hecho de que en este momento conceda a estas objeciones un sentido sólo emocional o retórico, no prejuzga en nada la validez o invalidez de sus enunciados.

¹⁹³ En *Jakobs/Cancio* (n. 1), pp. 13 ss., 21 ss.

¹⁹⁴ Véase *Torío*, PJ nº 4 (1986), p. 70.

¹⁹⁵ Cfr., en sentido similar, *Schünemann*, GA 2001, pp. 211 y 212, afirmando, más allá de un planteamiento hipotético como el formulado por mí en el texto, que de hecho y en realidad el discurso del Derecho penal del enemigo se construye mediante una argumentación completamente circular.

de lo contrario no habría modo de saber si el mismo se aplica realmente a un enemigo o a un ciudadano, es decir, a una no–persona o a una persona. El discurso del Derecho penal del enemigo dice encontrar ese concepto previo de no–persona que le es necesario para poder entrar en acción, en el dato de que un individuo ha abandonado de modo duradero el Derecho, lo cual se infiere de su habitual y reiterada dedicación a la comisión de infracciones del Derecho. Ahora bien, si esto fuera así, no parece que precise de ninguna demostración que ese Derecho que tiene que ser reiterada y permanentemente infringido por el individuo en cuestión sólo puede ser el del “ciudadano”. Sin embargo, un Derecho sólo puede ser infringido por quien sea destinatario de sus normas y, como reconoce el discurso del Derecho penal del enemigo, sólo puede ser destinatario de una norma jurídica una *persona*. Por lo tanto, aquél que infringe reiteradamente y de modo permanente el Derecho (del ciudadano), tiene que ser por fuerza una *persona*. Ahora bien, para comprobar que el individuo en cuestión ha infringido realmente el Derecho del ciudadano habrá que someterle necesariamente a un proceso penal que obviamente también debe seguir las reglas del Derecho del ciudadano. Esto, sin embargo, significa que cuando el sujeto entra en el proceso lo hace con la condición de ciudadano, y, por lo tanto, que lo hace con todos sus derechos de ciudadano y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal del ciudadano, en particular por la garantía de la presunción de inocencia¹⁹⁶. Ahora bien, si en el proceso se obtiene la certeza de que el sujeto ha cometido la infracción, entonces lo que habrá de seguir a dicha comprobación no podrá ser nada distinto a las consecuencias jurídicas del Derecho del ciudadano, por ser éste el Derecho que ha infringido y conforme al cual se le ha juzgado. Pero entonces, si según los postulados de la doctrina del Derecho penal del enemigo, todo el que es juzgado por el Derecho Penal del ciudadano lo es en su condición de persona, y si la pena que se impone al que resulta condenado por este Derecho en nada le priva de su *status* de ciudadano ni de su condición de persona, los cuales conserva íntegramente a pesar de su condena, ¿dónde puede encontrar el Derecho penal del enemigo a sus destinatarios, es decir, a individuos que carezcan de la condición de persona y que preexistan lógicamente a toda pretendida regulación y aplicación de tal Derecho?¹⁹⁷ Claro que a esto se podría contestar que es justamente el proceso el que determina finalmente la privación al individuo de su condición de persona y con ello su exclusión de la ciudadanía y su declaración como enemigo. Sin embargo, esto para nada afectaría a que el proceso tuviera que desarrollarse con todas las garantías propias del ciudadano, pues desde el inicio de aquél y, al menos, hasta su conclusión mediante una sentencia condenatoria, el imputado no puede encontrarse en ningún otro *status* que no sea el de ciudadano¹⁹⁸. Con esto se demuestra que, en principio, al Derecho penal del enemigo sólo le es posible partir de la existencia previa de *personas*, y que si esto es así, entonces los contenidos y las reglas materiales de ese Derecho no podrán ser otras distintas a las del Derecho penal del ciudadano. La argumentación desarrollada, sin embargo, y

¹⁹⁶ Véase, en sentido similar, *Schünemann*, GA 2001, p. 211.

¹⁹⁷ Cfr. en sentido parecido *Schünemann*, GA 2001, p. 212.

como he dicho al principio, no tiene más valor que el dialéctico, y por consiguiente no puede ser acogida como decisiva en contra del Derecho penal del enemigo.

En un sentido material, una primera valoración que puede hacerse sobre las regulaciones típicas del denominado Derecho penal del enemigo debe llevar a la conclusión de que a las mismas no se les puede reconocer ya el carácter de *Derecho*. A esta conclusión tiene que conducir ya inmediatamente, y por sí mismo, el propio paradigma sobre el que pretende construirse semejante ordenamiento, esto es, la negación a sus destinatarios de la condición de personas¹⁹⁹. De acuerdo con un general convencimiento del presente, únicamente cabe conceder el carácter de Derecho a una regulación si ésta parte del reconocimiento del hombre como persona responsable. Como dijera *Arthur Kaufmann*, el centro de gravedad y el quicio de una fundamentación jurídica no funcionalista es el concepto de persona, pues éste constituye la medida indisponible del Derecho correcto²⁰⁰. La *persona responsable* constituye “el polo superior, del que pende toda teoría jurídica”, si es que quiere reconocerse al Derecho como algo distinto a un mero ejercicio de fuerza o poder, es decir, si quiere reconocerse a aquél como un orden que se impone en virtud de su carácter *obligatorio*, y no como uno que se impone por medio de meros actos de coacción de un *poder superior*²⁰¹. “Todo mandato, por eso, que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica” —dijo *Welzel*— “tiene que reconocer a esta persona como *persona*”²⁰². En caso contrario, la regulación queda reducida a mera fuerza o coacción, y esto, dice asimismo *Welzel*, “convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas”²⁰³. Por el contrario, “el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho”²⁰⁴.

La negación del carácter de Derecho a las regulaciones del Derecho penal del enemigo, sin embargo, no parece ningún argumento suficiente, ni mucho menos definitivo, para privar a las mismas de legitimidad o de validez. Pues esa negación, al menos con respecto al individuo que es penado con arreglo a dichas regulaciones, es algo que ya ha reconocido expresamente el mismo *Jakobs*, como hemos comprobado al exponer sus ideas²⁰⁵, y que también parecen reconocer, o por lo menos dejan abierta la posibilidad de que así sea, quienes muestran una disposición favorable en mayor o en menor

¹⁹⁸ Por cierto, que no en otro sentido cabe interpretar, a mi juicio, el texto de *Rousseau* expuesto *supra* p. 13. Cfr., no obstante, sobre otras posibles interpretaciones de dicho texto, *Pérez del Valle*, CPC n.º 75 (2001), pp. 598 ss.

¹⁹⁹ Sin embargo hay que tener en cuenta que, como veremos *infra* pp. 32 ss., el discurso del Derecho penal del enemigo utiliza un concepto de persona para el Derecho penal bien diferente al de la doctrina dominante y al que aquí se defiende.

²⁰⁰ V. *Arthur Kaufmann*, *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen*, en *Rechtstheorie*, 1986, pp. 268 ss., 275; y, en el mismo sentido, *Hassemer*, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, en *Philipps/Scholler* (eds.), *Jenseits der Funktionalismus*. *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, R.V. Decker & Müller, Heidelberg, 1989, p. 86.

²⁰¹ Así *Welzel*, *Introducción* (n. 90), p. 251; cfr. en el mismo sentido, entre otros, *Zaffaroni* PG, 2ª ed., p. 95.

²⁰² Véase *Welzel*, *Introducción* (n. 90), p. 252.

²⁰³ Véase *Welzel*, *Introducción* (n. 90), p. 251.

²⁰⁴ Véase *Welzel*, *Introducción* (n. 90), p. 252.

²⁰⁵ Cfr. inmediatamente *supra* p. 27.

medida a ese complejo normativo²⁰⁶. El problema, pues, ha de plantearse en términos de si en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho se puede legitimar la existencia de un “Derecho de lucha contra los enemigos” como “complemento” del Derecho penal²⁰⁷ y, por ello, como una *excepción* a éste que no tendrá el carácter de “Derecho” porque el contenido de sus regulaciones será únicamente el ejercicio de la coacción y de la fuerza. Obviamente, *Jakobs* responde afirmativamente a dicha cuestión y, además, advierte que aquélla denominación “*ho en todo caso* pretende ser *peyorativa*”, entre otras cosas porque el Derecho penal del enemigo, evidentemente, no legitima ninguna actuación espontánea e impulsiva, sino sólo actuaciones regladas²⁰⁸. Con esto último, *Jakobs* parece querer insinuar que el Derecho penal del enemigo podría tener un cierto carácter de “Derecho” en la medida en que sus *reglas* impondrían en todo caso ciertos *límites* al ejercicio del poder y de la coacción estatales. Esto, sin embargo, en nada afectaría a la comprobación ya hecha de que aquél, como el mismo *Jakobs* reconoce, no sería Derecho *con respecto al penado*. La cuestión que permanece en pie, y que a mi juicio es la fundamental, es si se pueden legitimar reglas de actuación estatal que afecten a la libertad de sus destinatarios sin reconocerles como personas y, por consiguiente, que —como sucede con las del Derecho penal del enemigo— permitan una actuación estatal que traspase los límites que impone la condición de persona.

Muñoz Conde ha desarrollado una argumentación contraria que, sin duda, suscribo *en parte* en sus contenidos. Según *Muñoz Conde*, en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano nadie puede ser nunca definido como no persona²⁰⁹. Por otro lado, el Derecho penal es un sistema de imputación cuyas reglas se fijarían en virtud del “acuerdo” de las personas que integran la sociedad “sobre los criterios, objetivos y subjetivos, que hay que tener en cuenta para imputar un determinado suceso llamado delito a una persona como responsable del mismo al objeto de poder imponerle una pena (o, en su caso, una medida de seguridad) y restablecer así la vigencia del Ordenamiento jurídico conculcado por el delito”²¹⁰. Ahora bien, según *Muñoz Conde*, tales reglas de la imputación no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo, es decir, de una determinada concepción del ser humano, de la sociedad y del Estado²¹¹. En mi opinión, sin embargo, *Jakobs* no encontraría dificultades serias para superar estas objeciones de *Muñoz Conde*. En primer lugar, y para

²⁰⁶ Véase *Silva Sánchez*, La expansión (n. 1), p. 166, para quien queda en pie la cuestión conceptual de si se trata de Derecho o si, por el contrario, es un “no-Derecho”, esto es, “una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos ‘excluidos’”; por su parte, *Pérez del Valle*, CPC, nº 75 (2001), pp. 612 s., se limita a dejar planteada la duda y a estimar que sería paradójico que un Estado de Derecho generara normas que no se revelan como Derecho; véase también *Zugaldía*, Seguridad ciudadana (n. 3), p. 1132.

²⁰⁷ Véase *Jakobs*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt* (n. 2), pp. 53 s.

²⁰⁸ Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* (n. 1), p. 22; cfr. además loc. cit., pp. 43 ss. De aquí, sin embargo, no me parece posible deducir, como quiere *Zugaldía*, a mi juicio con poca fortuna, que “*Jakobs*, en realidad, crítica y deslegitima el Derecho penal del enemigo”; véase *Zugaldía*, Seguridad ciudadana (n. 3), p. 1132.

²⁰⁹ Véase *Muñoz Conde*, Edmund Mezger (n. 3), p. 118. Esta es una afirmación que, sin duda, comparto sin reservas, si bien, como veremos, porque mi concepto de “persona” relevante para el Derecho penal parece coincidir con el de *Muñoz Conde*, y no con el de *Jakobs*.

²¹⁰ Véase *Muñoz Conde*, Edmund Mezger (n. 3), p. 119.

²¹¹ Véase *Muñoz Conde*, Edmund Mezger (n. 3), p. 119.

comenzar con lo último, la teoría de *Jakobs* es precisamente un claro exponente de la derivación de determinadas reglas de imputación —y no de otras distintas— precisamente de una *determinada* concepción acerca del *hombre* (éste es sólo un sistema psíquico) y de la sociedad (nada más que un sistema de comunicaciones), concepción que, como es sabido, infiere de una determinada teoría de sistemas. Para *Jakobs* no es precisamente el *hombre* el sujeto del Derecho penal, sino la *persona*, y, por lo tanto, sólo ésta es sujeto de la *imputación*. Ahora bien, la persona no está dada por la naturaleza, sino que “es el correspondiente complejo de normas el que constituye los criterios para definir lo que se considera una persona”²¹². Pero si esto es así, entonces, *en la lógica interna* del discurso de *Jakobs*, sí es posible que aparezcan no-personas, y, de acuerdo con dicha lógica, éstas ya no podrán ser susceptibles precisamente de imputación jurídico-penal. Y si conforme a esa lógica los enemigos son no-personas, entonces tampoco se les imputará ningún delito para poder imponerles una pena como consecuencia y restablecer así la vigencia del ordenamiento jurídico. Esto está suficientemente claro en el discurso de *Jakobs*. Frente a los enemigos la reacción es pura coacción, y la finalidad de ésta es sólo el aseguramiento cognitivo ante el peligro que representan, no la confirmación de la validez de la norma; a ellos no se les aplica ninguna pena, sino que se les somete y excluye por medio de actos de pura fuerza o coacción. Por otra parte, si las reglas de la imputación, como sostiene *Muñoz Conde*, se constituyeran a partir del “acuerdo” de quienes integran la sociedad, nada impediría que mediante un tal acuerdo la sociedad conviniera en negar la condición de persona a determinados individuos y en que estos quedaran excluidos del Derecho penal, esto es, de las reglas de la imputación jurídico-penal²¹³. En este sentido, por lo demás, no sólo no puede descartarse, sino que, al contrario, más bien debe suponerse la existencia real de un tácito consenso o acuerdo social en la negación del carácter de personas a ciertos delincuentes, esto es, en la *exclusión* de las reglas de imputación jurídico penal de los individuos —en todo caso, de los etiquetados como terroristas— a los que se dirige el discurso del Derecho penal del enemigo²¹⁴.

Si la argumentación de *Muñoz Conde* me parece, por lo dicho, inadecuada para debilitar el discurso de *Jakobs*, es porque, sin duda, aquél y éste desarrollan sus discursos a partir de paradigmas distintos. El concepto de persona que utiliza *Muñoz Conde*

²¹² Véase *Jakobs*, Sociedad, norma y persona (n. 161), p. 83.

²¹³ *En este sentido*, y en parte, puede tener razón *Pérez del Valle* cuando advierte sobre la dificultad con que puede tropezar “una crítica al ‘derecho penal del enemigo’ que pretenda apoyarse en el contractualismo que lo necesita para sobrevivir”; véase *Pérez del Valle*, CPC n° 75 (2001), p. 612 y nota 57, donde cita precisamente la objeción de *Muñoz Conde*. De la afirmación de *Pérez del Valle*, me parece discutible que el Derecho penal del enemigo necesite al contractualismo para sobrevivir; *Jakobs* no es en general un contractualista riguroso; véase sólo *Jakobs*, Sobre la génesis de la obligación jurídica (n. 99), pp. 36 ss. y Sociedad, norma y persona (n. 161), pp. 15 s.

²¹⁴ *Cfr.* a este respecto *Díez Ripollés*, RECPC n° 6 (2004), p. 9 [= JpD n° 49 (2004), p. 29], donde observa cómo en la sociedad “se han puesto de moda calificaciones como las de ‘predador sexual’, ‘criminal incorregible’, ‘asesino en serie’, ‘jóvenes desalmados’ ... que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente”; además, *Díez Ripollés*, RECPC n° 6 (2004), p. 19 [= JpD n° 49 (2004), p. 34], donde al finalizar su descripción del fenómeno de la implicación de la sociedad en la lucha contra el delito, concluye que dicho fenómeno “ha desplazado las energías de la comunidad *del afán por lograr la inclusión social de los desviados al*

parece ser uno que identifica a aquélla con el hombre, con el individuo humano. El concepto de persona que utiliza *Jakobs*, en cambio, y como ya se ha visto en detalle, está por encima del ser humano, pues es sólo una construcción normativa que se atribuye a los hombres, si bien *no a todos*. En la lógica del discurso de *Jakobs*, el despojo de la condición de persona debe tener como consecuencia la aparición del hombre o del individuo humano como ser existencial. Las reglas del Derecho penal del enemigo, entonces, operan sobre el hombre, y no sobre la persona. Ahora bien, hay que tener en cuenta que todo proceso penal y toda pena, por mucho que en su resultado empírico afecten en mayor o menor medida al ser existencial del individuo, en primer término inciden precisamente en la esfera de los *derechos* que el mismo tiene *atribuidos* en cuanto persona *jurídica*²¹⁵, los cuales resultan limitados e incluso eliminados. Pero si esto es así, nada podría impedir que el ordenamiento jurídico privara a un individuo de la totalidad de sus *derechos* y, con ello, de la condición de persona *jurídica*. En tal caso, ese despojo dejaría al descubierto a la persona en cuanto hombre o individuo en el sentido existencial. El que el Derecho penal del enemigo prive a un individuo de su condición de persona *jurídica*, no significa por eso sólo que, además, niegue a aquél su condición de hombre. En este sentido, pues, si el Derecho penal del enemigo, a pesar de todo, se mantuviera no obstante respetuoso con la “dignidad del ser humano” a la que apela *Muñoz Conde*, podría ponerse en tela de juicio la objeción de que aquél no pudiera encontrar ninguna legitimidad en una sociedad democrática y en el Estado de Derecho. La cuestión, entonces, debe plantearse, a mi juicio, en los siguientes términos. En primer lugar, debe indagarse acerca de si para el Derecho penal es sostenible un concepto puramente normativo de persona, ya sea en el sentido particular de *Jakobs* o en cualquier otro. Pero en segundo lugar, y aun cuando un concepto tal fuera sostenible, la pregunta definitiva a la que hay que dar respuesta es la relativa a si el substrato que en todo caso habrá de quedar tras el despojo a alguien de la condición —exclusivamente normativa— de persona, esto es, el hombre empírico del campo de la experiencia (*homo phenomenon* en el sentido de *Kant*), no será portador ya de cualidades inmanentes determinantes de una negación de validez y de legitimidad a toda actuación sobre él que violente tales cualidades. Si así fuera, entonces no cabrá conceder espacio alguno a ningún Derecho penal del enemigo. A este respecto, hay que decir ya que, en contra de lo que, según ya hemos visto, parece insinuar *Jakobs*, la evidencia de que el Derecho penal del enemigo se desarrolle con base en reglas, y no como una práctica de actuaciones espontáneas e impulsivas, no dice nada acerca de la legitimidad de aquél. Pues lo decisivo no es la existencia de reglas sino el contenido material, esto es, axiológico, de dichas reglas, y si las mismas se opusieran a algún valor fundamental, entonces no cabría reconocerles ninguna legitimidad. Cuestión diferente, cuya respuesta, sin embargo, ha de quedar aquí suspendida y aplazada, es la relativa a si en el caso de que se niegue legitimidad al Derecho penal del enemigo, el Derecho dispondrá de reglas adecuadas para tratar a unas formas de criminalidad que,

interés por garantizar la exclusión de los delincuentes”, lo cual, a su juicio, “constituye un cambio en las actitudes sociales ante la delincuencia de primera magnitud”.

²¹⁵ Cfr. sobre esto luego

sin la menor duda, y en muy diversos planos, no pueden parangonarse ni de lejos con la criminalidad a la que convencionalmente podemos denominar como “tradicional”.

La construcción de un “Derecho” penal del enemigo podría ser válida si, a su vez, se aceptara también como válida la diferenciación que hace *Jakobs* entre persona e individuo en relación precisamente con el Derecho *penal*, en el sentido de que éste se dirigiría sólo —y, por ello, tendría como sujetos de la imputación jurídico-penal exclusivamente— a las *personas*. En efecto, en tal caso, quienes no fueran reconocidos como personas, sino sólo como meros individuos, ya no estarían sujetos al Derecho *penal*. Para el caso de que fuera necesaria alguna reacción estatal frente a ellos, deberían establecerse entonces medidas que seguirían reglas diferentes a las del Derecho penal, y cuyo principio o punto de vista valorativo fundamental, esto es, legitimador, debería ser uno distinto al del reconocimiento del hombre como persona, como ser responsable, toda vez que éste, como ya pusiera de relieve *Stratenwerth*, es el principio que constituye la directriz de toda regulación de conductas humanas y el que, por ello mismo, se encuentra en el punto de partida del Derecho penal²¹⁶. En este sentido, ese “Derecho” penal del enemigo podría justificarse, por ejemplo, mediante el principio de *necesidad* de aseguramiento cognitivo frente a peligros y quedar limitado en virtud de una ponderación de males de la que resultara que aquél es el mal menor, tal y como apunta *Silva Sánchez*²¹⁷. La cuestión, empero, es si puede sostenerse que el Derecho penal tiene realmente como destinataria a la persona, en el sentido de *Jakobs*, y no al individuo, es decir, al hombre real individual, empírico²¹⁸. Si esto último fuera lo correcto, entonces no podría justificarse ya ningún Derecho penal del enemigo excepcional, pues su destinatario sería idéntico al Derecho penal “ordinario” y, por ello, debería regirse por los mismos principios que éste y quedar sometido a sus mismas reglas, límites y garantías. Y esto último, precisamente, es lo que me parece correcto como paso a demostrar.

Independientemente de cuál sea la fundamentación teórica del concepto de persona que se estime más correcta, es cierto, sin duda, que el ordenamiento jurídico parte de un concepto de persona entendido como construcción normativa en algunos de sus

²¹⁶ Véase *Stratenwerth*, *Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”*, Verlag J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1957, pp. 17 ss.; en el mismo sentido, *Cerezo Mir*, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, en sus *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, pp. 56 ss.; *el mismo*, en RDPC n° 12 (2003), pp. 59 ss. Véase también, *Georg Küpper*, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pp. 30 ss.

²¹⁷ Véase *Silva Sánchez*, *La expansión* (n. 1), pp. 165 y 166, remitiendo tal respuesta, con razón, al campo de las medidas de seguridad. Recientemente, *Silva* ha desarrollado una tesis conforme a la cual para la imposición de medidas de seguridad a *inimputables* bastaría con la comprobación de la lesión objetivamente típica —es decir, sin necesidad de comprobar además la presencia del tipo subjetivo— y de la peligrosidad del sujeto; véase *Silva Sánchez*, *¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad*, en *Dogmática y Ley penal*. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 885 ss. Dado que los llamados enemigos, sin embargo, son, por un lado sujetos imputables, y por otro ajenos al Derecho *penal*, habrá que reflexionar acerca de los presupuestos que deberán exigirse para su sometimiento al Derecho de medidas.

²¹⁸ Esta es la tesis de *Armin Kaufmann*, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1954, pp. 3 ss., 102 ss., 160 ss. y *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1959, pp. 2 ss., 35 ss. Obviamente, dicha tesis es rechazada por *Jakobs*, *Sociedad, norma y persona* (n. 161), p. 50, y también por *Müssig*, RDPC n° 9 (2002), pp. 179 ss.

ámbitos particulares, sobre todo en el Derecho civil y en el Derecho público. A este respecto es clásica ya la doctrina de *Kelsen*. “La llamada persona física” —dice— “no es por lo tanto un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que atribuyen deberes y derechos al mismo hombre. No es una realidad natural, sino una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, un concepto auxiliar en la descripción de hechos jurídicamente relevantes. *En este sentido*” —concluye— “la llamada persona física es una persona *jurídica*”²¹⁹. Así pues, la persona —*en ese sentido*— no es más que un *centro de imputación normativa* de efectos jurídicos, normalmente de derechos y deberes, aunque también de expectativas, cargas, etc.²²⁰ Por lo demás, *Jakobs* tiene que reconocer que, en ese sentido, el concepto de persona es “relativo”, pues si bien un niño pequeño puede ser persona en Derecho civil en la medida en que puede ser propietario, en cambio no lo es en Derecho penal en la medida en que carece de capacidad de culpabilidad, y si bien un autor juvenil de quince años con capacidad de culpabilidad es persona para el Derecho penal, sin embargo no lo es para el Derecho electoral en sentido político²²¹. *En este sentido*, no puede verse inconveniente alguno en el entendimiento de la “persona” como portadora de roles (propietario, elector, etc.) y de que tales roles comportan determinadas exigencias y expectativas normativas cuyo destinatario es la persona. En este plano, necesariamente abstracto, también es posible entender incluso que, en principio, para nada entra en consideración el individuo real con sus capacidades y facultades psicofísicas. Ahora bien, y sin embargo, también parece que hay que entender que, en rigor, este no es el plano que corresponde propiamente a la regulación de “conductas humanas”, sino más bien el propio de las normas impersonales de *valoración*, o bien el de las denominadas como normas o proposiciones *distributivas* por *Joseph Esser*. Por distribución se entiende la “adjudicación de bienes y otros valores, pero también desvalores, daños, gastos y riesgos de daño (peligros)”²²². Es decir, si se quiere, por distribución se podría entender también, formalmente y *mutatis mutandis*, la atribución de derechos y deberes, de roles y de expectativas normativas y, por lo tanto, el modo en que el orden normativo constituye a la persona como centro de la imputación de derechos y de deberes. En esta distribución y atribución, sin embargo, no parece que quepa ver nada más que meros juicios de valor o de *deber ser* que no pueden fundamentar más que un deber impersonal (*müssen*) cuyo significado no va más allá de que las relaciones de adjudicación establecidas mediante la distribución *tienen que realizarse*²²³. Para esta

²¹⁹ Véase *Kelsen*, Teoría pura del Derecho, trad. de la 2ª ed. de Viena (1960), de Roberto J. Vernengo, Universidad Autónoma de México, 1979, pp. 160 ss. (cursivas mías).

²²⁰ Véase, en este sentido, por ejemplo, *H.J. Wolf*, Verwaltungsrecht I, 8ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 1971, pp. 194, 201 ss.; *Luna Serrano*, en Lacruz/Sancho/Luna/Delgado/Rivero, Elementos de Derecho civil I, Parte General, vol. 2º, Personas, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1990, reimpresión actualizada a 1992, p. 250; *Gracia Martín*, El actuar en lugar de otro en Derecho penal I, Teoría general, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985, p. 8; *el mismo*, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, en Mir/Luzón (coords.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 40.

²²¹ Véase *Jakobs*, La idea de la normativización (n. 165), p. 72.

²²² Definición de *Joseph Esser* que tomo de *Armin Kaufmann*, Normentheorie (n. 218), p. 264; sobre ello véase, además, *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte (n. 218), pp. 9 ss..

²²³ Véase *Gracia Martín*, La cuestión (n. 220), pp. 64 s.

concepción del deber, empero, la persona no entra en consideración como *sujeto* sino sólo como *objeto* de la distribución²²⁴, y en este sentido, por ello, como dice con razón *Armin Kaufmann*, por ejemplo, tanto el bebé como el inimputable *tienen que* pagar impuestos, del mismo modo que bajo determinadas condiciones *tienen que* indemnizar²²⁵. Ahora bien, a estos deberes impersonales les corresponde no sólo el que *tengan que* realizarse las relaciones de adjudicación, o *tengan que* cumplirse las expectativas normativas de los roles que constituyen su objeto, sino sobre todo que las mismas *se realicen o cumplan efectivamente*²²⁶. Sin embargo, y parafraseando a *Jakobs*, hay que tener en cuenta que estos deberes impersonales (normas de distribución), a diferencia de lo que ocurre con las leyes físico naturales, carecen completamente de fuerza genuina para realizarse²²⁷, y que para ello habrá que apelar, entonces, a alguna fuerza *externa* a los mismos que tenga la capacidad de realizarlos efectivamente.

La fuerza, por así decirlo, capaz de realizar el deber o de cumplir con las expectativas normativas del rol no puede ser la *persona* misma. Ésta no es más que el objeto que resulta de la imputación de deberes o de la asignación de roles cargados de expectativas normativas. Por ello, y más allá de una mera contemplación abstracta, sólo cabe entender que la efectiva realización del deber, o bien el efectivo cumplimiento de las expectativas del rol, serán el modo en virtud del cual se puede *actualizar* la persona. Pero entonces hay que reconocer que aquello por medio de lo cual se dé al deber o a la expectativa el cumplimiento que actualizará a la persona tiene que ser algo distinto a la persona misma. Así tiene que reconocerlo el mismo *Jakobs*. En el caso de la persona física, no puede prescindir, al menos, del dato empírico de la *consciencia* de los individuos (sistemas psíquicos), pues de lo contrario no sería posible la actualización práctica y efectiva del sistema social, esto es, de la comunicación. En efecto, según *Jakobs*, los derechos y deberes que constituyen a la persona únicamente pueden ser “administrados a través de *un cuerpo* y de *una consciencia*”, para ello es preciso “como mínimo *un cuerpo animado*”, y “*la consciencia es necesaria* porque la comunicación se halla estructuralmente acoplada a ella”²²⁸. De aquí, sin embargo, sólo puede resultar que la fuerza a la que es preciso apelar para el cumplimiento de los deberes y de las expectativas normativas tiene que radicar necesariamente en el sistema biopsíquico. Pero esto, entonces, significa que no es en modo alguno la persona, sino sólo el *hombre* empírico y concreto del mundo de la experiencia el que puede y tiene que ser destinatario de los dispositivos que se establezcan para asegurar el cumplimiento de los deberes y de las expectativas normativas, o bien la vigencia de las normas (de valoración, constitutivas

²²⁴ Véase *Armin Kaufmann*, *Normentheorie* (n. 218), pp. 127 ss., 265.

²²⁵ Véase *Armin Kaufmann*, *Normentheorie* (n. 218), p. 127.

²²⁶ En este sentido *Nicolai Hartmann* (el juicio de valor tiende a realizarse), citado por *Armin Kaufmann*, *Normentheorie* (n. 218), p. 75; véase además *Armin Kaufmann*, loc. cit., p. 127; *Gracia Martín*, *El actuar en lugar de otro I* (n. 220), pp. 297 s. y 414.

²²⁷ Concretamente: “otra parte de las normas constitutivas de la sociedad carece por completo de tal fuerza genuina para autoestabilizarse; concretamente, todas aquellas normas que conforme a la concepción de la sociedad no pueden representarse como dadas previamente, es decir, que no pueden representarse como leyes naturales, y en el momento actual tampoco como leyes reveladas, sino sólo como normas hechas, aunque hechas por buenas razones”; véase *Jakobs*, *Sociedad, norma y persona* (n. 161), p. 27.

²²⁸ Véase *Jakobs*, *La idea de la normativización* (n. 165), p. 72.

de la sociedad), es decir, de las normas de determinación y de las sanciones. Esta es, por otra parte, la tesis de una opinión absolutamente dominante que, además, me parece correcta. El Derecho penal, como dice con razón *Zaffaroni*, debe partir de que tanto los conflictos para los que proyecta decisiones como las consecuencias que establece tienen lugar en un mundo físico y en una realidad social “protagonizada por la interacción de personas dotadas de un *psiquismo* que tiene sus estructuras”²²⁹. Como ya indicara *Maiwald*, en Derecho penal “sujeto de la imputación es el *hombre*, si y en la medida en que actúa responsablemente”²³⁰. Por eso mismo, el sujeto de las consecuencias jurídico-penales también es el *hombre* y no la persona, tal como lo enfatiza *Schünemann* al decir que “el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso”²³¹.

En efecto, el orden social, constituido en primer término por el conjunto de las normas de valoración y de distribución —o, si se quiere, por un determinado sistema de comunicaciones—, carece en sí mismo de fuerzas o mecanismos que aseguren su realización efectiva o su vigencia real. Un aseguramiento de su realización sólo puede pretenderse, o bien mediante su imposición por la fuerza o la coacción, o bien mediante la creación de una *obligación*. Como ya se dijo antes, sin embargo, únicamente en este último caso, y en modo alguno en el primero, podrá reconocerse a dicho orden como *Derecho*²³². El concepto de obligación de que aquí se trata ya no se identifica con el *deber ser* impersonal (*müssen*), puramente axiológico, de las normas de valoración en el sentido ya expuesto. Ahora se trata de un concepto de deber (*sollen*) en sentido más bien *teleológico*, porque su fin es un “deber *hacer*” que tiene por objeto, precisamente, el contenido axiológico de aquel deber ser impersonal²³³. La *obligación* de que aquí se trata ahora se caracteriza por fundamentar un “concreto deber” (*konkretes Sollen*)²³⁴, en el sentido, que ya definiera *Binding*, de “un deber *personalísimo* que consiste en la puesta en práctica de la *capacidad de acción*”²³⁵. De este modo, pues, como dice *Armin Kaufmann*, “los deberes en este sentido tienen el mismo objeto que las normas [de determinación]: la omisión o la realización de un *acto (final)*”²³⁶, y por otro lado se orientan a la producción en sus destinatarios de un *efecto psico-social de motivación*²³⁷. Ahora bien, de todo esto sólo puede resultar como conclusión válida que la teoría de la responsabilidad penal —de la imputación— no toma como referencia a la persona en cuanto construcción social o normativa, sino al *hombre*²³⁸. Por otro lado, esto mismo

²²⁹ Véase *Zaffaroni* PG, 2ª ed., p. 94.

²³⁰ Véase *Maiwald*, ZStW, 1966, p. 54; y en el mismo sentido, *Hardwig*, Die Zurechnung, Cram, de Gruyter, Hamburg, 1957, pp. 117 ss.

²³¹ Véase *Schünemann*, La relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática jurídico penal, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 655.

²³² Cfr. *supra* pp. 30 s.

²³³ Véase *Armin Kaufmann*, Normentheorie (n. 218), pp. 75 s. y 281.

²³⁴ Véase *Armin Kaufmann*, Normentheorie (n. 218), p. 266; *Gracia Martín*, La cuestión (n. 220), p. 67.

²³⁵ Véase *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung I, reimpresión de la 4ª ed. de Leipzig (1922), de Scientia Verlag Aalen, 1965, p. 99.

²³⁶ Véase *Armin Kaufmann*, Normentheorie (n. 218), p. 128.

²³⁷ Véase *Armin Kaufmann*, Normentheorie (n. 218), p. 161.

²³⁸ Véase en este sentido también *Schünemann*, La relación entre ontologismo y normativismo (n. 231), p. 655.

hay que decir con respecto a las consecuencias jurídicas, más concretamente con respecto a la pena²³⁹. Aquí debe tenerse en cuenta no sólo la observación de *Schünemann* de que a quien se castiga es a un hombre de carne y hueso, sino sobre todo que el postulado kantiano de la teoría de la pena, conforme al cual el delincuente no debe poder ser utilizado como medio para alcanzar fines sociales, también tiene como referencia al *hombre*, y no a la persona, pues nada distinto puede derivarse del hecho de que *Kant* apele precisamente a “su personalidad *innata*” como al valladar que lo debe proteger frente a una tal instrumentalización²⁴⁰.

De todo lo expuesto se puede deducir ya como una conclusión segura y cierta que en Derecho penal, el sujeto tanto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por una persona *normativa* o *jurídica*, esto es, entendida como una construcción social y normativa, sino que aquél no puede estar representado por nada más que por el *hombre*, por el *individuo* humano. En este sentido, además, como ha dicho con razón *Schünemann*, “el reemplazo que propone *Jakobs* del individuo por la persona como mero portador de un rol en Derecho penal destruye justamente su legitimación”²⁴¹. Ahora bien, todo esto debe llevarnos a aclarar que en Derecho penal —y, a mi juicio, sin excepción en *todo* ordenamiento jurídico de “conductas humanas”—, la apelación al punto de vista valorativo de la concepción del *hombre* como persona *responsable*, en cuanto directriz de la regulación, no remite en modo alguno a ningún concepto normativo de persona, sino más bien al substrato *ontológico* de la persona responsable, y que dicho substrato no puede estar constituido por nada más que por el *hombre* individual empírico²⁴². Justamente la *concepción* del hombre como persona responsable, si no quiere ser una completa invención extraña al mundo real, es posible sólo a partir del reconocimiento en el hombre empírico de ciertas propiedades y estructuras ópticas *previas* que constituyan precisamente las condiciones mismas de la posibilidad de aquella concepción y no de otra distinta. En mi opinión, y a diferencia de lo que postulan *Stratenwerth* y *Cerezo*, no ha de procederse a fijar primero una determinada *concepción* valorativa que permita luego descubrir las estructuras lógico-objetivas del ser humano²⁴³, sino justamente al revés. Si el Derecho no se dirige a las fuerzas de la naturaleza ni a los animales, sino al *hombre*, entonces habrá de ser ya la estructura óptica del ser humano lo primero que tiene que entrar en consideración. Esta

²³⁹ Véase en este sentido *Würtenberger*, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2ª ed., Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1959, pp. 26 ss., especialmente pp. 30 s.

²⁴⁰ Véase *Kant*, *La Metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, y Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, Ed. Tecnos, 1989, § 49, E, I, p. 166: “la pena judicial ... no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*; porque el *hombre* nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real; frente a esto le protege *su personalidad innata*, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil” (cursivas mías); en el sentido del texto, cfr. *Schünemann*, *La relación entre ontologismo y normativismo* (n. 231), p. 655 nota 52.

²⁴¹ Véase *Schünemann*, *La relación entre ontologismo y normativismo* (n. 231), p. 655.

²⁴² Cfr. en este sentido también *Schünemann*, en *Debate* (n. 192), p. 266, donde contrapone “la categoría ontológica del ser humano” a la “categoría normativa de la persona”.

²⁴³ Véase *Stratenwerth*, *Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”* (n. 216), pp. 17 ss.; *Cerezo Mir*, *La naturaleza de las cosas* (n. 216), pp. 56 ss.; *el mismo*, en *RDPC* n° 12 (2003), pp. 59 ss. Véase también, con matices, *Georg Küpper*, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik* (n. 216), pp. 30 ss.

estructura óptica es portadora ya de las condiciones de posibilidad de una determinada concepción del ser humano excluyente de otras diferentes. La concepción del ser humano como persona responsable sólo resulta posible si la estructura óptica del ser humano es portadora de las condiciones de posibilidad de dicha concepción. En tal caso, será obligado atenerse a tal concepción, de modo que la misma sea erigida en criterio *valorativo* o medida de enjuiciamiento de la corrección de la regulación jurídica, esto es, del Derecho. Si una regulación tiene por objeto conductas humanas, sólo cabrá reconocerle el carácter de *Derecho* en el caso de que la misma respete la estructura lógico-objetiva fundamental que impone la concepción del hombre como persona responsable, mientras que si la violenta ya no debe poder ser comprendida como *Derecho*, sino sólo como un mero y puro dispositivo de fuerza y coacción²⁴⁴.

Si el Derecho, pues, *debe* partir de la concepción del *hombre* como persona responsable, ello implica de un modo necesario que aquello que hace al hombre precisamente una persona responsable, y no algo distinto, tiene que estar ya previamente dado en la estructura *ontológica* del mismo ser humano, o si se prefiere en la naturaleza humana²⁴⁵. Pues de lo contrario el Derecho no *podría* partir de tal concepción del ser humano, y no se *debe* aquello que no se *puede*. La estructura ontológica del ser humano, que necesariamente ha de ser respetada por el Derecho, está constituida por todo aquello que fundamenta la *dignidad humana*²⁴⁶. Ésta, evidentemente, no es producto ni resulta de ninguna construcción normativa, sino que se entiende como algo de lo que es portador en sí mismo *todo* hombre por el mero hecho de su existencia. *Pufendorf* advirtió que ya en la mera palabra de hombre hay alguna dignidad²⁴⁷. Esta dignidad no la predicaba *Pufendorf* de ninguna idea racional de la esencia del hombre, sino más bien del hombre empírico y en virtud de un método científico de análisis mediante observación que, por supuesto, le permitía luego realizar generalizaciones (empíricas)²⁴⁸. Para *Pufendorf*, la cualidad más sobresaliente de la naturaleza humana es la *imbecilias*, a la cual entendió como el desamparo del hombre entregado a sí mismo, y

²⁴⁴ También *Zaffaroni* apela al respeto de la estructura lógico-objetiva fundamental de la persona como condición del Derecho; de tal modo que una violación de dicha estructura convertiría a cualquier acto en puro ejercicio de poder; véase *Zaffaroni* PG, 2ª ed., p. 95.

²⁴⁵ Para evitar malentendidos, debo advertir que esta referencia a la naturaleza humana ha de comprenderse en un sentido estrictamente antropológico y, por lo tanto, empírico, y en modo alguno en el sentido de ninguna doctrina iusnaturalista.

²⁴⁶ Antes de abordar la cuestión, sin embargo, me parece preciso advertir sobre la necesidad de sustraer a la idea de dignidad la gran carga emocional que conlleva cuando se la refiere al ser humano. Por *dignidad* no ha de entenderse en principio nada más que un valor que remite a la idea de que algo merece la consideración de lo que *es* y de que, en consecuencia, *debe ser tratado* como lo que *es* y no como otra cosa distinta. En este sentido se puede hablar, y de hecho se habla, tanto de la dignidad del ser humano como de la de un animal, pero también de la dignidad de un cargo, de un arte, o de cualquier otra cosa. El concepto de dignidad, pues, remite a aquello que especifica, individualiza y diferencia al objeto con respecto al cual se quiere predicar su dignidad. Ésta, por tanto, remite a las estructuras ópticas del objeto que fundamentan tanto el predicado (dignidad) como las exigencias que se derivan de él (respeto a dicha dignidad). En el caso que nos ocupa, a las estructuras ópticas del hombre que fundamentan su dignidad y las exigencias de respeto a dicha dignidad.

²⁴⁷ Véase *Pufendorf*, *De jure naturae et gentium*, reimpresión no modificada de la Ed. de G. Mascovius, de Frankfurt und Leipzig (1759), en *Minerva* G.M.B.H., Frankfurt a. M., 1967, t. I, Lib. III, Cap. II, N. I [p. 313]: “*In ipso quippe hominis vocabulo iudicatur inesse aliqua dignatio*”.

²⁴⁸ Véase, en este sentido, *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1958, p. 43, e Introducción (n. 90), p. 143.

explicó mediante la ficción de un hombre abandonado en un país desierto. Pero semejante cualidad va seguida de la *socialitas*, es decir, de la necesidad para el hombre de vivir en sociedad con otros hombres²⁴⁹. La *dignidad del hombre* radica, por un lado, en que posee la luz del entendimiento y la capacidad de distinguir y de elegir²⁵⁰, y por ello en que es un ser éticamente libre²⁵¹, y por otro lado en su sociabilidad, es decir, en su *capacidad* de vinculación al orden ético social de una comunidad²⁵². Ahora bien, tal dignidad corresponde en igual medida a *todos* los hombres. Esto supone, a mi juicio, que la dignidad del hombre radica ante todo en su facultad o capacidad de obrar finalmente, es decir, conforme a sentido, y en su capacidad de vinculación a un orden ético-social (sociabilidad), esto es, con la conciencia de que le es posible cumplir su compromiso con dicho orden. Evidentemente no es preciso que el hombre *actualice* tales capacidades. Su dignidad se basa en la simple posesión de las mismas y la detenta incluso aunque no las actualice²⁵³, pues la sociabilidad no tiene por sí misma ninguna fuerza vinculante²⁵⁴. Dignidad humana la poseería en igual medida que cualquier otro hombre, aquél que decidiera apartarse por completo de toda comunidad de hombres para vivir completamente sólo y en un estado completamente inactivo. Así pues, teóricamente sería posible imaginar, como describe el discurso del Derecho penal del enemigo, que algún o algunos hombres renunciaran a la sociabilidad y optaran de ese modo por configurar su vida fuera y al margen de la sociedad, e incluso por oponerse frontalmente al orden de la misma. En estos casos ninguna razón puede haber para negar que una decisión semejante sea la expresión de un hombre éticamente libre, con lo cual también quienes decidieran separarse de un modo duradero de un orden social tendrían que ser reconocidos como personas responsables y ser tratados como tales, es decir, de acuerdo con su *dignidad humana*. Así parece estimarlo *Pufendorf*, al decir que aunque no se pueda esperar de otro hombre nada bueno ni malo, la naturaleza quiere que se le trate como afín y semejante, ya que esta razón por sí sola, aunque no hubiera ninguna otra, es suficiente para que el género humano forme una comunidad pacífica²⁵⁵.

En *Pufendorf*, pues, no hay ninguna base para excluir a ningún hombre de la sociedad. Esto es lógico, pues él no establece distinciones entre los hombres en virtud de ninguna atribución de *status*, sino que se sitúa en el plano ontológico de la *dignidad* del

²⁴⁹ Sobre ello véase *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs* (n. 248), pp. 43 ss. e Introducción (n. 90), pp. 143 ss.

²⁵⁰ Véase *Pufendorf*, *De iure naturae et gentium*, Lib. II, Cap. I, N. 5 [n. 312, p. 145]: “*Maxima inde homini dignatio, quod animam obtinet immortalem, lumine intellectus, facultate res diiudicandi & eligendi praeditam, & in plurimas artes solertissimam*”; cfr. también Lib. I, Cap. III, N. 1 [n. 312, pp. 38 s.].

²⁵¹ Véase *Welzel*, Introducción (n. 90), p. 146.

²⁵² Véase *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs* (n. 248), p. 47.

²⁵³ No puedo entrar aquí, entre otras razones porque ahora nada interesa, en la cuestión de la dignidad de los niños y de los inimputables.

²⁵⁴ Véase, en este sentido, *Welzel*, Introducción (n. 90), p. 146.

²⁵⁵ Véase *Pufendorf*, *De iure naturae et gentium*, Lib. II, Cap. III, N. 16 [n. 312, pp. 206 s.]. Por ello, tiene razón *Muñoz Conde*, cuando advierte que “no parece que los terroristas, narcotraficantes, o miembros de asociaciones mafiosas, a los que en principio se dirige, se sientan especialmente amenazados por este Derecho penal especial, sin garantías” y “puede ser que incluso les legitime en sus ataques al Estado que ya de antemano los excluye y los califica como ‘no personas’”; véase *Muñoz Conde*, *El nuevo Derecho penal autoritario* (n. 3), p. 175.

hombre, la cual poseen todos por igual y no puede ser negada a ninguno. Ahora bien, como aprecia acertadamente *Welzel*, para *Pufendorf*, la igualdad natural de los hombres no es, como pensaba *Hobbes*, una igualdad en las fuerzas, sino una *igualdad en el Derecho* cuyo fundamento radica en la sociabilidad que está dada en la naturaleza humana como tal²⁵⁶. Esta idea de la dignidad humana vinculante para el Derecho constituye, a mi juicio, el argumento decisivo contra el Derecho penal del enemigo. Como un dato de la máxima importancia habría que tener en cuenta ya que, como recuerda y expone documentadamente *Welzel*, la idea de la dignidad del hombre como ser éticamente libre, formulada por *Pufendorf* ya antes de *Kant*, constituye la base a partir de la cual se desarrolla la noción de los *derechos del hombre* y de la libertad²⁵⁷. *Pufendorf* ayudó históricamente a preparar la declaración de derechos norteamericana gracias a la influencia de sus ideas en el pensamiento de *John Wise*, a quien se reconoce como el primer demócrata americano y padre de la democracia americana²⁵⁸. La idea de la dignidad del hombre explica que en la tradición jurídica de las declaraciones de derechos se distinga entre derechos —y garantías— de la *persona*, a la cual hay que entender en este contexto como sinónimo de hombre o de individuo humano, y derechos del *ciudadano*. Los primeros se reconocen a *todo* hombre por el mero hecho de existir²⁵⁹ y algunos de ellos se declaran asimismo como inalienables e imprescriptibles. Los segundos, en cambio, y como es lógico, sólo se reconocen a quienes, como *ciudadanos*, forman parte de una determinada comunidad política, y sí pueden ser objeto de limitación o de privación²⁶⁰. Como recuerda *Ferrajoli*, desde la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789, *hombre* y *ciudadano* constituyen dos *status* subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales, los de la *personalidad*, que corresponden a *todos* los seres humanos en cuanto individuos o personas, y los de ciudadanía, que corresponden en exclusiva a los *ciudadanos*²⁶¹. Entre los derechos del *hombre* en cuanto individuo humano, la Declaración enumera en sus artículos 7 a 10 las garantías del *habeas corpus* y *todas* las garantías penales y procesales. Estas garantías del *hombre* deben considerarse intangibles con respecto a todos, y en su violación hay que ver siempre un atentado a la dignidad del ser humano.

Como ya dije más arriba²⁶², un Derecho penal del enemigo podría encontrar un espacio legítimo únicamente en el caso de que el Derecho penal “ordinario” tuviera como destinataria a la persona o, si se prefiere, al ciudadano, pues un despojo de estas

²⁵⁶ Véase *Welzel*, Introducción (n. 90), p. 145.

²⁵⁷ Véase *Welzel*, Introducción (n. 90), p. 146, y Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs (n. 248), pp. 3 y 49 n. 62a.

²⁵⁸ Véase *Welzel*, Introducción (n. 90), pp. 146 s.

²⁵⁹ Como expresa *Truyol y Serra*, “decir que hay ‘derechos humanos’ o ‘derechos del hombre’ en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”; véase *Truyol y Serra*, Los derechos humanos, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 21.

²⁶⁰ Véase, sobre todo ello, con claridad *Ferrajoli*, Derechos y garantías, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 200, pp. 98 ss.

²⁶¹ Cfr. *Ferrajoli*, Derechos y garantías (n. 260), p. 99.

²⁶² Cfr. *supra* p. 34.

condiciones deja al descubierto al individuo humano, y dicho despojo aún dejaría un espacio de legitimidad para una regulación jurídica que, aun siendo diferente y excepcional, no entrara en conflicto con la dignidad del ser humano. Pero si, como he tratado de demostrar, es cierto que el Derecho penal no tiene como destinatario a la persona *jurídica*, esto es, a la persona entendida como construcción normativa, sino al *hombre*, entendido como individuo humano, entonces no debe ser posible fundamentar legítimamente ningún “Derecho penal del enemigo”, esto es, ningún ordenamiento diferente y excepcional. Si las reglas de este Derecho penal tuvieran unas características sólo “especiales” —no excepcionales— en razón de las particularidades de los hechos o de los autores a los que se dirige, de tal modo que las mismas partieran de la consideración de sus destinatarios como personas responsables y fueran, por consiguiente, compatibles con el debido respeto a la dignidad del ser humano, entonces estaríamos en presencia de un mero sector particular del Derecho penal. En este caso, la denominación Derecho penal del “enemigo” no tendría más que un sentido formal y semántico, o, si se quiere, para decirlo con palabras de *Schünemann*, el valor de una “metáfora engañosa”²⁶³. Si, por el contrario, las reglas de un tal ordenamiento prescindieran de la consideración de sus destinatarios como personas responsables, de modo que implicaran una infracción del principio material de justicia, de validez *a priori*, del respeto a la dignidad del ser humano, entonces habría un fundamento absoluto para reconocer a tales reglas como *injustas*, negarles el carácter de Derecho y, con esto, también su fuerza obligatoria²⁶⁴.

El Derecho penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso²⁶⁵. Un ordenamiento que incluyera reglas incompatibles con la dignidad del ser humano, como se ha dicho, sería *injusto*, y daría lugar a que el Estado quedara desvinculado del Derecho, toda vez que, como proclama el art. 1 de la CE, la *justicia* es un valor superior del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho. Ni siquiera el hombre puede disponer de su dignidad, porque ésta es una cualidad inseparable de su substrato ontológico²⁶⁶. Como ya vimos, para *Pufendorf* la cualidad más sobresaliente del hombre es la que él designó con el nombre de *imbecilitas* y entendió como el desamparo del hombre entregado a sí mismo. Semejante cualidad tiene como fuerza neutralizadora a la *socialitas*, es decir, a la necesidad para el hombre de vivir en sociedad con otros hombres, la cual es actualizable gracias a la libertad ética del hombre, es decir, a su dignidad. Un hombre que, renunciando a la sociabilidad, optara por configurar su vida fuera y al margen de la sociedad, y se opusiera incluso frontalmente a su orden, expresaría también en ello una decisión de libertad ética y con ella mantendría intacta

²⁶³ Véase *Schünemann*, GA 2001, p. 212.

²⁶⁴ Véase en este sentido, en general, *Welzel*, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp. 286 s., y, en el mismo sentido, con abundantes referencias bibliográficas, *Cerezo* PG I, 6ª ed., p. 20 y n. 25.

²⁶⁵ Cfr. en sentido similar *Muñoz Conde*, *Edmund Mezger* (n. 3), p. 118.

²⁶⁶ En este sentido, dice *Maunz-Dürig*, que la dignidad es irrenunciable y corresponde a todo hombre, incluso al que presta su consentimiento para ser sujeto pasivo de una acción degradante; cfr. *Torío*, PJ nº 4 (1986), p. 82.

su dignidad²⁶⁷. En esa situación, sin embargo, tendría que enfrentarse él solo a ese orden, extraño a él, configurado como sociedad por otros hombres, y tendría también que esperar respuestas y reacciones de dicho orden del mismo modo que tiene que esperarlas del orden físico–natural con el que se relaciona e interactúa. Ahora bien, mientras que las respuestas y reacciones del mundo físico–natural son necesarias e inapelables, las del mundo social sólo son contingentes, pues solo pueden ser entendidas como producto de convenciones entre hombres, es decir, de seres iguales al que ha decidido libremente renunciar a la sociabilidad para mantenerse él solo en la *imbecilitas* de que hablaba *Pufendorf*. Pero así como las reacciones y respuestas del mundo físico–natural no conocen nada acerca de su medida ni de su justicia, porque son así y no pueden ser de ningún otro modo, las del mundo social, por el contrario, en la medida en que no son necesarias, sí tienen que ser medidas con los criterios del valor, de la justicia y de la proporcionalidad. Por todo esto, parece necesario reiterar aquí la llamada de *Pufendorf*, y entender con él que aun cuando no se espere de otro hombre nada bueno (ni malo), la naturaleza quiere que se le trate como afín y semejante nuestro, porque esta razón basta por sí sola, aunque no hubiera ninguna otra, para que el género humano forme una comunidad pacífica²⁶⁸. Por otro lado, hay que tener en cuenta que en muchos de los supuestos que quieren ser absorbidos por el discurso del Derecho penal del enemigo, se trata de casos típicos de delincuentes por convicción²⁶⁹. Ahora bien, como dijera *Welzel*, “también aquí, y precisamente aquí, el Derecho deberá mostrarse como *Derecho* y no simplemente como *poder*”²⁷⁰, para que de ese modo “la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica *entre ideas*, y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre”²⁷¹.

²⁶⁷ Véase en sentido similar *Ferrajoli*, *Derecho y razón*, 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 481.

²⁶⁸ Véase *Pufendorf*, *De iure naturae et gentium*, II, cap. III, 16.

²⁶⁹ Véase en este sentido, *Díez Ripollés*, *JpD* n° 49 (2004), p. 37, y *RECPC* n° 6 (2004), p. 24.

²⁷⁰ Véase *Welzel*, *Introducción* (n. 90), p. 267 (cursivas del autor); véase además *Welzel*, *Gesetz und Gewissen*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp. 297 ss.

²⁷¹ Véase *Welzel*, *Introducción* (n. 90), p. 267.