



Sobre cómo se fundamenta el concepto de persona y de la pena en el derecho penal de enemigo

Susana Valencia Cárdenas

Estudiante, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,

Universidad de Antioquia. Correo electrónico:

susanavalencia@gmail.com

Resumen

A través del presente texto se exploran los conceptos de persona y de pena en el derecho penal de enemigo, un tema que merece especial atención en tanto surge tras la afirmación de la despersonalización del individuo. Aunque aún no se ha establecido definición alguna, el análisis respecto de estos conceptos a partir de lo que hoy conocemos como derecho penal de enemigo resulta fundamental, máxime teniendo en cuenta que para sus elaboraciones se parte de postulados filosófico-políticos que le son útiles para interpretar lo jurídico suponiendo la *privación de derechos* de quien decide separarse del ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Liberalismo, persona, normativismo, derechos, enemigo, guerra.

Sobre cómo se fundamenta el concepto de persona y de la pena en el derecho penal de enemigo

1. Referencia a la discusión Comunitarismo vs. Liberalismo político

El resurgimiento del comunitarismo, interpretado como fuerte reacción a postulados liberales y contractualistas, y heredero de concepciones aristotélicas y también hegelianas, ha formulado duras críticas sociológicas, epistemológicas y políticas al postulado neocontractualista propuesto por Rawls.¹ En ese sentido, se destaca la discusión en torno al *concepto de persona*.

Para esta corriente, el individualismo liberal es inaceptable, puesto que plantearía la existencia del sujeto como desvinculado o separado de la sociedad. Sólo es posible el individuo si sostiene una estrecha relación con la *comunidad* entendida en el sentido ético y abstracto que, según ha afirmado Alcácer, se encuentra en dicha concepción filosófica. En tal sentido, el sujeto se encuentra vinculado valorativa y afectivamente –v.gr. en sus tradiciones y costumbres– a la comunidad de la cual es parte. Hay un contextualismo evidente.

El sujeto moral hegeliano y de fundamentación comunitarista, concebido desde un punto de vista normativo, no sólo no elige sus fines en la comunidad de la cual extrae su identidad, esto es, no cumple el paradigma de sujeto racional y reflexivo propio del liberalismo y según el cual los individuos estarían en capacidad de darse unas normas propias, previo acuerdo en virtud de su autonomía, racionalidad y libertad; sino que, además, interioriza valores o fines morales que lo determinan. La comunidad ética preexiste al individuo y no éste a ella. Aquella tiene la capacidad de determinar y constituir a éste, quien *internaliza* dichos valores éticos.

Es de ese modo que, en virtud de la *vinculación* del sujeto a los valores de su comunidad consagrados por el derecho, resulta necesario un ejercicio de *fidelidad* acrítica al mismo. Según el autor citado, las consecuencias de ello podrían ser sintetizadas en una protección mediante la fuerza –o coacción– de los valores éticos inmersos en la comunidad, también en la existencia de un deber de obediencia al derecho dirigido apriorísticamente y que se basa en la identificación moral colectiva.

De ahí que el delito ya no es concebido como lesión de bienes jurídicos, sino como infracciones de deber, esto es, del deber de obediencia a actuar conforme a los valores morales de la comunidad.

¹ Alcácer Guirao, Rafael (2004). *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía del Derecho. págs. 167 y siguientes.

2. Relación con el fin de protección de la vigencia de la norma

Puede afirmarse que bajo esta concepción, el derecho penal abandona supuestos liberales, en tanto no se concibe en función de la protección de intereses individuales –que por extensión podrían denominarse bienes jurídicos–, sino de la protección de *la comunidad*, lo que podría implicar un viraje hacia una concepción organicista de la sociedad. El individuo debe, según ello, acoplar su comportamiento según sea funcional al mantenimiento del *status quo* presente en el *todo*, o mejor, en un órgano ético abstracto y supraindividual.

A ello conduce la teoría de Jakobs, pues introduce un conjunto de ideas provenientes de la teoría sistémica social, cuyo origen luhmaniano deja entrever una concepción organicista de la sociedad. La existencia del individuo tiene lugar en tanto *sistema psicofísico autónomo*, lo que implica, según esa teoría, el abandono de los intereses individuales frente a las necesidades del sistema social.²

De dicho individuo cabe esperar comportamientos adecuados a la norma. Por tanto, cuando ella aparece quebrantada por el delito, la pena se impone para restablecer la vigencia de la norma misma: desacreditar o desvalorar y *contradecir* la conducta del sujeto que la ha transgredido, existiendo así una protección a *expectativas normativas* en lugar de una protección efectiva a bienes jurídicos.

Según lo planteado, la sanción penal se *justificaría* puesto que expresaría de modo simbólico el restablecimiento de la confianza en la norma por parte de los demás individuos que intervienen en el tráfico social, a pesar de la contradicción a la misma en razón de la acción delictiva.

De otro modo, Jakobs ha afirmado que la personalidad *real* es condicionada o fundamentada sólo si la conducta de dichas personas –reales– se adecua a la norma. En este sentido, en una sociedad democrática existe un consenso sobre las normas que habrían de regular la vida en la sociedad. Sin embargo, el calificativo de *ciudadanos* sólo sería otorgado a quien cumpla con la expectativa plasmada en la norma, esto es, sólo frente a quien garantiza que su comportamiento resultará conforme a derecho. Así, por el solo hecho de existir un consenso sobre las normas, se asume un respeto incondicionado, acrítico e irreflexivo al derecho.³

Siguiendo directamente a Jakobs,⁴ se encuentra una caracterización del concepto de persona, no como aquella a quien ha de garantizársele la seguridad en sus

² *Ibid.* pág. 88.

³ Alcácer, al exponer la postura de Jakobs, sostiene que el derecho penal resultaría entonces dirigiéndose a las *potenciales víctimas* que son sujetos respetuosos del derecho, y no a potenciales delincuentes.

⁴ Jakobs, Günther (2004). *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Editorial Tirant lo Blanch. págs. 53-64.

bienes, sino como titular de derechos y obligaciones que le confieren un especial *status* dado a su vez por un estado de juridicidad que por lo demás aparece vulnerado con el hecho lesivo; con lo que el delito no se concibe, por tanto, como lesión de bienes sino como lesión a la juridicidad, a la norma propiamente.

Jakobs plantea un polémico distanciamiento en lo que se refiere a la función de la pena cuando afirma que la misma no ha de estar referida a la protección de bienes jurídicos; tampoco a la prevención del delito; aquella más bien –sostiene–, habría de entenderse como una *marginalización* del hecho delictivo, puesto que éste significa lesión a la norma.

El fin que se le otorga a la pena, entonces, resultaría ser un mensaje en virtud del cual se desautoriza el delito y se le considera como inválido para dirigir la conducta de los otros sujetos inmersos en el tráfico social. La pena reafirma la validez y la existencia de la norma quebrantada, resultando, además, confirmada la identidad o configuración social –normativa–,⁵ lo que plantearía el tema de la seguridad normativa y la seguridad cognitiva.

En el esquema de pensamiento de Jakobs se introduce también una diferenciación de las funciones de la pena: *abierta*, en tanto confirma la identidad social; y *latente*, como prevención general positiva –motivación a la no realización de hechos que vulneren la existencia normativa–.

Según dicha diferenciación de funciones, la pena habría de dirigirse a destinatarios diferentes. El fin de confirmación se dirigiría a quienes participan en la *comunicación*, que poseen *disposición jurídica* –esto es, voluntad de acatar los preceptos normativos– y quienes no han de tomar en serio el hecho lesivo como una *comunicación válida* o pauta válida de comportamiento, precisamente, por la imposición concreta de la pena al autor de dicho hecho lesivo.

Por la disposición jurídica que poseen las personas intervinientes en la *comunicación*, para Jakobs, éstas no requieren ni intimidación ni costumbre a la fidelidad al derecho.⁶ Esto sólo es requerido por quienes él considera que no tienen, *per se*, disposición jurídica. Si ésta última está ausente, no se le puede considerar a un sujeto como titular de los atributos propios del *status* de persona. El tratamiento como tal requiere la condición esencial de que el sujeto brinde un aseguramiento cognitivo de que su comportamiento será adecuado a la norma. Si esta garantía no es dada de modo que del comportamiento del sujeto resulte la defraudación de una expectativa normativa, será privado del *status* de persona,

⁵ Esto es denominado por Jakobs vigencia contrafáctica, en tanto marginalización del hecho lesivo como presupuesto para restaurar la vigencia plena de la norma, ó mejor, un *estado de juridicidad*. Si bien en este punto podría plantearse la diferenciación entre seguridad normativa y seguridad cognitiva, que no se considera pertinente desarrollar en estas líneas.

⁶ A mi modo de ver, la expresión es “ser fiel a” algo y no “ser fiel de” algo.

catalogándose así como *enemigo* de la sociedad que reaccionará contundentemente frente a él.

La defensa de la sociedad contra el hecho (o agresión) de un individuo deviene necesaria, no sólo contra agresiones actuales, sino también contra *agresiones futuras*.⁷

3. Derecho penal de enemigos y derecho penal de ciudadanos

Para Jakobs, el derecho penal aplicable a los sujetos antes aludidos posee reglas diferentes a las del derecho penal aplicable a sujetos con disposición jurídica o a ciudadanos.⁸ Aquel derecho penal implica un comportamiento *basado en reglas*, pero aplicable a un individuo que se aleja de modo duradero del derecho y que, de este modo, no garantiza un mínimo cognitivo de seguridad de que su comportamiento resultará adecuado a la vigencia fáctica de una norma. En razón de ello, estos sujetos habrían de ser neutralizados, pues no ofrecen la suficiente seguridad cognitiva que requiere garantizar un sujeto para ser tratado como persona, lo que supone una *exclusión regulada* por normas jurídicas. Frente a esto, el derecho penal de enemigos lleva intrínseco un elemento bélico, en tanto, se plantea que el Estado sostiene una *guerra* contra sus enemigos, un combate permanente, pero esto solo para garantizar la pervivencia del mismo, del *statu quo* de vigencia de la norma, e, incluso, de la misma forma de organización estatal.

Por otra parte, Jakobs sostiene que ello obedece a un –supuesto– principio de racionalidad kantiana, según el cual, cualquier sujeto puede obligar o compeler a otro a que se adhiera a las normas que prevén garantías y normas dadas, a su vez, por el Estado. A ello se denomina una “constitución ciudadana” a la cual han de sujetarse todos los miembros de la sociedad. Sin embargo –y esto merece todas las objeciones del caso–, Jakobs afirma que en razón de ello se justifica la exclusión: hay unos sujetos que por principio no se dejan ni coaccionar ni compeler, y que por tanto no quieren hacer parte de la *constitución ciudadana*. No permiten la comunicación con el sistema. Ellos significan perturbación y, por tanto, han de ser excluidos. Las normas del derecho penal de enemigo, en ese sentido, deben separarse estrictamente de las que regulan la conducta de los ciudadanos, puesto que, así se podría persistir cada vez más en tratar a quienes se niegan a entrar en la *constitución ciudadana* como *personas* de derechos.

⁷ Jakobs caracteriza esto como defensa frente a riesgos futuros, a diferencia del enjuiciamiento de los hechos cotidianos, propio de un derecho penal de ciudadanos; ver: Jakobs, Günther; Cancio Meliá, Manuel (2005). *Derecho penal del enemigo*. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía del Derecho. 70 pp.

⁸ Jakobs, Günther (2004). *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Editorial Tirant lo Blanch. p. 58.

También menciona una diferenciación entre la pena en el Estado, que supone el quebrantamiento de un orden existente por el delincuente y que ha de ser estabilizado por la vía de la imposición de la pena; y la de una *pena en el estado de naturaleza*, que resulta siendo una coerción, esto es, el mismo uso de la fuerza contra aquél que resulta excluido de la sociedad –o mejor, del orden deseado por todos–. Jakobs sugiere que es posible que no resulte ilegítimo obligar a otro a acogerse a un estado de juridicidad, esto es, en términos kantianos, a la *constitución ciudadana*.

La ciencia del derecho penal, a sentir de Jakobs, debe encaminarse a diferenciar y estructurar los diferentes tratamientos jurídico-penales planteados en un contexto de internacionalización del derecho y de influencia de criterios de eficiencia económica en el derecho penal. De lo contrario, afirma, podría “perderse a sí misma”.⁹

En estas diferenciaciones amigo –ciudadano– y enemigo –individuo no sujeto a derechos–; y derecho penal de ciudadano–derecho penal enemigos, se enmarca lo referente a la teorización jakobsiana que se ha intentado esbozar hasta el momento. A continuación se expondrán los asuntos más relevantes desde lo filosófico, lo político y lo jurídico.

4. Algunos aspectos de los supuestos filosóficos presentes en Jakobs

Siguiendo al autor Portilla Conteras,¹⁰ es posible indicar que resulta falsa la dicotomía *derecho penal de enemigos–derecho penal para ciudadanos*, en virtud de la cual las garantías quedan eliminadas. Jakobs, dice, en un trabajo presentado en un importante Congreso de profesores alemanes de derecho penal (1985), admitía excepcionalmente la construcción de un derecho penal de enemigos. Sin embargo, con posterioridad, este teórico vio la necesidad de su implantación, convirtiéndolo en regla: en Jakobs, dice con acierto Portilla, es más importante la defensa del Estado y su seguridad mediante el sacrificio de principios liberales y de categorías como la culpabilidad, la proporcionalidad y el *hecho*. En ese sentido, propone un cambio hacia un derecho penal de autor. Esto, a sentir de Jakobs, es solo un diagnóstico del cual él se asume como mensajero. No obstante, a más de describir, Jakobs termina por ofrecer también una *legitimación* a lo que considera una forma jurídica, legitimación, además, contractualista. El derecho penal dirigido a los enemigos implica, por lo demás, un continuo *estado de excepción* en el tratamiento frente a ellos.

⁹ Ibid. p 61-63.

¹⁰ Portilla C., Guillermo (2006). *La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el derecho penal y procesal penal del “enemigo”*. En: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coordinadores). *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Volumen 2. Editoriales Edisofer y Euros editores. págs. 662 y siguientes.

Por ello, los argumentos filosóficos que utiliza Jakobs son de índole contractualista, schmittiana y estructural-funcionalista.

Portilla¹¹ traza un interesante paralelo con Rousseau, en el sentido de que Jakobs comparte con éste la enunciación y conceptualización de la categoría *enemigo* como aquél que quebranta el pacto social y que ha perdido toda condición de sujeto moral en razón de dicha desvinculación al consenso. Ese sujeto, además, pone en peligro a los demás ciudadanos, por lo que deja de ser miembro del Estado y es objeto de aplicación del derecho a la guerra, la exclusión, e incluso, la muerte. La conservación del delincuente no es posible, para Rousseau, si se pretende conservar además el Estado.

A pesar de dicha vinculación, Portilla advierte que Jakobs ha señalado cierto distanciamiento frente a dichas tesis, en el entendido de que considera inadmisibles sostener que todo delincuente, por el hecho de serlo, pierde su condición de ciudadano, pues, si así pudiera admitirse, no se podría alcanzar ni la resocialización del individuo ni la reparación por el delito cometido.

Con respecto a la conexión que existe con Hobbes, para quien el Estado es constituido con el fin de garantizar la seguridad de los individuos que para ello someten su voluntad a la de otro, a su vez, por el temor de retornar al estado de naturaleza en que no es posible la existencia de una ciudadanía, el temor al castigo proporciona seguridad, no el contrato. Con ello, es la sumisión y la dominación de los súbditos lo que confiere poder al soberano. Si uno de los miembros del Estado –que le debe fidelidad a su soberano– es reacio a la cooperación en el pacto, es despojado del mismo, y retorna por esto al estado de naturaleza resultando legítima su destrucción por cualquier otro individuo o por el soberano mismo, el daño que recae sobre ese individuo, considerado a su vez como enemigo, no es injusto, ni se puede denominar castigo, pues si ese sujeto no actúa conforme a la ley, se le puede dañar o eliminar sin arreglo a las mismas.

De ahí que Hobbes, en la lectura de Portilla, también introduce una diferenciación similar a la introducida por Jakobs: el derecho penal aplicable a los súbditos y el derecho penal aplicable a los enemigos. Las transgresiones al pacto cometidas por estos los sitúan por fuera del derecho penal que en principio es aplicable a los súbditos, por ser enemigos del Estado, una amenaza a su pervivencia.

También con Kant posee una aparente vinculación, para quien la exclusión del enemigo deviene justificada en tanto la instauración de la *constitución ciudadana* antes aludida conlleva la obligación de pertenencia de todos quienes no desean retornar al estado de naturaleza bélico, lleno de hostilidades, esto es, al estado de constante antijuridicidad. No obstante, en palabras de Portilla, esto no resulta suficiente para delimitar al delincuente-enemigo y al delincuente-persona.

¹¹ *Ibíd.* p. 662.

Asimismo, según señala Portilla, las ideas jakobsianas del derecho penal y procesal penal se relacionan estrechamente con la concepción que de lo político sostiene Schmitt, en la medida en que este último distingue entre el extranjero, quien es enemigo colectivo legítimo, y el “otro” enemigo –el interior o rebelde– susceptible de persecución y eliminación, pues es necesario mantener el orden estatal que ha alterado. Las normas suponen un orden o una situación de paz, de seguridad, que ha de ser preservada por el Estado; de allí su poder de definición del enemigo.

En opinión de Portilla, Schmitt vincula la dicotomía amigo-enemigo a la preservación de lo político y a la misma diferenciación entre política exterior y política interior. Las estrategias para mantener el orden interno tocan entonces lo policial, lo que no es simple ficción teórica, pues resulta verificable en la realidad.¹² Pero la dicotomía amigo-enemigo, en opinión atinada de Portilla, es la base de la relación derecho penal de ciudadano–derecho penal de enemigos. Además de ello, se hace notorio que Jakobs asume el planteamiento de la posibilidad de decisión –definición o determinación– por el Estado de aquellos a considerar como enemigos, las medidas para combatirlos, y también –y como si no bastara con lo anterior–, la posibilidad de eliminarlos o, lo que es lo mismo, de disponer libremente de su vida. Dicho combate habría entonces de llevarse a cabo fuera de la constitución civil, esto es, sin las leyes y parámetros estatales: se da en el estado de naturaleza –mediante las armas–, como consecuencia de la negación de un estado de juridicidad o de vigencia de la norma. Por ello, quien hoy es susceptible de catalogarse como enemigo es, entre otros, el individuo terrorista, quien con su conducta no ha garantizado ni garantizará cognitivamente que su conducta resultará conforme a las normas.

La peligrosidad es noción obligada para este esquema de pensamiento que plantea una lucha indiscriminada contra el terrorismo, en virtud de la cual los enemigos (terroristas) son no-personas de modo absoluto, esto es, su condición como ciudadanos es imposible de conferírseles. Se le confiere entonces a este derecho penal de enemigos unas reglas diferentes que implican la supresión de garantías procesales –mediante, por ejemplo, el aislamiento del procesado–; un estado de criminalización previo materializado como adelantamiento de la punibilidad de hechos no solo ya realizados sino por realizar, y la creación de delitos de peligro abstracto, relacionados con organizaciones criminales o terroristas, lo que significa una “lucha” contra la comisión de conductas peligrosas.

Desde la perspectiva luhmaniana, por ejemplo, la fundamentación de la concepción de la persona se basa en una comunicación supraindividual, que es supuesto para la interacción entre los individuos y para el funcionamiento del conjunto de la sociedad. Por ello, junto a la existencia de la persona, se incluye,

¹² El ejemplo a referir, aunque sea de paso, es la legislación antiterrorista vigente en cada país que adhiere a la denominada “lucha contra el terrorismo”.

además, la posibilidad de su exclusión: no todos participan en la comunicación que incluye conceptos como la libertad y la igualdad en la interacción individual, por lo que aquellos que se sustraen a la forma de interacción que supone el contrato social, son irrelevantes como personas;¹³ estas no se conciben como sujetos que de modo autónomo son titulares de derechos. En ese sentido, el *status* de persona es eminentemente normativo, pues para Jakobs, según interpreta Portilla, el complejo normativo establece las características de juridicidad propias de las personas. Así, los deberes que el individuo tiene hacia la sociedad le confieren su estatus de persona, que, por lo demás, se interrumpe cuando éste se encuentra en imposibilidad de cumplir sus deberes con el grupo. La obediencia del individuo implica una satisfactoria interiorización de sus deberes sociales y su efectivo cumplimiento lo convierte en persona. Para la teoría de sistemas, el *todo* inventa o condiciona al *individuo*.

Sin embargo, Portilla, y en sí aquellos que bien podrían considerarse teóricos críticos de Jakobs, cuestionan la fidelidad estricta de éste a los planteamientos luhmanianos, en la medida en que existiría en Jakobs una aparente contradicción al afirmar desde la teoría de sistemas que el sujeto es determinado por un conjunto social, y que, a su vez, el sujeto penal existe por sí mismo y con libertad; tratando así como real al sujeto, mientras que para la teoría de sistemas no es más que una ficción o categoría normativa jurídica.

Las contradicciones que merece Jakobs, advertidas no sin fundamento por Portilla, consisten en afirmar que el verdadero peligro se encuentra en una interpretación o aplicación errónea de la teoría de sistemas al funcionalismo jurídico penal de Jakobs, y no en la existencia de organizaciones criminales ni de terroristas.

El fin que se le asigna a la pena consiste, en un derecho penal de ciudadanos, en mantener o restablecer la vigencia de la norma, y en un derecho penal de enemigos, en poseer el fin de combatir peligros representados en un sujeto amenazante para el orden establecido. En razón de ello, la legislación jurídico-penal deviene preventiva y emplea medidas de seguridad para marginalizar al individuo peligroso y a los riesgos creados por él para la generalidad.

Por eso, Jakobs afirma que la pena ha de dirigirse a personas de quienes predica una capacidad de actuar conforme a derecho, mientras que las medidas de seguridad se dirigen a los individuos peligrosos, lo cual implica una lucha o combate frente a los mismos y no una comunicación de la cual ese sujeto no es partícipe.¹⁴ El sujeto delincuente ha infringido el contrato, por tanto, pierde todo derecho a gozar de sus beneficios. De ahí su tratamiento diferenciado, puesto que ya no vive con los demás dentro del estado de juridicidad; hay un desviado por principio, y no uno simplemente ocasional.

¹³ *Ibíd.* p. 674.

¹⁴ Jakobs, Cancio. *Op. cit.* pág. 19.

En suma, Jakobs intenta legitimar y no sólo describir los supuestos de una teoría jurídico-penal que acoge como presupuesto la excepción presente en la obra schmittiana, así como un estado de guerra permanente contra quien actúa, por principio, de modo injusto. De ahí que lo que se plantea como el retorno a un estado de naturaleza es, por supuesto, el argumento utilizado en semejante esquema de pensamiento funcional radical para cimentar un tratamiento desigual e instrumentalizador al *sujeto excluido*.

Referencias bibliográficas

Alcácer Guirao, Rafael (2004). *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía del Derecho. págs. 167 y siguientes.

Jakobs, Günther (2004). *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Editorial Tirant lo Blanch. págs. 53-64.

Jakobs, Günther; Cancio Meliá, Manuel (2005). *Derecho penal del enemigo*. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía del Derecho. págs. 17 y siguientes.

Portilla C., Guillermo (2006). *La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el derecho penal y procesal penal del "enemigo"*. En: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coordinadores). *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Volumen 2. Editoriales Edisofer y Euros editores. págs. 662 y siguientes.