

Reflexiones sobre el Derecho Penal del Enemigo

Por Federico Hernán Villena¹

1. Introducción

Lamentablemente, las situaciones que motivan la existencia de lo que se ha dado en llamar un “derecho penal del enemigo”, 35 años después de que Günter Jakobs acuñara el concepto², siguen más vigentes que nunca. El pasado 29 de octubre, tres personas murieron y varias resultaron heridas en un ataque con un arma blanca en la catedral de Niza, al sur de Francia, al grito “Alá es grande”. El presidente Emmanuel Macron lo consideró como un “ataque terrorista islamista” y elevó el nivel de alerta antiterrorista de su país al máximo nivel. El atacante, que fue gravemente herido tras recibir varios disparos de parte de los agentes, había llegado hacía pocos días desde Túnez. El presidente Macron señaló: *“Si somos atacados de nuevo es por nuestros valores, por la libertad, por la posibilidad de creer libremente y no tener que ceder a ningún espíritu de terror (...) Lo diré claramente una vez más: no cederemos nada”*. También anunció el aumento del número de militares desplegados para proteger iglesias, escuelas y otros lugares, que pasará de 3000 a 7000.³

Ese mismo jueves 29 de octubre se produjeron otros casos: en Montfavet, Aviñón, Francia, donde la policía abatió a un hombre que amenazó a los agentes con un revólver; y en Yeda, Arabia Saudita, fue atacado el consulado de Francia⁴.

Pocos días antes, el 16 de octubre, el profesor de colegio secundario Samuel Paty fue decapitado en Conflans-Sainte-Honorine, en los suburbios de París, después de haber mostrado caricaturas de Mahoma a sus estudiantes. El presidente Macron reivindicó el derecho a publicar las caricaturas y anunció que el gobierno aumentaría las medidas para combatir al islamismo radical. También sindicó al islamismo político como responsable de lo ocurrido con Paty.⁵

Niza también fue escenario de una matanza en 2016 cuando un tunecino condujo un camión hacia la multitud que celebraba el Día de la Bastilla y mató a 86 personas.⁶

Aún se recuerda de modo muy patente el atentado al semanario Charlie Hebdo, cuya redacción fue atacada con motivo de la publicación de caricaturas de Mahoma en 2015.

Por otra parte, recientemente el ministro de Defensa turco calificó a las caricaturas de Charlie Hebdo como una “actividad terrorista”.⁷

En este difícil contexto, nos permitimos reflexionar una vez más sobre el problema del derecho penal del enemigo.

Diez años después de la publicación de Jakobs, la expresión “derecho penal del enemigo” fue utilizada por Luigi Ferrajoli para describir la lógica de las leyes penales de excepción o del estado de excepción, frente a las propias de un Estado de derechos⁸, que fueron desarrollándose a lo largo de la historia occidental de los últimos quinientos años. Nuevamente Jakobs abordó el tema, luego del ataque a las Torres Gemelas en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, renovando y ampliando los conceptos que esbozó en el año 1985⁹.

El derecho penal del enemigo generó en la doctrina jurídico-penal un fuerte debate, donde tomaron partido distintos autores de nuestro país, como de América Latina y de Europa.

Hemos decidido aportar un nuevo trabajo a la variada colección existente sobre el tema, con el fin de aproximar al lector o lectora a un tema cuya genealogía cuenta con una densidad conceptual especial, con la esperanza de que pueda resultar de utilidad a modo de breve introducción. Comenzaremos por sintetizar el pensamiento de Jakobs sobre el derecho penal del enemigo y luego realizaremos algunas observaciones de índole iusfilosófica.

2. Derecho Penal del Enemigo. La tesis de Jakobs.

El autor de la obra, profesor de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, Günter Jakobs, más allá de proponer un análisis más descriptivo que valorativo, planteó “El Derecho Penal del Enemigo” como táctica de contención del avance del poder punitivo que viene desarrollándose en los sistemas penales occidentales, intentando circunscribirlo a un círculo de autores y evitar que abarque a todos los criminalizados: delimitarlo para que no se extienda y contamine todo el derecho penal.¹⁰

El Derecho Penal busca, a través de la amenaza de imposición de penas, lograr la existencia del ordenamiento jurídico establecido. En este sentido la pena busca ratificar la vigencia de la norma, la cual sufrió una “desautorización” por parte del autor (ciudadano) de un hecho que se encontraba prohibido: el método a través del cual una norma existe y no constituye una mera idea es la imposición real de penas para aquellos que la infringen¹¹. Es la manera de demostrar que la afirmación del autor es irrelevante, pues, sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía.¹²

Sin embargo, la pena no sólo cumple esta función, sino también busca el aseguramiento, no ya del ciudadano racional, sino del individuo peligroso. De esta segunda función de la pena, nace la concepción de “Derecho Penal del Enemigo”, en contraposición con el “Derecho Penal del ciudadano”, en el sentido de regulación jurídica de la relación entre ciudadanos, titulares de derechos y obligaciones. En cambio, la relación con un enemigo no se determina mediante el derecho, sino mediante la coacción.¹³

En esta estructura, jerárquica si se quiere, que establece el autor, de ciudadanos y enemigos, asigna al ciudadano la calidad de “sujeto de derecho”: el ciudadano puede cometer un injusto, puede delinquir y, entonces, será sometido a un proceso penal, con todas las garantías procesales en su resguardo que contempla el

Estado de Derecho. Ello, por cuanto el ciudadano no delinque de modo persistente por principio. Por el contrario, aquella situación reviste en su vida un carácter excepcional. Además, el delito del ciudadano no está llamado a poner en riesgo la permanencia del Estado ni de sus instituciones. Ejemplos de ello son el sobrino que mata a su tío para cobrar la herencia o el administrador de bienes que *procura* un beneficio indebido para sí. Ambos han dañado la vigencia de la norma y por ello han sido llamados, en modo coactivo, a equilibrar el perjuicio ocasionado, pero en cuanto ciudadanos.¹⁴

O sea, los miembros de una sociedad son definidos como personas en tanto y en cuanto sujetos a los cuales se dirigen normas, con la expectativa de que la acaten. La persona es, en este esquema, aquél a quien se le adscribe un rol de ciudadano respetuoso del derecho, y por tanto se espera de él que se comporte como tal. Las infracciones a las normas, al defraudar la expectativa de que se las acate, las desautorizan, las ponen en tela de juicio. Ante esta situación, la pena surge como confirmación de su vigencia, y por ello se dirige en igual medida al infractor y al resto de la sociedad, con el propósito de ratificar que el plexo normativo de orientación sigue siendo el mismo, ratificación ésta que se produce al señalar la conducta del infractor como comportamiento que no debe ser. Sin embargo, la pena también es violencia materializada contra el infractor, pero al castigarlo, el Estado honra al infractor, ya que toma en serio su hecho como el hecho de una persona capaz de poner en discusión, en el plano del sentido, las normas que estructuran la sociedad.¹⁵

En cambio, el enemigo delinque por *principio*. Son aquellos casos en los cuales la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera. Entonces, el individuo pierde su *status* de ciudadano y se transforma en enemigo, porque quien no admite entrar en un estado de ciudadanía, no puede participar de los beneficios que asigna este estado. Esta nueva calidad conlleva la pérdida de las garantías que gozaba como “ciudadano”: la relación enemigo-Estado es pura coacción. Es la guerra y quien la gana determina qué es norma y qué no, y el que pierde deberá someterse a ello. El Estado hará con el enemigo “lo que hay que hacer”.¹⁶

Contra el enemigo, el Estado sólo ejerce fuerza pues al no considerarlo persona, no espera que él acate las normas, su comportamiento hostil no es percibido como una desautorización de esquema normativo de la sociedad, sino solamente como medio ambiente perturbador. Esto quiere decir que el trato con un enemigo, sólo formalmente puede ser definido como “Derecho”, ya que en el mejor de los casos se trata de lidiar con una porción de naturaleza y no con una persona.¹⁷

Sin embargo, existen límites: en primer lugar, el Estado no necesariamente excluirá al enemigo de todos sus derechos, pues mientras se encuentre sometido a custodia de seguridad, seguirá siendo propietario de cosas. En segundo lugar, el Estado puede “contenerse” en algunos aspectos con el objetivo de no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz.

El enemigo lesiona ya por su estado en ausencia de legalidad, que amenaza constantemente. La sociedad le teme y lo considera un peligro. Por ello, aparece el

derecho de la sociedad a procurarse seguridad. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona; lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de los demás.¹⁸

Jakobs, identifica instituciones jurídicas del Estado de Derecho que confirman sus tesis.

En el ámbito del *derecho sustantivo*, los casos de *legislación de lucha* (contra el terrorismo, contra la criminalidad organizada, el narcotráfico, la criminalidad económica, etc.). El Estado plantea combatir a individuos que, por las características de los delitos que cometen y su reiteración en el tiempo, se han apartado de manera duradera del Derecho. No se trata de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro. Por ello, la punibilidad se adelanta hacia el ámbito de la preparación, pues el punto de partida no lo constituye el daño en la vigencia de la norma sino el hecho futuro, los peligros futuros.¹⁹

En el *derecho procesal*, menciona el instituto de la prisión preventiva. Esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo. También, la extracción de sangre, las intervenciones en las comunicaciones, agentes encubiertos, la incomunicación, etc.²⁰

El jurista alemán identifica como ejemplo de la aplicación del Derecho penal del enemigo, por excelencia, a la investigación realizada por los Estados Unidos como consecuencia del atentado del 11 de septiembre a las "Torres Gemelas". En esa oportunidad, el Estado (Poder Ejecutivo) procuró, con la ayuda de otros Estados, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse de ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado "daño colateral".²¹

También identifica en esta línea a los procesos llevados a cabo contra los crímenes de guerra ocurridos en la ex Yugoslavia, pues la ausencia de un estado comunitario-legal impide su mantenimiento. O sea, no puede afirmarse que una persona violó derechos humanos cuando dicha violación no existía como prohibición en el Estado donde ocurrieron. La circunstancia de buscar al infractor para, una vez hallado, cambiar el Código Penal y el procesal y mantener así la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos, es confundir establecimiento con aseguramiento. Entonces, la constitución universal de normas que castigan a quienes cometieron violaciones a los derechos humanos, no es una imposición de pena contra personas culpables sino contra enemigos peligrosos.²² Jakobs repasa las concepciones de los filósofos Rousseau, Fichte, Hobbes y Kant, donde encontraría antecedentes de la noción del enemigo en el derecho penal.

Entiende que Rousseau, en su *Contrato Social* afirma que el "malhechor" que ataca el derecho deja de ser miembro del Estado y se lo hace morir, más como enemigo que como ciudadano.

Por su parte, Fichte, en *Fundamentos del Derecho Natural*, sostiene que, quien abandona el contrato ciudadano, en un punto en el que se contaba con su prudencia, pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano: es condenado a ser una cosa, una pieza de ganado.

Por su parte, Hobbes, en *Leviatán*, escribe que el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su *status* como tal, salvo rebelión (i.e., alta traición), pues la naturaleza de este crimen es la rescisión de la sumisión, una recaída en el estado de naturaleza. En este caso no es castigado en cuanto súbdito, sino como enemigo.

Por último, Jakobs reseña el pensamiento de Kant, quien en *La Paz Perpetua* y la *Metafísica de las Costumbres* sostendría que toda persona se encuentra autorizada a obligar a otra a entrar en una constitución ciudadana. Quien no participa en una comunidad legal, debe irse, “es impelido a la custodia de seguridad”: no habrá que tratarlo como persona, sino que se lo puede tratar como enemigo.²³

El profesor Jakobs culmina de la siguiente manera su erudito ensayo:

“1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimos.

2. En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (ROUSSEAU, FICHTE). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el status de ciudadano para aquellos que no se desvían por principio (HOBBS, KANT).

3. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.

*4. Las tendencias contrarias presentes en el Derecho material – contradicción **versus** neutralización de peligros– encuentran situaciones paralelas en el Derecho procesal.*

5. Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo.

6. La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del Derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima.”²⁴

3. Observaciones críticas

En el acotado contexto de este ensayo, no pretendemos realizar una revisión o análisis exhaustivo del trabajo del profesor Jakobs, pero sí nos permitimos unos breves comentarios y observaciones críticas.

El concepto de enemigo por fuera de un estado de guerra ya fue concebido por Platón en *La República*. Allí, Sócrates diferencia entre la guerra y la sedición. La primera se da en lo ajeno y extraño, mientras que la segunda en lo doméstico y lo allegado. Los griegos son allegados y parientes para consigo mismos y ajenos y extraños en relación con el mundo bárbaro. En consecuencia, en lucha contra los bárbaros el sentimiento debe ser guerrero y en un estado de guerra, pues son enemigos por naturaleza; y cuando luchan entre sí, pese al enfrentamiento, no debe existir el estado de guerra, pues siguen siendo amigos por naturaleza. Si ocurre lo contrario y

...la ciudad se divide y los unos talan los campos y queman las casas de los otros, cuán dañina aparece esta sedición y cuán poco amantes de su ciudad ambos bandos –pues de otra manera no se lanzarían a desgarrar así a su madre y criadora–, mientras que debía ser bastante para los vencedores el privar de sus frutos a los vencidos en la idea de que se han de reconciliar y no han de guerrear eternamente. ²⁵

En el Derecho Romano se mantuvo esta diferenciación, definiendo al *hostes* (enemigo) como quienes “a nosotros nos han declarado o a quienes nosotros declaramos públicamente la guerra...”; los demás son “ladrones o saqueadores” (*hostes hi sunt qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri latrones aut praedones sunt*).²⁶

3.1. La postura de Hobbes

Con respecto a Hobbes, creemos oportuno describir lo sustancial de su pensamiento con relación al estado de naturaleza (o de guerra), para luego analizar si el autor consideraba posible que el hombre, como individuo, pudiera salirse del estado civil y volver al estado primigenio.

En la introducción al *Leviatán*, Hobbes se refiere al Estado como un hombre artificial creado para protección y defensa del natural. En esta metáfora, compara a la soberanía con el alma artificial, a los magistrados y otros funcionarios de la judicatura y ejecución con nexos artificiales, la recompensa y el castigo con los nervios, la riqueza y la abundancia de los miembros particulares con la potencia, la salvación del pueblo con los negocios, los consejeros con la memoria, la equidad y las leyes con la razón y la voluntad artificiales, la concordia con la salud, la sedición con la enfermedad y la guerra civil con la muerte.²⁷

Ya en su introducción Hobbes asocia a la guerra con el fin del Estado y a la sedición como una amenaza a su existencia. Quizás podría interpretarse que la idea de “enemigo político” subyace en su discurso.

En el capítulo X, Hobbes describe “el poder”. En su análisis, recorre los conceptos de reputación, amor, éxito, prudencia, etc. Al referirse a la estimación, explica que:

“El valor o estimación del hombre, es, como el de todas las demás cosas, su precio; es decir, tanto como sería dado por el uso de su poder. Por consiguiente, no es absoluto, sino una consecuencia de la necesidad y del juicio de otro. Un hábil conductor de soldados es de gran precio en tiempo de guerra presente o inminente;

pero no lo es en tiempo de paz. Un juez docto e incorruptible es mucho más apreciado en tiempo de paz que en tiempo de guerra. Y como en otras cosas, así en cuanto a los hombres, no es el vendedor, sino el comprador quien determina el precio. Porque, aunque un hombre (cosa frecuente) se estime a sí mismo con el mayor valor que le es posible, su valor verdadero no es otro que el estimado por los demás.”²⁸

El autor deja entrever en su explicación su concepción sobre la guerra y la paz. Al definir que se necesita o estima en una y otra –en la guerra, un hábil conductor de soldados; en la paz, un juez docto e incorruptible– traza una diferencia irreconciliable en ambos momentos de un estado.

En el capítulo XIII, construye su afamada idea del estado de naturaleza y del hombre como enemigo del hombre. Comienza su razonamiento explicando que la igualdad de los hombres radica en las facultades mentales, pues la prudencia es la experiencia y a ella todos los hombres llegan por igual, en tiempos iguales y en aquellas cosas a las cuales se consagran por igual. Que cada hombre difícilmente llegue a creer que haya muchos tan sabios como él mismo, porque “[...] *cada uno ve su propio talento a la mano, y el de los demás a la distancia [...]*”²⁹: el hombre está satisfecho con aquello que la ha tocado y ese es el mayor signo de igualdad. Entonces, de esa igualdad –en cuanto a la capacidad– se deriva la igualdad de esperanza respecto a la consecución de nuestros fines. Por ello, si dos hombres desean la misma cosa y sólo uno puede disfrutarla, se volverán enemigos y en el camino que conduce a los fines (la conservación o la delectación) tratarán de aniquilarse o sojuzgarse uno al otro: un agresor no teme otra cosa que el poder singular de otro hombre.

Por ello, fuera del estado civil, hay siempre guerra de cada uno contra todos. Durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina “guerra” (de todos contra todos) y esta guerra no consiste solamente en el acto mismo de batallar, sino que se da durante el lapso en donde la voluntad de luchar se manifiesta de modo suficiente ³⁰. Compara el estado de guerra con el clima:

“Así como el mal clima no radica en uno o dos chubascos sino en la propensión a llover durante varios días, así la naturaleza de la guerra consiste no ya en la lucha actual, sino en la disposición manifiesta a ella durante todo el tiempo en que no hay seguridad de lo contrario. Todo el tiempo restante es de paz [...]”³¹

En este mismo capítulo, expresa una de las consecuencias más importantes del estado de guerra, en cuanto a lo que a nosotros nos interesa: nada es injusto. En la guerra de todos contra todos, las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe; donde no hay ley, no hay justicia. Son, aquéllas, cualidades que se refieren al hombre en sociedad, no en estado solitario. Es natural también que en dicha condición no existan propiedad ni dominio, ni distinción entre tuyo y mío; sólo pertenece a cada uno lo que pueda tomar, y sólo en tanto que puede conservarlo.

Frente a ello, el hombre, motivado por las pasiones que lo inclinan hacia la paz –el temor a la muerte, el deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable, y la esperanza de obtenerlas por medio del trabajo–, encuentra en la razón ciertas normas a las cuales puede llegar a través del mutuo consenso: la ley natural indica que al hombre le es prohibido hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien, omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada. En semejante condición, cada hombre tiene derecho a hacer cualquiera cosa, incluso en el cuerpo de los demás. Y, por consiguiente, mientras persiste ese derecho natural de cada uno con respecto a todas las cosas, no puede haber seguridad para nadie. Por lo tanto, cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tenga la esperanza de lograrla; y cuando no pueda obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra.

Y en este esfuerzo por la paz y la defensa de sí mismo, el hombre deberá acceder, si los demás consienten también, a renunciar al derecho a la libertad, de hacer cuanto le agrade. Y si los demás no quieren renunciar a ese derecho como él, no existe razón para que nadie se despoje de dicha atribución, porque ello más bien que disponerse a la paz significaría ofrecerse a sí mismo como presa (a lo que no está obligado ningún hombre).

Esta renuncia no es otra cosa que la disminución de los impedimentos para el uso del propio derecho originario en cuanto quien renuncia o abandona su derecho no da a otro hombre uno que este último no tuviera antes, sino solamente se aparta del camino de otro para que pueda gozar de su propio derecho original sin obstáculo suyo y sin impedimento ajeno. ³²

Entonces, lo que caracteriza al estado de guerra es la ausencia del Estado como poder común capaz de compeler a los individuos a realizar cierto comportamiento mínimamente necesario como para garantizar que esos mismos individuos puedan vivir y obtener cosas que le produzcan confort por medio de su trabajo.

Por el contrario, lo que caracteriza al estado civil es la presencia de un pacto entre todos los hombres, por medio del cual renuncian al derecho natural de disponer libremente de todas las cosas en cuanto esa libertad atenta contra la vida y el propio disfrute de todas las cosas.

Si bien dicho pacto no surge de la experiencia, es posible su deducción en tanto él resulta necesario para la subsistencia misma del hombre.

Entonces, del pacto entre los hombres, nace el Estado civil y de éste las nociones de propiedad y justicia, pues en el estado de guerra todos tienen derecho sobre las cosas y, por lo tanto, todo aquél que conserve algo siente la amenaza de su prójimo quien procura quitárselo. Del mismo modo, ninguna conducta es justa o injusta pues todos tienen derecho a todo, incluso a quitarle la vida a los demás.

En este sentido, el Estado como poder coercitivo, viene a compeler a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso, y de otra parte para robustecer esa propiedad que adquieren los hombres por mutuo contrato, en recompensa del derecho universal que abandonan.³³

De lo expuesto, puede responderse la pregunta que nos hicimos al comienzo del análisis de este autor: ¿Puede un hombre salirse del estado civil, puede romper el pacto celebrado? La respuesta es sencilla: no puede deshacer el pacto, puede incumplirlo y dicho incumplimiento será un acto de injusticia que el Estado, como poder coercitivo, sancionará con un castigo mayor al beneficio procurado mediante el incumplimiento.

Entonces nos preguntamos: ¿Dicho castigo implica devolver al incumplidor al estado de guerra? La respuesta es sencilla también: claramente no, pues sería una contradicción la existencia de un individuo en el estado de guerra y al mismo tiempo la existencia del Estado, pues mal podría el Estado civil castigar una conducta que realiza una persona en estado de guerra, cuando en dicha situación no existe el Estado ni la idea de justicia.

3.2. El enfoque kantiano

Dedicaremos algunos párrafos al análisis del pensamiento de Kant sobre la constitución del estado civil, su reacción frente al infractor penal y si éste podrá ser considerado un enemigo.

Kant, al igual que Rousseau, explica el nacimiento del estado moderno, a través de un contrato originario, según el cual todos en el pueblo renuncian a su libertad exterior, para recobrarla en seguida como miembros de una comunidad, es decir como miembros del pueblo considerado como Estado. El hombre ha abandonado por completo la libertad salvaje y sin ley, para encontrar de nuevo su libertad en general, íntegra, en la dependencia legal.³⁴

El estado de naturaleza, para Kant, es un estado de guerra y de total ausencia de derecho. Los hombres, pueblos y Estados aislados nunca pueden estar seguros unos de otros frente a la violencia y hacen cada uno lo que le parece justo y bueno por su propio derecho sin depender para ello de la opinión de otro.³⁵

En cambio el estado jurídico-civil es el estado de paz, donde los hombres se dan mutuas promesas de seguridad que son garantizadas por la autoridad soberana: un sistema de leyes para un conjunto de hombres, o para un conjunto de pueblos que, encontrándose entre sí en una relación de influencia mutua, necesitan un estado jurídico bajo una voluntad que los unifique, bajo una constitución, para participar de aquello que es de derecho.³⁶ Dicha constitución debe fundarse en los principios de libertad (de los miembros de una sociedad, como hombres), dependencia (de una única legislación común) e igualdad, de todos como ciudadanos.³⁷

Para Kant, el estado de naturaleza es un estado ideal, pues no se llega a él a través de la experiencia: “no es un **factum** el que hace necesaria la coacción legal pública,

sino que, por buenos y amantes del derecho que quiera pensarse a los hombres, se encuentra ya **a priori** en la idea racional de semejante estado (no jurídico) [...]”.³⁸ Ahora bien, me detendré en la cita que realiza Jakobs de la nota al pie núm. 5 de “La paz perpetua”:

“Comúnmente se admite que nadie puede hostilizar a otro, a no ser que éste haya agredido al primero. Es muy exacto cuando ambos viven en el estado civil y legal. Pues, por el solo hecho de haber ingresado en el estado civil, cada uno da a todos los demás las necesarias garantías, y es la autoridad soberana la que, teniendo poder sobre todos, sirve de instrumento eficaz de aquellas garantías. Pero el hombre –o el pueblo– que se halla en el estado de naturaleza no me da esas garantías y hasta me lesiona por el mero hecho de hallarse en ese estado de naturaleza; en efecto, está junto a mí, y aunque no me hostiliza activamente, es para mí la anarquía de su estado –estatuto injusto– una perpetua amenaza. Yo puedo obligarle, o bien a entrar conmigo en un estado legal común o a apartarse de mi lado [...]”

Esta nota complementa el siguiente razonamiento de Kant, también referido por Jakobs:

*“La paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza –**status naturalis**–; el estado de naturaleza es más bien la guerra, es decir, un estado en donde, aunque no haya hostilidades, existe la constante amenaza de que estallen. Por tanto, la paz es algo que debe ser «instaurado»; pues abstenerse de hostilizar no basta para asegurar la paz, y si los que viven juntos no se han dado mutuas seguridades –cosa que sólo en el estado «civil» puede acontecer, cabrá que cada uno de ellos, habiendo previamente requerido al otro, lo considere y trate, si se niega, como a un enemigo.”³⁹*

Analicemos las citas. En primer lugar, no son las hostilidades lo que caracteriza el estado de naturaleza, como tampoco su abstención caracteriza al estado jurídico-civil. La existencia de una autoridad soberana común o *Constitución Política* es la nota que diferencia a un estado del otro. Justamente por ello, es que la hostilidad se transforma en ilegítima en el estado jurídico-civil y legítima en el estado de naturaleza: quien hostiliza en el estado jurídico-civil será sancionado por la autoridad soberana, mientras que en el estado de naturaleza –ante la ausencia de autoridad común– la hostilidad será devuelta por el hostilizado.

En este sentido, expresa Kant que las relaciones dentro de una comunidad corresponden al estado jurídico-civil y las relaciones entre las comunidades (o Estados) corresponden al estado de naturaleza, es decir, independientes de toda ley externa.⁴⁰

Establecido lo anterior, cobra mayor sentido que pueda obligarse a cualquier sujeto a ingresar a un estado legal común:

[...] el estado de naturaleza no se caracteriza por el trato mutuo de violencia de los hombres, sino por ser un estado sin derecho (*status iustitia vacuus*), en el cual, cuando el derecho era controvertido (*ius controversum*), no se encontraba juez competente alguno para dictar una sentencia con fuerza legal, por la que cada uno pudiera incitar a otro por la violencia a entrar en un estado jurídico.⁴¹

También refiere el profesor de Bonn que, según Kant, “*toda persona se encuentra autorizada a obligar a cualquier otra a entrar en una constitución ciudadana*” y ello es así en cuanto el concepto de propiedad (lo mío y lo tuyo)⁴² existe sólo provisionalmente en el estado de naturaleza, pues no existen garantías de seguir gozando de él⁴³. Por lo tanto, junto con mi derecho provisional al uso discrecional de algo exterior a mí sin que pueda impedírseme, existe el derecho a obligar al otro –con quien pudiera relacionarme– a entrar en una constitución, para transformar lo provisional en seguro o efectivo.⁴⁴

De lo expuesto no puede interpretarse que una persona que se encuentra en un estado jurídico-civil se halla amenazada por otra, que permanece aún en estado de naturaleza. Que por su sólo estado la lesiona y por lo tanto puede obligarla a ingresar al estado jurídico-civil en el cual se encuentra, como deriva Jakobs. Es claro que, consecuente con el resto de la obra, Kant teoriza sobre el tránsito del estado de naturaleza al estado jurídico-civil de toda una comunidad, y sobre las razones del nacimiento del Estado como tal.

En síntesis: el estado de naturaleza es la ausencia de una *Constitución Política*, de una autoridad soberana con capacidad de coacción; por lo tanto, los miembros de la comunidad sólo podrán relacionarse, aun sin hostilidades, como enemigos. Pero el estado jurídico-civil nace con la instauración de la *Constitución Política*, de la autoridad soberana capaz de ejercer coacción legal; en consecuencia, los miembros de esa comunidad, aun hostilizándose, no podrán tratarse como enemigos.

Por estos razonamientos, no compartimos la interpretación del profesor Jakobs sobre el punto, pues para Kant no existe el enemigo en el derecho penal.

Mas aún, la tesis del derecho penal del enemigo (el enemigo me lesiona ya por su estado en ausencia de legalidad, la sociedad le teme y lo considera un peligro y quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona), es contraria a la idea de derecho penal de Kant, en tanto la pena

[...] 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 [...].⁴⁵

El castigo, que Kant entiende como *un padecimiento* o como *un mal físico*, el delincuente lo sufre como personalidad a causa de su delito cometido, mas no para sacar de este castigo algún provecho propio, ni para el delincuente mismo, ni para sus conciudadanos.⁴⁶

Como se sabe, desde la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*⁴⁷, Kant sostuvo que el hombre existe como fin en sí mismo y de todas sus acciones, tanto las dirigidas a la propia persona, como las dirigidas hacia los demás. De lo contrario, no habría posibilidad de hallar en ninguna parte nada que tuviera un valor

absoluto, y si todo valor fuera condicionado y, por tanto, contingente, no podría encontrarse ningún principio práctico supremo para la razón. Por ello, la naturaleza racional existe como fin en sí misma.

Incluso refiere que:

[...] el hombre no es una cosa ni es algo, pues, que pueda usarse como simple medio, sino que debe ser considerado, en todas las acciones, como un fin en sí. En consecuencia, no puedo disponer del hombre, en mi persona, para mutilarle, estropearle o matarle.⁴⁸

En consecuencia, no sólo no puede derivarse del pensamiento kantiano la tesis jacobiana, sino que además parecería estar en franca contradicción, cuestión esta última que no pretendemos profundizar aquí.

3.3. El pensamiento de Nietzsche

Es de interés incorporar al análisis el pensamiento de Nietzsche, si bien no es citado por el profesor Jakobs.⁴⁹ Según este filósofo, el infractor a la ley quiebra el contrato social, defrauda a la comunidad, en cuanto disfrutó de las ventajas que ésta le proporcionaba como vivir protegido, bien tratado, en paz y confianza, tranquilo respecto a ciertos perjuicios y hostilidades. El delincuente es un *deudor* que no sólo no devuelve las ventajas y anticipos que se le dieron, sino que incluso atenta contra su acreedor.

Frente a esta situación, la comunidad puede reaccionar de diversas maneras, según el poder que, como sociedad, concentre.

Una comunidad *débil* y con bajo nivel de autoconciencia sentirá en el infractor una real amenaza a su subsistencia, verá en él a un enemigo odiado, desarmado, sojuzgado, el cual ha perdido no sólo todo derecho y protección, sino también toda gracia. Por ello, a partir de la infracción, no sólo perderá, como es justo, todos aquellos bienes y ventajas, sino que la comunidad lo devolverá al estado salvaje y sin ley, del que hasta ahora estaba protegido: lo expulsa fuera de sí y se permite descargar sobre él toda suerte de hostilidad

Una comunidad *poderosa*, en cambio, no concede tanta importancia a las infracciones del individuo, pues ya no las considera tan peligrosas y tan subversivas para la existencia del todo, como antes. En ella, el malhechor ya no es "proscrito" y expulsado, ya no le es lícito descargarse en él con tanto desenfreno como antes, sino que, a partir de ahora, el malhechor es defendido y protegido con cuidado, por parte del todo, contra esa cólera y, en especial, contra la de los inmediatos perjudicados. La infracción será tratada como un conflicto a componer, se buscará su equivalente, se transformará al delito en "pagable" en algún sentido, se buscará reestablecer el equilibrio.

Por ello, para Nietzsche, la mirada está puesta en la comunidad y no en el infractor. Aquella determinará los propósitos que la pena podrá contener, a saber: la neutralización de la peligrosidad, el impedimento de un daño ulterior, el pago del daño al damnificado en alguna forma, el aislamiento de una perturbación del equilibrio, para prevenir la propagación de la perturbación, la inspiración de temor respecto a quienes determinan y ejecutan la pena, una especie de compensación

por las ventajas disfrutadas hasta aquel momento por el infractor, la segregación de un elemento que se halla en trance de degenerar y, por tanto, medio para mantener pura una raza o para mantener estable un determinado tipo social.

Asimismo, la pena puede ser entendida como *fiesta*, es decir, como violentación y *burla* de un enemigo finalmente abatido, como medio de hacer memoria, bien a quien sufre la pena –la llamada corrección–, bien a los testigos de la ejecución, como pago de un honorario, estipulado por el poder que protege al infractor contra los excesos de la venganza, como compromiso con el estado natural de la venganza, en la medida en que razas poderosas mantienen todavía ese estado y lo reivindican como privilegio.

Finalmente, la pena también podrá ser impuesta como declaración de guerra y medida de guerra contra un enemigo de la paz, de la ley, del orden, de la autoridad, al que, por considerárselo peligroso para la comunidad, violador de los pactos que afectan a los presupuestos de la misma, por considerársele un rebelde, traidor y perturbador de la paz, se le combate con los medios que proporciona precisamente la guerra.⁵⁰

Entonces, cuanto más civilizada es una comunidad, cuanta más conciencia de sí misma tiene como sujeto colectivo, menos necesita del derecho penal, hasta llegar al extremo de la impunidad, transformando la justicia en *gracia*⁵¹. En cambio, cuanto más lábil sea su organización, cuanto más insegura se sienta de su propia existencia, con mayor vehemencia reaccionará frente al infractor penal, hasta llegar al extremo de considerarlo un enemigo, de declararle la guerra, de transformar la justicia en *venganza*.⁵²

4. Conclusión

Como se puede observar, el análisis de la situación del derecho penal del profesor Jakobs, efectuado hace 35 años, sigue vigente. En ese análisis, señala antecedentes de la noción de enemigo en la filosofía contractualista, respecto de las cuales nos hemos permitido realizar algunas observaciones críticas, así como agregar otros antecedentes, anteriores y posteriores al contractualismo moderno.

Todo esto toma relevancia si se tienen en cuenta los últimos sucesos acontecidos en mundo, a los que hiciéramos referencia en la introducción del presente trabajo, y si se evalúan las respuestas estatales ante ellos.

Esperamos que nuestras breves reflexiones motiven muchas otras sobre esta importante temática, que llega hasta la médula del derecho penal.

1 Juez Federal del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N 1 de Lomas de Zamora.

2 Jakobs Günter, "*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico (1985)*", traducción en "*Estudios de Derecho Penal*", Madrid, UAM-Civitas, 1997.

3 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-54732252>.

4 <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/10/29/ataque-en-un-consulado-frances-en-arabia-saudita-acuchillaron-a-un-guardia-de-seguridad/>

- 5 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-54732252>
- 6 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-36800755>
- 7 <https://www.valeursactuelles.com/societe/le-ministre-turc-de-la-defense-qualifie-les-caricatures-de-charlie-hebdo-dactivite-terroriste-125299?fbclid=IwAR2GPWNNP3f80fqOMy28aQ-WTEEnZRIC3vP-A1xYzUSXcDP-wCuSpRkrdmvA>.
- 8 Ferrajoli, Luigi, *"Derecho y Razón"*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pág. 815.
- 9 Jakobs, Günter y Cancio Meliá Manuel, *"Derecho Penal del Enemigo"*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2005.
- 10 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *"El enemigo en el Derecho Penal"*, Buenos Aires Ed. Ediar, 2006, pág. 161.
- 11 Jakobs, Günter y Cancio Meliá Manuel, *"Derecho Penal del Enemigo"*, op. cit. pág. 20.
- 12 Jakobs, Günter y Cancio Meliá Manuel, *"Derecho Penal del Enemigo"*, op. cit., pág. 38.
- 13 Jakobs, Günter y Cancio Meliá Manuel, *"Derecho Penal del Enemigo"*, op. cit., págs. 21 y 30.
- 14 Jakobs, Günter y Cancio Meliá Manuel, *"Derecho Penal del Enemigo"*, op. cit., pág. 36 y ss.
- 15 Yapur, Ariel, *"Más Sobre el Derecho Penal del Enemigo"* en *Nueva Doctrina Penal 2006/B*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- 16 Jakobs, Günter y Cancio Meliá Manuel, *"Derecho Penal del Enemigo"*, op. cit., pág. 41.
- 17 Cfr. Yapur, Ariel, op. cit.
- 18 Jakobs, Günter y Cancio Meliá Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, op. cit., pág. 51.
- 19 *Idem*, págs. 40 y 53.
- 20 *Idem*, pág. 46.
- 21 *Idem*, pág. 47.
- 22 *Idem*, pág. 60.
- 23 Jakobs, op. cit., pág. 31.
- 24 Jakobs, ob. cit., págs. 55-56.
- 25 Platón, *"La República"*, Libro V, 468a-471c.
- 26 *"Digesto"*, Libro 50, Título 16 *"Sobre el Significado de las palabras"*.
- 27 Hobbes, *Leviatán*, Introducción.
- 28 Hobbes, *Leviatán*, cap. X: *"Del poder de la estimación, de la dignidad, del honor y del título de las cosas"*.
- 29 Hobbes, op. cit, cap. XIII: *"De la Condición natural del género humano, en lo que concierne a su felicidad y a su miseria"*.
- 30 Si bien Hobbes reconoce que nunca se vivió de ese modo, toma a las tribus indígenas de América como ejemplo: *"...carecen de gobierno en absoluto, y viven actualmente en ese estado bestial a que me he referido..."*.
- 31 *Ibidem*.
- 32 Op. cit., cap. XIV *"De la primera y de la segunda leyes naturales y de los contratos"*.

- 33 *Op. cit.*, cap. XV: “De otras leyes de naturaleza”.
- 34 Kant, Immanuel, “*La metafísica de las costumbres*”, traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Ed. Altaya, 1996, pág. 146 (316 original).
- 35 *Idem*, pág. 141 (312 original)
- 36 *Idem*, pág. 140 (312 original)
- 37 Kant, Immanuel, *La paz perpetua*, “Primer artículo definitivo de la paz perpetua. La constitución política debe ser en todo Estado republicana”, traducción de Manuel García Morente.
- 38 Kant, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, op. cit.
- 39 Kant, Immanuel, “*La paz perpetua*”, Sección Segunda, “Artículos definitivos de la paz perpetua entre los estados”.
- 40 *Idem*, “Segundo artículo definitivo de la paz perpetua. El derecho de gentes debe fundarse en una federación de Estados libres”.
- 41 Kant, Immanuel, “*La metafísica de las costumbres*”, op. cit., pág. 141 (312 original). También ver “La Paz Perpetua”, Sección primera, “Artículos preliminares de una paz perpetua entre los estados”, artículo 6º.
- 42 *Idem*, pág. 60 (249 original).
- 43 En este punto, Kant se diferencia de Locke, donde el derecho de propiedad preexiste como tal aún antes del contrato social.
- 44 *Idem*, pág. 70 y 71 (257 original).
- 45 *Idem*, pág. 166 (331 original).
- 46 Basta, Danilo, “*La justicia penal en Kant*”, en *Endoxa: Series Filosóficas*, n.º 18, Madrid, UNED, 2008, págs. 283/295.
- 47 Kant, Immanuel, “*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*”, traducción de Manuel García Morente. Capítulo segundo: “*Tránsito de la filosofía moral popular a la metafísica de las costumbres*”.
- 48 *Ibidem*.
- 49 Nietzsche Friedrich, “*La genealogía de la moral*”, Tratado Segundo: “*Culpa, Mala Conciencia y Similares*”, puntos 9, 10, 13 y 14.
- 50 *Idem*, punto 13.
- 51 El concepto de *gracia* como indulto o conmutación de pena, lo trata Kant en la página 337 (original) de la *Metafísica de las Costumbres*, como el “*más equívoco de los derechos del soberano [...] pues permite obrar injustamente en alto grado*”.
- 52 Véase el apartado sobre derecho penal, de la “*Metafísica de las Costumbres*”, donde Kant diferencia la *venganza* de la *revancha*, como elemento motivador de la pena.