

DERECHO PENAL DEL CIUDADANO
Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO *

Gunther Jakobs

* Título alemán: «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht» (manuscrito). Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

I. INTRODUCCIÓN: LA PENA COMO CONTRADICCIÓN O COMO ASEGURAMIENTO

Cuando en el presente texto se hace referencia al Derecho penal del ciudadano y al Derecho penal del enemigo, ello en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro: aun en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio —Derecho penal del ciudadano— se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros —Derecho penal del enemigo—, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como per-

sona, al concedérsele en el proceso penal ¹ los derechos de un acusado ciudadano. Por consiguiente, 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. 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. Quede esto dicho como primera consideración.

En segundo lugar debe acotarse con carácter previo que la denominación «Derecho penal del enemigo» *no en todo caso* pretende ser *peyorativa*. Ciertamente, un Derecho penal *del enemigo* es indicativo de una pacificación insuficiente; sin embargo, ésta no necesariamente debe achacarse siempre a los pacificadores, sino puede que también a los rebeldes. Además, un *Derecho* penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva. Hechas estas reflexiones previas, comenzaré con la parte intermedia de los conceptos, con la *pena*.

¹ En lo fundamental; respecto de la incomunicación cfr. *infra* IV.

La pena es coacción; es coacción —que aquí sólo será abordada de manera sectorial— de diversas clases, mezcladas en íntima combinación. En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad. En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica², y el autor es tomado en serio en cuanto persona; pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho.

Sin embargo, la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de libertad. Cabe pensar que es improbable que la pena privativa de libertad se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad si no concurriera en ella este

² Cfr. al respecto JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2.^a edición, 1999, págs. 98 y ss.

efecto de aseguramiento. En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad (§ 61 núm. 3, § 66 StGB): en ese caso, la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige —y sobre todo— hacia delante, al futuro, en el que una «tendencia a [cometer] hechos delictivos de considerable gravedad» podría tener efectos «peligrosos» para la generalidad (§ 66, párr. 1.º, núm. 3 StGB). Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo³ peligroso, contra el cual se procede —en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena— de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo (en este contexto, Derecho penal al menos en un sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un delito) en vez de Derecho penal

³ Respecto de los conceptos «individuo» y «persona» *vid.* JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft* (nota 2), págs. 9 y ss., 29 y ss.

del ciudadano, y la voz «Derecho» significa en ambos conceptos algo claramente diferente, como habrá de mostrarse más adelante.

Lo que cabe encontrar en la discusión científica de la actualidad⁴ respecto de este problema es poco, con tendencia a nada. Y es que no cabe esperar nada de aquellos que buscan razón *en todas partes*, asegurándose a sí mismos tenerla *directamente* y proclamándola siempre en tono altivo, en lugar de imponerse la labor de configurar su subjetividad examinando aquello que es y puede ser. Sin embargo, la filosofía de la Edad Moderna enseña lo suficiente como para por lo menos estar en condiciones de abordar el problema.

II. ALGUNOS ESBOZOS IUSFILOSÓFICOS

Se denomina «Derecho» al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se

⁴ La cuestión aparece primero en JAKOBS, ZStW, 97 (1985), págs. 751 y ss., 783 y ss.; *idem*, en: ESER *et al.* (ed.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, págs. 47 y ss., 51 y ss.; al respecto SCHULZ, ZStW, 112 (2000), págs. 653 y ss., 659 y ss.; en contra ESER, *loc. cit.* (*Die Deutsche Strafrechtswissenschaft*), págs. 437 y ss., 444 y ss.; SCHÜNEMANN, GA 2001, págs. 205 y ss., 210 y ss.

determina por el Derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción⁵, y la coacción más intensa es la del Derecho penal. En consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo. Tal argumentación en absoluto es nueva, sino que cuenta con destacados precursores filosóficos.

Son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica. En correspondencia con ello, afirma ROUSSEAU⁶ que cualquier «malhechor» que ataque el «derecho social» deja de ser «miembro» del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: «al culpable se le hace morir más

⁵ KANT, *Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, en: *Kant's Werke*, Akademie-Ausgabe, tomo 6, 1907, págs. 203 y ss., 231 (Einleitung in die Rechtslehre, § D).

⁶ ROUSSEAU, *Staat und Gesellschaft. «Contrat social»*, traducido y comentado por WEIGEND, 1959, pág. 33 (libro segundo, capítulo V).

como enemigo que como ciudadano». De modo similar argumenta FICHTE: «quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos»⁷. FICHTE atenúa tal muerte civil⁸ por regla general mediante la construcción de un contrato de penitencia⁹, pero no en el caso del «asesinato intencionado y premeditado»: en este ámbito, se mantiene la privación de derechos: «... al condenado se le declara una cosa, una pieza de ganado»¹⁰. Con férrea coherencia FICHTE prosigue afirmando que a falta de personalidad, la ejecución del criminal «no [es una] pena, sino sólo instrumento de seguridad»¹¹. No procede entrar en detalles; pues ya con este breve esbozo cabe pensar que se ha mostrado que el *sta-*

⁷ FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*, en: *Sämtliche Werke*, ed. a cargo de J. H. FICHTE, Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts- und Sittenlehre, tomo primero, s.f., pág. 260.

⁸ Como en nota 7.

⁹ *Grundlage des Naturrechts* (nota 7), págs. 260 y ss. Dicho sea de paso: ¿un contrato con un sujeto expulsado de la sociedad civil, con alguien sin derechos?

¹⁰ *Grundlage des Naturrechts* (nota 7), págs. 278 y ss.

¹¹ *Grundlage des Naturrechts* (nota 7), pág. 280.

tus de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder.

No quiero seguir la concepción de ROUSSEAU y de FICHTE; pues en su separación radical entre el ciudadano y su Derecho, por un lado, y el injusto del enemigo, por otro, es demasiado abstracta. En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho.

HOBBS era consciente de esta situación. Nominalmente, es (también) un teórico del contrato social, pero materialmente es más bien un filósofo de las instituciones. Su contrato de sumisión —junto al cual aparece, en igualdad de derecho (!) la sumisión por medio de la violencia— no debe entenderse tanto como un contrato como una metáfora de que los (futuros) ciudadanos no perturben al Estado en su proceso de autoorgani-

zación¹². De manera plenamente coherente con ello, HOBBS en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano¹³: el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su *status*. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición: «Pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión¹⁴, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza... Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos»¹⁵.

Para ROUSSEAU y FICHTE todo delincuente es *de por sí* un enemigo, para HOBBS al menos el reo

¹² Cfr. también KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, 1994, pág. 95: «El contrato fundamental es la forma conceptual dentro de la que hay que introducir la situación política empírica para ser accesible al conocimiento científico; constituye el esquema de interpretación bajo el que deben subsumirse los procesos históricos de fundación del Estado para poder ser comprendidos políticamente». *Idem*, en: *idem* (ed.), *Thomas Hobbes. Leviathan etc.* (Klassiker Auslegen), 1996, págs. 211 y ss., 213 y ss.

¹³ HOBBS, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, ed. a cargo de FETSCHER, traducción de EUCHNER, 1984, págs. 237 y ss. (capítulo 28).

¹⁴ Sería más correcto decir: en la supresión fáctica; las instituciones no son susceptibles de rescisión.

¹⁵ HOBBS, *Leviathan* (nota 13), pág. 242 (capítulo 28); *idem*, *Vom Bürger*, en: GAWLICK (ed.), *Hobbes. Vom Menschen. Vom Bürger*, 1959, pág. 233 (capítulo 14, párrafo 22).

de alta traición. KANT, quien hace uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado ¹⁶, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal. En la construcción de KANT, toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana ¹⁷. Inmediatamente se plantea la siguiente cuestión: ¿qué dice KANT a aquellos que no se dejan obligar? En su escrito «Sobre la paz eterna» dedica una larga nota a pie de página ¹⁸ al problema de cuándo se puede legítimamente proceder de modo hostil contra un ser humano, exponiendo lo siguiente: «Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (*facto*), sí por la ausencia de legalidad de su estado (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente, y

¹⁶ KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, en: *Werke* (nota 5), t. 8, págs. 273 y ss., 297; *vid.* al respecto KERSTING, *Philosophie* (nota 12), págs. 199 y ss.

¹⁷ KANT, *Metaphysik der Sitten* (nota 5), págs. 255 y ss. (1. Theil, 1. Hauptstück, § 8).

¹⁸ KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, en: *Werke* (nota 5), t. 8, págs. 341 y ss., 349 (2.º apartado, nota).

le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad»¹⁹. En consecuencia, quien no participa en la vida en un «estado comunitario-legal» debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede «tratar», como anota expresamente KANT²⁰, «como un enemigo»²¹.

Como acaba de citarse, en la posición de KANT no se trata como persona a quien «me amenaza... constantemente», quien no se deja obligar a entrar

¹⁹ Al afirmarse *loc. cit.* (nota 18) que únicamente (pero al menos sí en este caso) puedo «proceder de modo hostil» contra quien «ya me haya lesionado activamente», ello se refiere a un delito en el «estado ciudadano-legal», de manera que «hostil» caracteriza a la producción de un mal conforme a la Ley penal, y no a una despersonalización.

²⁰ *Zum ewigen Frieden* (nota 18), pág. 349.

²¹ Esta afirmación, sin embargo, es contradictoria con la posición de KANT respecto del problema de la mentira, en el que KANT no tiene suficientemente en cuenta la dependencia del contexto (scil.: reciprocidad) de la personalidad practicada: *Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen*, en: *Werke* (nota 5), t. 8, págs. 421 y ss. Sobre esta cuestión cfr. OBERER, en: GEISMANN y OBERER (ed.), *Kant und das Recht der Lüge*, 1986, págs. 7 y ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, págs. 89 y ss.; ANNEN, *Das Problem der Wahrhaftigkeit in der Philosophie der deutschen Aufklärung. Ein Beitrag zur Ethik und zum Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1997, págs. 97 y ss.

en un estado ciudadano. De manera similar, HOBES despersonaliza al reo de alta traición; pues también éste niega por principio la constitución existente. Por consiguiente, HOBES y KANT conocen un Derecho penal del ciudadano —contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio— y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el *status* de persona. El Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad²², con base en el cual HOBES fundamenta y limita al Estado: *finis oboedientiae est protectio*²³. Pero en este derecho no se halla contenido en HOBES el reo de alta traición, en

²² Fundamental ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 1983.

²³ El fin de la obediencia es la protección; HOBES, *Leviathan* (nota 13), p. 171 (capítulo 21); *idem*, *Vom Bürger* (nota 15), págs. 132 y ss. (capítulo 6, párrafo 3).

KANT quien permanentemente amenaza; se trata del derecho de los demás. *El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.* Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. *El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo* (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) *combate peligros;* con toda certeza existen múltiples formas intermedias.

III. PERSONALIDAD REAL Y PELIGROSIDAD FÁCTICA

Queda por formular una pregunta: ¿por qué llevan a cabo HOBBS y KANT la delimitación del modo que se ha descrito? Daré forma de tesis a la

respuesta: ningún contexto normativo, y también lo es el ciudadano, la persona en Derecho, es tal —rige— por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos a la sociedad, sólo entonces es real.

Para explicar esta tesis comenzaré con algunas consideraciones acerca de lo que significa —*sit venia verbo*— el caso normal de la secuencia de delito y pena. No existen los delitos en circunstancias caóticas, sino sólo como quebrantamiento de las normas de un orden practicado. Nadie ha desarrollado esto con mayor claridad que HOBBS²⁴, quien atribuye en el estado de naturaleza a todos los seres humanos un *ius naturale* a todo, es decir, en terminología moderna, sólo un *ius* así *denominado*, respecto del cual precisamente no se halla en correspondencia una *obligatio*, un deber del otro, sino que, por el contrario, sólo es una denominación de la libertad normativamente ilimitada, únicamente circunscrita por la violencia física de cada individuo, de hacer y dejar de hacer lo que se quiera con tal de que se pueda. Quien quiera y pueda, puede matar al otro sin causa alguna; es éste, como HOBBS constata expresamente²⁵, su *ius naturale*, y ello nada tiene en común con un delito, ya que en el estado de naturaleza, a falta de

²⁴ *Leviathan* (nota 13), págs. 99 y ss. (capítulo 14).

²⁵ *Leviathan* (nota 13), pág. 99 (capítulo 14).

un orden definido de manera vinculante no pueden quebrantarse las normas de tal orden.

Por lo tanto, los delitos sólo son posibles en una comunidad ordenada, en el Estado, del mismo modo que lo negativo sólo se puede determinar ante el trasfondo de lo positivo y viceversa. Y el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable. Para clarificar lo dicho imagínese que un sobrino mata a su tío, a quien está llamado a suceder, para acelerar la herencia. Ningún Estado sucumbe por un caso de estas características. Más aún, el hecho no se dirige contra la permanencia del Estado, y ni siquiera contra la de sus instituciones: el malvado sobrino pretende acogerse a su vez a la protección de la vida y de la propiedad dispensadas por el Estado; es decir, se comporta de modo evidente de manera autocontradictoria, dicho de otro modo, opta, como cualquiera aprecia, por un mundo insostenible, y ello no sólo en el sentido de insostenible desde el punto de vista práctico en una determinada situación, sino ya en el plano teórico: ese mundo es impensable.

Por ello, el Estado moderno ve en el autor de un hecho —de nuevo, uso esta palabra poco exacta— normal, a diferencia de lo que sucede en los teóricos estrictos del contractualismo ROUSSEAU y FICHTE, no a un enemigo al que ha de destruirse,

sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta a 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. Esto sucede mostrando mediante la pena, es decir, mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que se mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma²⁶.

Sin embargo, las cosas sólo son tan sencillas, incluso casi idílicas —el autor pronuncia su propia sentencia ya por la inconsistencia de su máxima—, cuando el autor a pesar de su hecho ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico. Del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera *completamente* contrafáctica, tampoco la personalidad. Intentaré explicar brevemente lo dicho, abordando primero la vigencia de la norma:

Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos

²⁶ Cfr. *supra* I.

de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola. Al menos en los casos de las normas de cierto peso, que se pueda esperar la fidelidad a la norma necesita de cierta corroboración cognitiva para poder convertirse en real. Un ejemplo extremo: si debo contar seriamente con la posibilidad de ser lesionado, víctima de un robo o quizás incluso de un homicidio en un determinado parque, la certeza de estar en todo caso en mi derecho no me conducirá a entrar en ese parque sin necesidad. Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida. En el plano teórico puede rechazarse esta corroboración de lo normativo por lo fáctico aduciendo que lo que no debe ser, no debe ser aunque probablemente vaya a ser. Pero las personas no sólo quieren tener derecho, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir, sobrevivir en cuanto individuos necesitados²⁷, y la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no es contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será. Es precisamente por esto que KANT argumenta

²⁷ Cfr. nota 3.

que cualquiera puede obligar a cualquier otro a entrar en una constitución ciudadana²⁸.

Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco ésta puede mantenerse de modo puramente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva. Si se pretende no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción e insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta mayor claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión.

Ya se ha mencionado el ejemplo de la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad. Hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación —denominada abiertamente

²⁸ Como en nota 17.

de este modo— de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica²⁹, del terrorismo³⁰, de la criminalidad organizada³¹, en el caso de «delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas»³², así como, en general, respecto de los «crímenes»³³, pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la cri-

²⁹ Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29-7-1976, BGBl I, pág. 2034; Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15-5-1986, BGBl I, pág. 721 (= respectivamente, primera y segunda Ley de lucha contra la criminalidad económica, n. del t.).

³⁰ Artículo 1, Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus (= Ley para la lucha contra el terrorismo, n. del t.) de 19-2-1986, BGBl I, pág. 2566.

³¹ Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (= Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de drogas tóxicas y otras formas de manifestación de la criminalidad organizada, n. del t.) de 15-7-1999, BGBl I, pág. 1302.

³² Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten (= Ley para la lucha contra los delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas, n. del t.) de 26-1-1998, BGBl I, pág. 160.

³³ Verbrechensbekämpfungsgesetz (= Ley de lucha contra el delito, n. del t.) de 28-10-1994, BGBl I, pág. 3186.

minalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, § 30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de KANT entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acabada de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Brevemente: la reflexión del legislador es la siguiente: el otro «me lesiona ya por... [su] estado [en ausencia de legalidad] (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente»³⁴. Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el

³⁴ KANT, como en nota 18.

estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación.

A quien todo esto le siga pareciendo demasiado oscuro se le puede ofrecer un esclarecimiento cual rayo mediante una referencia a los hechos del 11 de septiembre de 2001. Lo que aún se sobreentiende respecto del delincuente de carácter cotidiano, es decir, no tratarlo como individuo peligroso, sino como persona que actúa erróneamente, ya pasa a ser difícil, como se acaba de mostrar, en el caso del autor por tendencia o que está imbricado en una organización —la necesidad de la reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano— y finaliza en el terrorista, denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden. Ahora bien, no se pretende poner en duda que también un terrorista que asesina y aborda otras empresas puede ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de cualquier Estado que declare que sus hechos son delitos. Los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y a gran escala. Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la

categoría del delito no impone al Estado una atadura —precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona— que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada. Dicho de otro modo: quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos «guerra» y «proceso penal». De nuevo, en otra formulación: quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho —control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios³⁵; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.— 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.

Por lo tanto, 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 esta-

³⁵ JAKOBS, ZStW, 97 (1985), págs. 751 y ss.

dio previo y al que se le combate por su peligrosidad. Un ejemplo del primer tipo lo puede constituir el trato dado a un homicida, quien si actúa en autoría individual sólo comienza a ser punible cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo (§§ 22, 21 StGB), un ejemplo del segundo tipo puede ser el trato dado al cabecilla u hombre de atrás (con independencia de qué es lo que eso sea) de una asociación terrorista, al que alcanza una pena sólo levemente más reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio³⁶ ya cuando funda la asociación o lleva a cabo actividades dentro de ésta (§ 129 a StGB), es decir, eventualmente años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad³⁷. Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina «pena».

IV. ESBOZO RESPECTO DEL DERECHO PROCESAL PENAL

En el Derecho procesal penal de nuevo aparece esta polarización; es fuerte la tentación de decir: evidentemente. Aquí no es posible exponer esto

³⁶ De tres a quince años de pena privativa de libertad frente a una pena de cinco a quince años, §§ 30, 212, 49 StGB.

³⁷ Respecto de la tentativa de participación, § 30 StGB, *infra* V.

con profundidad; al menos, se intentará llevar a cabo un esbozo. El imputado, por un lado, es una persona que participa, que se suele denominar «sujeto procesal»; es esto precisamente lo que lo distingue al proceso reformado del proceso inquisitorio. Han de mencionarse, por ejemplo³⁸, el derecho a la tutela judicial, el derecho a solicitar la práctica de pruebas, de asistir a interrogatorios y, especialmente, a no ser ni engañado, ni coaccionado, ni sometido a determinadas tentaciones (§ 136 a StPO).

Por otra parte, frente a ese lado personal, de sujeto procesal³⁹, aparece en múltiples formas la desnuda coacción, sobre todo en la prisión preventiva (§§ 112, 112 a StPO); al igual que la custodia de seguridad, ésta tampoco significa nada para el imputado, sino que frente a él se agota en una coacción física. Y no porque el imputado deba asistir al proceso —también participa en el

³⁸ Cfr. una enumeración más exhaustiva en ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25.ª edición, 1998, § 18.

³⁹ Respecto de los requisitos de un *deber* de participación como consecuencia de la personalización fundamental PAWLIK, GA 1998, págs. 378 y ss., con amplias referencias. ROXIN, *Strafverfahrensrecht* (nota 38), asigna la necesidad de «soportar el desarrollo del proceso» a la coacción. Ello no resulta convincente: el proceso de por sí *es* el camino para la clarificación de la situación mediante un trato personal recíproco.

proceso una *persona* imputada, y por convicción—, sino porque es obligado a ello mediante su encarcelamiento. Esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho —ésta ni oculta pruebas ni huye—, 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. La situación es idéntica respecto de cualquier coacción a una intervención, por ejemplo, a una extracción de sangre (§ 81 a StPO), así como respecto de aquellas medidas de supervisión de las que el imputado nada sabe en el momento de su ejecución porque las medidas sólo funcionan mientras el imputado no las conozca. En este sentido, hay que mencionar la intervención de las telecomunicaciones (§ 100 a StPO), otras investigaciones secretas (§ 100 c StPO) y la intervención de investigadores encubiertos (§ 110 a StPO). Al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado.

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. En este contexto, puede bastar una

referencia a la incomunicación, es decir, a la eliminación de la posibilidad de entrar en contacto un preso con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de una persona (§§ 31 y ss. EGGVG). Ahora bien, éste sólo es el caso extremo regulado por el Derecho positivo. Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde los hechos del 11 de septiembre de 2001: en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento —y sólo hasta el momento— no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros —¿delincuentes? ¿prisioneros de guerra?— muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra.

V. DESCOMPOSICIÓN: ¿CIUDADANOS COMO ENEMIGOS?

Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado.

Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los

individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, KANT exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos⁴⁰.

Por otro lado, sin embargo, no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico. Por ello, 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. Intentaré ilustrar lo dicho con un ejemplo⁴¹ relativo a la preparación del delito: el Código penal prusiano de 1851 y el Código penal del *Reich* de 1871 no conocían una punición de los actos aislados de preparación de un delito. Después de que en la «lucha cultural» (*Kulturkampf*) —una lucha del Estado por la secularización de las instituciones sociales— un extranjero (el belga Duchesne) se hubiera ofrecido frente a altas instituciones eclesiásticas extranjeras (el provincial de los jesuitas en Bélgica y el arzobispo de París) a matar al canciller del *Reich* (Bismarck) a cambio del pago de una suma considerable, se introdujo un precepto que amenazaba tales

⁴⁰ KANT, como en nota 18.

⁴¹ Respecto de la historia del § 30 StGB cfr. *LK¹¹-ROXIN*, n.m. 1 previo al § 30.

actos de preparación de delitos gravísimos con pena de prisión de tres meses hasta cinco años, en el caso de otros delitos, con pena de prisión de hasta dos años (§§ 49.a, 16 RStGB después de la reforma de 1876). Se trata de una regulación que —como muestra lo poco elevado de las penas— evidentemente no tomaba como punto de referencia cómo de peligroso un enemigo puede llegar a ser, sino aquello que un autor ya ha atacado hasta ese momento al realizar la conducta: la seguridad pública. En 1943 (!) se agravó el precepto (entre otros aspectos) vinculando la pena a la correspondiente al hecho planeado; de este modo, el delito contra la seguridad pública se convirtió en una verdadera punición de actos preparatorios, y esta modificación no ha sido revocada hasta el día de hoy. Por lo tanto, el punto de partida al que se anuda la regulación es la conducta no actuada, sino sólo planeada, es decir, no el daño en la vigencia de la norma que ha sido realizado, sino el hecho futuro⁴²; dicho de otro modo, el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado

⁴² A pesar de que generalmente se considera que una delimitación clara de actos preparatorios y tentativa constituye un postulado de primera clase entre los propios de un Estado de Derecho, está ausente cualquier consideración crítica de la punibilidad de la preparación de delitos conforme al § 30 StGB, una punibilidad que —respecto de los delitos en caso de autoría e inducción— marginaliza casi por com-

por el peligro de daños futuros: una regulación propia del Derecho penal del enemigo. Lo que en el caso de los terroristas —adversarios por principio— puede ser adecuado, es decir, tomar como punto de referencia las dimensiones del peligro y no el daño en la vigencia de la norma ya realizado, se traslada aquí al caso de la planificación de *cualquier* delito, por ejemplo, de un simple robo. Tal Derecho penal del enemigo superfluo —la amenaza de pena desorbitada carece de toda justificación— es más dañino para el Estado de Derecho que, por ejemplo, la incomunicación antes mencionada, pues en este último caso, sólo no se trata como persona al —presunto— terrorista, en el primero, cualquier autor de un delito en sentido técnico y cualquier inductor (§§ 12, párrafo 1.º, 30 StGB), de manera que una gran parte del Derecho penal del ciudadano se entremezcla con el Derecho penal del enemigo.

VI. PERSONALIZACIÓN CONTRAFÁCTICA: ENEMIGOS COMO PERSONAS

La exposición no sería completa si no se añadiera la siguiente reflexión: como se ha mostrado,

pleto la relevancia del límite; de nuevo, cfr. una posición crítica al respecto en JAKOBS, ZStW, 97 (1985), pág. 752.

sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real. Y de esta constatación tampoco queda excluido el ordenamiento jurídico en sí mismo: sólo si es impuesto realmente, al menos a grandes rasgos, tiene una vigencia más que ideal, es decir, real. En contra de esta posición se encuentra, sin embargo, en la actualidad la suposición corriente de que en todo el mundo existe un orden mínimo jurídicamente vinculante en el sentido de que no deben tolerarse las vulneraciones de derechos humanos elementales, con independencia de dónde ocurran, y que, por el contrario, ha de reaccionarse frente a tales vulneraciones mediante una intervención y una pena. El Tribunal para la antigua Yugoslavia en La Haya, el estatuto de Roma⁴³ y el Código penal internacional⁴⁴ son consecuencias de esta suposición. Si se examina con mayor detenimiento la jurisdicción internacional y nacional que con ello se establece, se percibe que la pena pasa de ser un medio para el *mantenimiento* de la vigencia de la norma a serlo de la *creación* de vigencia de la nor-

⁴³ Publicaciones del *Bundestag* [Parlamento Federal alemán, n. del t.] 14/2682, págs. 9 y ss.

⁴⁴ Artículo 1 de la Ley para la introducción de un Código penal internacional de 26-6-2002, BGBl I, pág. 2254.

ma. Esto no tiene por qué ser inadecuado, pero es necesario identificarlo y procesarlo teóricamente; a continuación se llevará a cabo un pequeño intento de resolver esa tarea:

Como es sabido y no necesita de referencia alguna, en muchos lugares del mundo ocurren vulneraciones extremas de derechos humanos elementales. Ahora bien, allí donde ocurren, estas vulneraciones tienen lugar porque los derechos humanos en aquellos lugares hasta el momento no estaban establecidos en el sentido de que fueran respetados a grandes rasgos; pues de lo contrario, también en esos territorios serían entendidas las vulneraciones como perturbaciones del orden establecido y serían penadas, sin que fuera necesaria una jurisdicción exterior. Por lo tanto, son algunos Estados —fundamentalmente, occidentales— que afirman una vigencia global de los derechos humanos, vigencia que es contradicha en el lugar de comisión de los hechos de manera radical y existosa al menos por parte de los autores. Ahora bien, el autor siempre niega la vigencia de la norma que prohíbe el hecho respecto de la conducta que él planea; pues de lo contrario no podría cometer el hecho. En consecuencia, parece que *en todo caso* —tanto en el caso de una vulneración de derechos humanos en cualquier lugar del mundo como en el supuesto base de un delito dentro del Estado— el autor se dirige contra la norma prohi-

bitiva y que la vigencia de la norma, afectada por ello, es confirmada en su intangibilidad por la pena. Sin embargo, esta equiparación supondría dejar fuera de consideración diferencias esenciales.

En el supuesto base de un delito *en* un Estado, un orden establecido a grandes rasgos es vulnerado en un caso individual. Ya existe un monopolio de la violencia a favor del Estado, y a éste se halla sometido el autor, también ya antes de su hecho. KANT formuló esto afirmando que en el «estado comunitario-legal» la «autoridad» tiene «poder» tanto sobre el autor como sobre su víctima⁴⁵. Por lo tanto, se trata de un estado de certeza de que el Estado presta suficiente seguridad para las expectativas normativas de la víctima frente al autor, de modo que si a pesar de ello se produce un hecho, éste aparece como peculiaridad que no debe tenerse en cuenta en el cálculo cognitivo y que puede ser neutralizada mediante la imputación al autor y su punición. Esta breve consideración ha de bastar respecto de la situación en *un estado de vigencia real del ordenamiento jurídico*, es decir, *en* el Estado en funcionamiento.

La situación es distinta en lo que se refiere a la vigencia global de los derechos humanos. No puede afirmarse de ningún modo que exista un estado real de vigencia del Derecho, sino tan sólo de un

⁴⁵ Como en nota 18.

postulado de realización. Este postulado puede estar perfectamente fundamentado, pero ello no implica que esté realizado, del mismo modo que una pretensión jurídico-civil no se halla realizada sólo porque esté bien fundamentada. Dicho de otro modo: en esta medida, no se trata del *mantenimiento* de un «estado comunitario-legal», sino, con carácter previo, de su *establecimiento*. La situación previa a la creación del estado «comunitario-legal» es el estado de naturaleza, y en éste no hay personalidad, en todo caso, no existe una personalidad asegurada. Por ello, frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos, quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, de por sí está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito «comunitario-legal», y esto es de hecho lo que sucede, conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de detención. Ahora bien, una vez que se tiene al infractor, se cambia al Código penal y al Código de procedimiento penal, como si se tratara de un homicidio por despecho o de conflictos ciudadanos parciales de estas características. Por lo tanto, se declara al autor persona para poder mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos. Sería más sincero separar esta coacción en la *creación* de un orden del derecho a *mantener* un orden: el «ciudadano»

Milosevic es tan poco parte de *aquella* sociedad que le pone ante un tribunal como lo era el «ciudadano» Capeto. Como es evidente, no me dirijo contra los derechos humanos con vigencia universal, pero es que su establecimiento es algo distinto que su aseguramiento. Si sirve al establecimiento de una Constitución mundial «comunitario-legal», habrá que castigar a los que vulneran los derechos humanos; pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: Derecho penal del enemigo.

VII. RESUMEN

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.