LA FUNDAMENTACIÓN IUSFILOSÓFICA DEL DERECHO PENAL DE ENEMIGO

Precisiones sobre la interpretación de Kant (*)

Carlos Pérez del Valle
Profesor Ordinario de Derecho Penal. Escuela Judicial
Universitat Abat Oliba - CEU

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-03, p. 03:1-03:14. Disponible en Internet:
http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc10-03.pdf
ISSN 1695-0194 [RECPC 10-03 (2008), 28 ene]

RESUMEN: Los críticos al concepto de "derecho penal de enemigo" de Jakobs han insistido en considerar que su referencia a Kant no es correcta, porque una aprobación de las tesis que sostiene sería imposible en la filosofía política de la Ilustración. A pesar de ello, en el presente trabajo se intenta demostrar que esta crítica es errónea: en los fundamentos del pacto social (estado de naturaleza y estado pre-social) o en la teoría de la pena, como en la fundamentación de la teoría del estado contiene El autor argumenta que en la obra de Kant hay sobrados elementos para entender que el apoyo en Kant de Jakobs es coherente.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal del enemigo, Kant, estado de naturaleza, contrato social, teoría de la pena, retribución, prevención de peligros.

Fecha de publicación: 2 febrero 2008

SUMARIO: Introducción. I. Enemigo en estado de naturaleza. II. Enemigo en estado social (pre-jurídico) III. ¿"Aislamiento" o "Custodia de seguridad" para el enemigo? IV. ¿Quién es el enemigo? V. Conclusión

Introducción

Las reflexiones de *Jakobs* sobre la distinción entre el denominado derecho penal del ciudadano y el derecho penal de enemigo –cuya primera referencia aparece escrita, como es sabido, hace más de veinte años[1]- han originado una polémica que ha supera-

(*)Este trabajo es la versión en castellano de "Zur rechtsphilosophische Begründung des Feindstrafrechts", publicado en Michael Pawlick/Rainer Zaczyk (edic.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Colonia, 2007, pp. 515 y ss.

[1] JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en *ZStW 97 (1985)*, pp. 751 y ss, en particular pp. 753-754.

do las fronteras alemanas y que, muy especialmente, ha incidido en la discusión doctrinal española. Por otra parte, el propio tema no es exclusivo del derecho penal sustantivo, sino que se ven implicados aspectos de derecho procesal y constitucional, y el debate alcanza a presupuestos filosófico-jurídicos en su propia fundamentación. Sobre estas cuestiones de fundamentación, y sobre los presupuestos filosófico-jurídicos de la separación entre estas dos parcelas del derecho quisiera aportar algunas reflexiones. A mi juicio, las críticas al respaldo filosófico-jurídico que *Jakobs* ha citado frecuentemente como punto de partida de su teoría del derecho penal de enemigo no siempre son correctas. En ocasiones, se confunden dos posibles referencias al enemigo que el propio *Nietzsche* incluye cuando da una lista de significados posibles a la pena[2]: la "ceremonia de escarnio del enemigo", por una parte; y la "lucha contra el enemigo de la paz". A mi juicio, las dos formas en las que *Nietzsche* muestra al enemigo como destinatario de la pena expresan correctamente una visión parcial de algunas de las críticas al derecho penal del enemigo: algunos críticos quieren ver en la posición de *Jakobs* la primera de las notas, cuando sólo existe la segunda[3]. Nada hay -o nada debería haber- de *ceremonia del escarnio* en el derecho penal moderno, sea dirigido a enemigos, sea dirigido a ciudadanos[4]; y el derecho penal en sentido estricto (castigo en forma de dolor)[5] debe huir también de transformarse en una pura *lucha contra el enemigo de la paz*. Para ello, y en este sentido estoy sustancialmente de acuerdo con *Jakobs*, no hay más solución que separar –al menos conceptualmente- el derecho penal del ciudadano del derecho penal del enemigo, cuyas formas invaden la legislación penal de la modernidad. La crítica a su fundamentación iusfilosófica ha sido particularmente intensa en las referencias de *Jakobs* a *Kant*, y básicamente a ellas dedicaré las líneas que siguen: al examen del concepto de estado de naturaleza(I); al peligro del enemigo en relación con el contrato original (II); a los fines de la reacción contra el enemigo (III) y la determinación de su concepto (IV).

I. **Enemigo en estado de naturaleza**

La referencia de *Jakobs* a *Kant*, y especialmente el recurso a una cita de "Zum ewi-

[2] V. NIETZSCHE, *Genealogie der Moral* (1887), II, 10: como ceremonia del escarnio: ("Strafe als Fest, nämlich als Vergewaltigung und Verhöhnung eines endlich niedergeworfnen Feindes"); como enemigo de la paz: ("Strafe als Kriegserklärung und Kriegsmassregel gegen einen Feind des Friedens, des Gesetzes, der Ordnung, der Obrigkeit, den man als gefährlich für das Gemeinwesen, als vertragsbrüchig in Hinsicht auf dessen Voraussetzungen, als einen Empörer, Verräter und Friedensbrecher bekämpft, mit Mitteln, wie sie eben der Krieg an die Hand gibt").

[3] Cfr. PÉREZ DEL VALLE "Derecho penal de enemigo ¿escarnio o prevención de peligros?", en Cancio Meliá/Gómez-Jara (edic.) Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, 2006, pp. 549 y ss.

[4] Véase sin embargo, Friedrich BALKE ("Die Figuren des Verbrechers in Nietzsches Biopolitik", *Nietzsches-Studien Bd. 32-2003*, p. 184): ceremonia como "la otra cara de una desviación de su finalidad: indagar en el alma del autor y cuestionar su cuota de participación en la causalidad oculta en cada hecho punible".

[5] Cfr. JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck* (edición de la Academia de las Ciencias de Nordrhein-Westfallen), 2004, p. 29; v. también JAKOBS, "Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit", en *HRRS 2006*, p. 295.

gen Frieden"[6] a la que me he de referir a continuación, ha sido considerada discutible o interpretada por encima de las posibilidades que la misma cita ofrece (en aleman: überinterpretierte)[7]. *Jakobs* entiende que *Kant* describe de forma muy precisa la situación del enemigo en estado de naturaleza: mientras en estado civil-jurídico el individuo brinda la seguridad necesaria, en mero estado de naturaleza, no ofrece ninguna garantía; cuando se refiere al sujeto que en estado de naturaleza me priva de la seguridad necesaria, alude *Kant* precisamente al peligro al que el mismo *Jakobs* se refiere cuando habla del derecho penal de enemigo. En palabras del propio *Jakobs*: "El estado de naturaleza es precisamente un estado de ausencia de normas y, por tanto, tanto de una libertad excesiva como de una excesiva confrontación"[8].

Por un lado, se ha indicado que la teoría del derecho de *Kant* se caracteriza por la fundamentación de un estado de derecho sin excepciones, y en el que todo sujeto –también el que infringe el derecho- se reencuentra a sí mismo de un modo más libre y con mayor igualdad[9]; a ningún ciudadano se le exige una ulterior aquiescencia. En *Kant* sólo existen enemigos antes del estado jurídico (status de derecho: en alemán, Rechtszustand); después del establecimiento del status de derecho ya no existen enemigos y sólo hay derecho penal de ciudadanos[10]. En esta misma perspectiva, se ha señalado también que este pasaje no proporciona, como pretende *Jakobs*, un argumento en favor de la exclusión, pues quien, desde un principio, no se ha situado en estado jurídico-civil (o de leyes de los ciudadanos), tampoco puede ser excluido de él[11]. Pero además la custodia de seguridad (Sicherungsbewährung), de la que habla *Jakobs* como alternativa a la expulsión para los enemigos, no sería posible en el estado de ausencia de derecho, y menos aun una pena que no fuese de carácter absoluto[12].

A mi juicio, la crítica a la posición de *Jakobs* en este punto no está suficientemente fundada, e incluso puede pensarse que hace una interpretación incorrecta. Por una parte, ha de considerarse el propio texto de *Kant*. En la nota a la que se hace referencia, *Kant* contrapone dos reacciones diferentes ante quien lesiona a otro. Por una parte, la

[6] KANT, "Zur ewigen Frieden", Immanuel KANT, *Werke in sechs Bänden* (edic. de Rolf Toman), *Bd. 6*, 1995, p. 286, Nota al pie.

[7] En este sentido, Jörg ARNOLD, "Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen", *HRRS 2006*, p. 305: "Sin embargo, con esta interpretación de Kant, Jakobs se enfrenta diametralmente con la interpretación de la actual filosofía del derecho penal alemana". De justicia es señalar, sin embargo, que algunos de los críticos del concepto en la doctrina española no hacen esta objeción en torno a Kant. Cfr. Luis GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «derecho penal del enemigo»", en *RECPCr 7-02 (2005)* (http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf), p. 14. No obstante, algunas dudas en este aspecto presenta José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, que habla de "imprecisas y controvertidas alusiones a diversos pasajes de la obra de Kant" ("El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo", Revista Penal 19 (2007), pp. 52 y ss, pp. 56-57). Una aclaración sobre las indicaciones de GONZÁLEZ CUSSAC y, por la alusión, en nota 19: mi objetivo, al tratar la cuestión desde el punto de vista de la historia de las ideas, no es resaltar que la tesis "es heredera de una tradición del pensamiento occidental instalada en el autoritarismo político", en sentido estricto; sino más bien mostrar que no es en absoluto ajeno a autores que fundamentan el pensamiento liberal (cfr. PÉREZ DEL VALLE, *CPC 75 (2001)*, p. 612).

[8] JAKOBS, *HRRS 2004*, p. 92.

[9] Peter-Alexis ALBRECHT, "Krieg gegen den Terror", *ZStW-117 (2005)*, pp. 852 y ss, en especial p. 857.

[10] ALBRECHT, *ZStW-117 (2005)*, p. 858.

[11] Jochen BUNG, "Feindstrafrecht als Theorie de Normgeltung und der Person", *HRRS 2006*, p. 69.

[12] Vgl. JAKOBS, *HRRS 2004*, p. 90.

reacción frente a quien lesiona a otro y ambos se encuentran en estado jurídico-civil y, por otra, la lesión o la mera privación de seguridad necesaria, cuando el infractor se encuentra en estado de naturaleza. El simple hecho de que este sujeto se encuentre en un estado de naturaleza implica ya lo que el propio *Kant* denomina la "ilegalidad de su estado" (die Gesetzlosigkeit seines Zustandes) o *status injustus* y, por tanto, el peligro para mi seguridad (para la seguridad de quienes se encuentran en estado jurídico-civil). Que tal oposición existe en el texto no creo que sea dudoso y, por tanto, no puede rechazarse de plano cualquier planteamiento que, como el de *Jakobs*, intente derivar consecuencias de aquella previsión. La cuestión es, entonces, si el alcance que se le da a esta diferencia de reacciones en estado jurídico-civil y en estado de naturaleza es correcto.

En un primer nivel debe responderse a la pregunta de qué se entiende por estado de naturaleza, especialmente si se considera que los críticos a la fundamentación jurídico-filosófica de *Jakobs* anteponen, en primer término, un argumento cronológico, cuando se indica que después del pacto social no hay sino derecho penal de ciudadanos y ya resulta imposible el derecho penal de enemigos, y que quien no estuvo dentro del pacto social no puede ser expulsado. Como se ha de ver, este argumento no puede ser aceptado. Con razón subraya *Jakobs* que el pacto social no es en *Kant* sino un modelo regulativo de fundamentación y limitación del poder del estado[13] porque, como hecho real es imposible[14]. En suma: en cualquier caso, para *Kant* no hay un pacto social como hecho histórico[15]; el pacto es una hipótesis para la fundamentación metafísica de la teoría del derecho. Precisamente por ese motivo no debería utilizarse el argumento que he denominado cronológico en ninguno de sus dos sentidos: si no hay un momento histórico determinado para afirmar que se ha sellado el pacto, no es posible mantener que alguien ya estaba dentro del pacto y no puede salir de él, ni puede afirmarse que quien no entró en él no pueda ser excluido. Se utilizan categorías temporales que son inaceptables si el pacto no es un hecho histórico; en *Kant* no hay un antes y un después del contrato social en sentido estricto. El propio "contrato original" (ursprüngliche Kontrakt) es concebido por *Kant* como el concepto racional de la constitución del Estado (Vernunftbegriff einer Staatsverfassung). Y sólo en ese sentido, en cuanto referido a un concepto de razón, pueden utilizarse categorías temporales[16].

Este estado de naturaleza es, en *Kant*, sustancialmente estado de inseguridad, como

[13] En este sentido Wolfgang KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994, pp. 199 y ss; en el mismo sentido explícitamente JAKOBS (HRRS 2004, p. 90) al referirse al modelo del contrato como una idea regulativa en el fundamento y limitación del poder del Estado. En relación con la teoría kantiana de la pena, también Hellmuth MAYER en "Kant, Hegel und das Strafrecht", en: Bockelmann/Kaufmann/Klug, *Festschrift für Karl Engisch*, 1969, p. 69.

[14] KANT (*Über den Gemeinspruch* (1793), edic. de Julius Ebbingaus, 1982, p. 49) niega que se trate de un "Faktum"; también frente a DANTON, en p. 55. Cfr. HRUSCHKA ("Kant Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechtes", *JZ-2004*, p. 1088), que niega que en KANT exista expresamente un "Faktum" de resolución de un contrato.

[15] Georg GEISMANN, "Kant als Vollender von Hobbes und Rousseau", *Der Staat 21 (1982)*, p. 183.

[16] Cfr. de nuevo HRUSCHKA, *JZ-2004*, p. 1090, nota al pie 77: la tripartición de los estatus o estados (presocial, social –ambos prejurídicos- y jurídico) no es temporal. La hipótesis de HRUSCHKA es que las tres distintas "leyes" del derecho (*lex iusti*, *lex iuridica* y *lex iustitiae distributivae*) serían atributos respectivos de los diferentes estatus.

lo es en *Hobbes*[17]: en estado de naturaleza no sólo no está garantizada la reciprocidad en el reconocimiento de los derechos privados[18], sino que es posible en todo momento un conflicto insoluble en relación con los derechos de cada uno[19]. Esto significa que, en estado de naturaleza, no hay ninguna garantía de mi seguridad y, por tanto, que el estado de naturaleza se distingue por la inseguridad. Este es el punto que desarrolla *Kant* en la nota citada por *Jakobs*: la mera permanencia de un sujeto en estado de naturaleza, mientras yo estoy en estado jurídico-civil, "me priva de esta seguridad y me lesiona ya a través de este estado, en el instante en que se encuentra junto a mí, aunque no sea en forma activa (*facto*), sino por la ilegalidad de su estatus (*statu iniusto*), por el que yo mismo me encuentro amenazado permanentemente por él"[20]. A mi juicio, el significado de las afirmaciones de *Kant* en el texto no es dudoso, y la interpretación que *Jakobs* hace en este punto es correcta, en la medida que es coherente con otras descripciones del estado de naturaleza.

La consecuencia, por tanto, se desarrolla en dos sentidos, que aparecen también confirmados en la descripción de *Kant*: por una parte, el hecho de que el pacto civil exista y de que los sujetos que en este pacto se han integrado se encuentren en estado civil no es incompatible con la permanencia de determinados individuos en estado de naturaleza; por otra, su permanencia en estado de naturaleza implica fundamentalmente inseguridad para la comunidad que sí se encuentra en estado jurídico. Esa inseguridad del individuo en estado de naturaleza merece, para *Kant*, el tratamiento de un enemigo y, lo que es más importante, un tratamiento distinto del que corresponde al ciudadano. En todo caso, esta hipótesis ha de ser confrontada, sobre todo, con el contenido del status jurídico-civil y la vinculación prejurídica a este estado. En otras palabras: la hipótesis sólo sería correcta si las afirmaciones que se hacen respecto del estado de naturaleza en *Kant* son compatibles con su visión del estado jurídico-civil. Este es el aspecto que se ha de examinar a continuación.

II. **Enemigo en estado social (pre-jurídico)**

Como se ha indicado, existen motivos para pensar que, en *Kant*, quien no se somete al pacto provoca inseguridad, aunque por razones distintas a las de *Hobbes*. Mientras en *Hobbes* el estado de naturaleza pone en peligro al hombre y resulta por ello decisivo el riesgo para la subsistencia, que exige el establecimiento del pacto[21]; en *Kant* es la

[17] Sobre esta cuestión en HOBBES, cfr. PÉREZ DEL VALLE, "Sobre los orígenes del derecho penal de enemigo: reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", pp. 605 y ss.

[18] KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), edic. de H. Ebeling, 1990, Rechtslehre, 1. Parte, § 9: "Aun en estado de naturaleza sí puede verificarse un real, pero provisorio y externo «mío» y «tuyo» (Im Naturzustand kann doch ein wirkliches, aber nur provisorisches äußeres Mein und Dein stattthaben)".

[19] GEISMANN, *Der Staat 21 (1982)*, p. 182: "En estado de naturaleza, no sólo no está garantizada la necesaria reciprocidad y respeto de todo derecho privado, sino que incluso es posible en todo momento un conflicto de principio insoluble en relación con todo derecho de cada cual".

[20] KANT, "Zur ewigen Frieden", Immanuel KANT, *Werke in sechs Bänden* (edic. de Rolf Toman), *Bd. 6*, 1995, p. 286, Nota al pie: " (...) benimmt mir diese Sicherheit und lädiert mich schon durch eben diesen Zustand, indem er neben mir ist, obgleich nicht thätig (*facto*), doch durch die Gesetzlosigkeit seines Zustandes (*statu iniusto*), wodurch ich beständig von ihm bedroht werde".

[21] Cfr. Thomas HOBBES, en *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth ecclesiasticall*

exigencia incondicionada que se vincula con el concepto de la razón práctica[22]. Esto supone que existe un mandato jurídico de abandono del estado de naturaleza, que los hombres están obligados a someterse a él por una razón jurídica a priori[23], independientemente de cualquier cálculo de interés[24]. La discusión sobre lo tuyo y lo mío respecto a un determinado objeto permite forzar a otro a asumir el pacto[25] porque existe un deber de todos los hombres que puedan llegar a tener relaciones jurídicas a asociarse al pacto: "todos los hombres que pueden tener entre sí (también involuntariamente) relaciones jurídicas, deben pasar a este estado"[26].

En esta perspectiva, la ausencia de cimentación cognitiva tiene en *Kant* no sólo una justificación en el terreno de los hechos y de la peligrosidad fáctica (faktische Gefährlichkeit) en sentido estricto: quien no se somete o se autoexcluye del pacto no respeta un mandato jurídico-natural a priori que le obliga a abandonar el estado de naturaleza. Por tanto, si existe el mandato y puede pensarse en que un sujeto puede desobedecerlo, es posible tanto que el individuo no se integre en el pacto como que se desentienda de él. Pero, en cualquier caso, la resistencia al mandato a priori justifica una inseguridad específica, porque no es el sujeto en estado de naturaleza, sino el sujeto que se resiste a abandonar este estado infringiendo un mandato jurídico-natural. Esto confirma la tesis respecto al estado de naturaleza, pero añade un nuevo elemento: la existencia del mandato a priori de integración en el pacto social; si, como se ha visto anteriormente, puede existir un sujeto que permanece en estado de naturaleza porque no se integra en el pacto, esto sucede porque el sujeto ha infringido ese mandato jurídico-natural que le ordena integrarse. En otras palabras: quien crea inseguridad, quien permanece en estado de naturaleza junto a sujetos que están en estado civil-jurídico, se autoexcluye,

and civill (1651), edic. de C.B. Macpherson, Londres, 1985: "The Passions that encline men to Peace, are Feare of Death (...) And Reason suggesteth convenient Articles of Peace, upon wich men may be drawn to agreement" (Parte I, Cap. 13, p. 188); Estos artículos de paz son las leyes naturales ("These Articles, are they, wich otherwise are called the Laws of Nature"), que se expresan como "Right" cuando consisten en la libertad de hacer algo u omitirlo; y en "Law" cuando se está vinculado a algo (hacer u omitir), de tal modo que el propio HOBBES lo identifica respectivamente con "Liberty" y "Obligation" (Parte I, Cap. 14, p. 189) y el contrato consisten en la mutua transferencia de derechos (Rights) (Parte I, Cap. 14, p. 192). Sobre la infracción de mandatos y prohibiciones en HOBBES y su relación con la omisión (así como su base en *De cive*), cfr. PÉREZ DEL VALLE, "Los fundamentos filosófico-políticos de la teoría liberal de la omisión", en *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, Bogotá, 2004, pp. 20 y ss.

[22] Otfried HÖFFE, "Zur vertragstheoretischen Begrundung politischer Gerechtigkeit: Hobbes, Kant und Rawls im Vergleich", en HÖFFE, *Ethik und Politik, Grundmodelle und –probleme der praktischen Philosophie*, 1979, p. 210: "La piedra de toque de Kant es la exigencia incondicionada que se vincula con el concepto de razón práctica".

[23] KERSTING "Neuere Interpretationen der Kantischen Rechtsphilosophie", *Zeitschrift für philosophische Forschung 37 (1983)*, p. 297. Cfr. sobre este punto KANT, *Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, 1. Parte, § 41, p. 162: "Tu debes pasar a este estado (Du sollst in diesem Zustand treten)".

[24] Ludwig SIEP, "Vertragstheorie – Ermächtigung und Kritik von Herrschaft?", in: Bembach/Kodalle (edic.) *Furcht und Freiheit. Leviathan –Diskussion 300 Jahre nach Thomas Hobbes*, 1982, p. 138.

[25] KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, 1. Parte, § 8, p. 99: "de este modo el sujeto ha de estar autorizado a forzar a aquel otro con quien ha sobrevenido, respecto de cualquier objeto, una desavenencia sobre lo mío y lo tuyo, para que asuma junto con él mismo a una constitución civil (so muß es auch dem Subjekt erlaubt sein, jeden anderen, mit dem es zum Streit des Mein und Dein über ein solches Objekt kommt, zu nötigen, mit ihm zusammen in eine bürgerliche Verfassung zu treten)"; sobre este punto, GEISMANN, *Der Staat 21 (1982)*, p. 182; JAKOBS, *HRRS 2004*, p. 91.

[26] KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, 1. Parte, § 41, p. 162.

porque infringe el mandato que obliga a la integración en el pacto.

En este argumento está latente otra duda. Si el sujeto rechaza suscribir el pacto ¿Por qué la seguridad cognitiva se ve afectada? Si en la realidad esto sucediese así, ya se sabría que este individuo no forma parte del estado civil y, por tanto, se conocería que, respecto a él, las expectativas normativas carecen de fuerza de orientación[27]. Un elemento esencial del enemigo en las sociedades modernas es precisamente que, pese a que construye su identidad al margen del derecho, puede desenvolverse como ciudadano y mantener oculta esta identidad[28]. Sin embargo, un problema del enemigo es su identidad; en realidad, no sabemos quién es el enemigo y, por tanto, de quién hemos de protegernos. Esto explica algunas de las medidas procesales que se consideran disminuciones de garantías[29], pues es preciso resolver el problema de la seguridad cognitiva. En todo caso, la cimentación cognitiva del derecho depende de la identificación del enemigo, como se ha dicho. La dificultad estriba en el encaje de estas medidas en una diferenciación entre estado de naturaleza y estado civil.

En este punto me parece de especial interés la tripartición de estados de *Kant*, a la que se ha referido *Hruschka* para explicar la teoría de Kant sobre la propiedad[30]. No sólo hay un estado civil contrapuesto al estado de naturaleza, sino que existen dos estados previos al estado jurídico-civil: estado pre-social y social son, en la tradición jurídica contractualista, estado de naturaleza. Estas palabras de *Kant* son claras: como en el estado jurídico-civil, "en efecto, también puede hablarse en estado de naturaleza de sociedades legítimas (por ejemplo: matrimonial, paternofilial, doméstica o cualesquiera otras) ante las cuáles no está vigente ninguna ley a priori"[31]. Por tanto, puede pensarse en un estado de naturaleza del sujeto que no se integra en ninguna otra de las sociedades y en un estado de naturaleza del sujeto que sí vive en sociedades. Y en estas sociedades existen, para Kant, derechos subjetivos, aunque "no hay juez que decidiera en el caso de disputa sobre mi derecho"[32].

A mi juicio, este estado social, que es todavía estado de naturaleza, explica la ausencia de seguridad cognitiva[33]. El individuo, que es enemigo, no se ha integrado en el pacto, pero se desenvuelve como los demás miembros del pacto. De hecho, no hay una distinción exterior entre quien se ha integrado en el pacto y quien no lo ha hecho, pues ambos viven en estas sociedades ejercitando derechos subjetivos. Exteriormente, no hay razón para saber quién es el enemigo, y esto provoca no sólo la ausencia de cimentación cognitiva, sino una inseguridad fundamental: se desconoce quienes son los

[27] JAKOBS, Terroristen als Personen im Recht?, *ZStW 117 (2005)*, p. 842.

[28] Vgl. PÉREZ DEL VALLE, *CPC-75 (2001)*, p. 598; también en *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, 2004, p. 53.

[29] PÉREZ DEL VALLE, *CPC-75 (2001)*, p. 609 y s.

[30] HRUSCHKA, *JZ-2004*, pp. 1088 y ss.

[31] KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, 1. Parte, § 41, S. 162: „denn es kann auch im Naturzustande rechtmäßige Gesellschaften (z. B. eheliche, väterliche, häusliche überhaupt und andere beliebige mehr), von denen kein Gesetz a priori gilt".

[32] KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, 1.Parte, § 44, p. 168 y s: "es keinen Richter gibt, der in Falle eines Streits über mein Recht rechtskräftig entscheiden würde"; sobre ello, HRUSCHKA, *JZ-2004*, p. 1086.

[33] Esta coincidencia de KANT con HOBBES en la descripción del estado de naturaleza está fundada en la inseguridad, y de ahí que se resalte la coincidencia en la descripción de la enemistad. Véase JAKOBS, *Staatliche*

sujetos en los que falta la cimentación cognitiva de vigencia de las normas y, por ello, quienes son en particular los destinatarios del derecho penal de enemigo.

Pero además debe subrayarse el hecho de que *Kant* acuda a la idea de "läsion" cuando se refiere a la mera permanencia del individuo en estado de naturaleza, aunque excluye expresamente que sea "de hecho" (*facto*), sino que es "por la ilegalidad de su estado (*statu iniusto*), por el cual yo mismo me encuentro amenazado permanentemente por él"[34]. La palabra "läsion" es utilizada para que la infracción de quien permanece en estado de naturaleza no suponga únicamente una infracción de la *lex iusti –honeste vive-* que rige en el estado presocial. La permanencia en estado de naturaleza junto a sujetos integrados en el pacto implica en sí mismo un peligro y, por tanto, inseguridad para los sujetos en estado jurídico-civil; este estado de naturaleza de los individuos es ya estado social, aunque pre-jurídico, en el que rige el mandato del derecho *neminem laede*. Por eso, al utilizar la palabra "läsion" se destaca que esta amenaza para la paz de los sujetos en estado jurídico-civil se equipara a una infracción de la *lex iuridica* que consiste en *neminem laede* y, por tanto, a la "lesión activa" (en las palabras de *Kant*, "thätige läsion"), aunque de *facto* no se ha producido la lesión (Verletzung) de ningún derecho subjetivo[35]. En todo caso, esto es una regla especial que, como se observa, rige para el enemigo. La cuestión es ahora si, para el enemigo se prevé una pena, como en otras lesiones de derechos subjetivos, u otra medida especial.

III. ¿"Aislamiento" o "Custodia de seguridad" para el enemigo?

Una segunda línea argumental gira en torno a la teoría de la pena de *Kant*. Sería imposible, según se dice, pensar en el estado de injusticia y menos aun en una pena que no fuese de carácter absoluto[36]. Sobre este tema, y antes de pasar a la cuestión planteada respecto a la teoría de la pena, ha de efectuarse una aclaración previa. Precisamente el punto de partida de *Jakobs* es: para los enemigos no es posible una pena como la del derecho penal de ciudadanos –si se pensara entonces en *Kant*, como la pena absoluta- y es preciso considerar que se trata de una reacción distinta que no está dirigida al infractor de la norma, que es un miembro de este grupo y no su enemigo[37]. Por tanto, el

Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, p. 43.

[34] KANT, *Zur ewigen Frieden*, p. 286, Nota al pie.

[35] Una cuestión a debatir es si realmente el derecho penal en estado jurídico-civil es lex iustitiae distributivae (cfr. HRUSCHKA, *JZ-2004*, p. 1090, Fn. 77) y si ello es posible si el derecho penal es la protección de derechos subjetivos. Un ejemplo histórico: en su crítica a FEUERBACH, BIRNBAUM ("Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens", *Archiv des Criminalrechts-Neue Folge 1834*, p. 150) hace expresa mención de la separación entre *neminem laede* y *suum cuique tribue*. Sobre esta cuestión, cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, p. 48 y s.

[36] BUNG, *HRRS 2006*, p. 69: "En suma, es también el ejemplo de la custodia de seguridad muy lejano, pues de ningún modo se puede hablar de una institución como ésta en un estado pre-constitucional del que Kant parte. En este "estado de injusticia" no puede tratarse en absoluto de "justicia penal", que, como es sabido, Kant aplica en forma absoluta".

[37] JAKOBS *Norm, Person, Gesellschaft*, 2. edic., 1999, p. 109: "El infractor de la norma no es enemigo del grupo (...) sino miembro del mismo (Der Normverbrecher ist nicht Feind der Gruppe (...) sondern deren Mitgleid)". Aunque en un sentido diferente, se podría utilizar la expresión del que el delincuente es "honrado" con la pena en el sentido de HEGEL (*Grundlinien des Philosophie des Rechts* (1821), in: *Werke in zwanzig Bände-7*, 1970, § 100 (p. 191): "Que la pena en sí sea contemplada como que comprende su propio derecho, pues en ella el

punto de partida de un derecho penal del enemigo fundado en estas afirmaciones de *Kant* sería la imposibilidad de que, en este estado de injusticia, el individuo pueda ser sancionado con una pena como tal y, por ello, con una pena de carácter absoluto.

Es verdad que, en estado de naturaleza y sin estado jurídico-civil, no es posible una pena como retribución, precisamente porque la pena retributiva es distinta de la venganza y la venganza tampoco es admisible de acuerdo con las meras leyes de la razón[38]. No es la injusticia (Ungerechtigkeit) del estado de naturaleza, sino su ausencia de leyes (Gesetzlosigkeit) lo que determina que la pena no sea posible, porque no hay reconocimiento de un juez superior que decida las discrepancias[39] y cualquier reacción del lesionado se confundiría con la venganza: "ahora, sin embargo, no es la pena un acto de autoridad privada del injuriado, sino de un tribunal distinto de aquél, que da eficacia a una ley de un soberano, por encima de todos los que al mismo le están subordinados"[40]. El reconocimiento de la autoridad de un tribunal que decide sobre lo mío y lo tuyo proporciona, en la forma expresada, la cimentación cognitiva sin la cuál resulta imposible hablar de pena como retribución[41]. Pero esta retribución es sólo posible respecto a los sujetos que están integrados en el pacto social, aquellos que reconocen la autoridad del soberano; quienes no se han integrado en el *pactum socialis* no pueden ser retribuidos, porque permanecen en estado prejurídico. En términos modernos: respecto a quienes no reconocen la autoridad del juez para dirimir conflictos, porque no se integran en el estado civil-jurídico, no cabe desautorización, como no es posible respecto de sujetos inimputables, que no son capaces de reconocer esa autoridad[42].

A mi juicio, esta visión de la inseguridad puede ser confirmada con una mirada a los límites que concede *Kant* al derecho de gracia[43]. Sin duda, es *Kant* especialmente reacio a su reconocimiento, y llega a afirmar que la impunidad que resulta del ejercicio

delincuente es *honrado* como ser racional (Daß die Strafe darin, als *sein* eigenes *Recht* enthaltend, angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges *geehrt*)". En HEGEL se trata de una distinción respecto del tratamiento de la fiera salvaje (Tier), pero también "en los fines de intimidación y corrección"; en todo caso, la exclusión no es necesariamente un deshonor. Cfr. PÉREZ DEL VALLE, "La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel", en Zugaldía/López Barja de Quiroga (edic.) *Dogmática y Ley penal-Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, p. 637; también en PÉREZ DEL VALLE, *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, pp. 94-95.

[38] KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Tugendlehre, I, 2.Parte, § 36, p. 352.

[39] KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, 2. Parte, § 44, expresamente: "Ciertamente por eso no podía ser el estado de naturaleza exactamente un estado de injusticia (*iniustus*), para encontrarse sólo de acuerdo con la medida de su fuerza; sin embargo sí era un estado de ausencia de derecho (*status iustitia vacuus*) en el que, cuando el derecho era controvertido (*ius controversum*), no se encontraba ningún juez competente para darle eficacia a su decisión (...)"".

[40] KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Tugendlehre, I, 2.Parte, § 36, p. S. 352.

[41] Por tanto, la relación de sumisión (Unterwerfungsrelation) es un elemento esencial de la teoría de la pena de *Kant*; en el estado pre-jurídico no existe y por eso la pena como retribución es posible sólo en estado civil-jurídico. Esta opinión es discutida por Ulrich KLUG EN "Phänomenologische Aspekte der Strafrechtsphilosophie von Kant und Hegel", en *Phänomenologie, Rechtsphilosophie, Jurisprudenz–Festschrift für Gerhart Husserl*, 1969, p. 217.

[42] CANCIO MELIÁ, "Feind„strafrecht"?", *ZStW 117-(2005)*, p. 286 piensa que esta consideración de enemigo es una muy intensiva desaprobación, que subraya el status de ciudadano. Aquí existe una discrepancia conceptual: en términos kantianos, quien no está en el status jurídico-civil no puede ser retribuido, y hay "apostasía del status de ciudadano" en la medida que el sujeto puede libremente rechazar este status.

[43] KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, 2 Parte, Allgemeine Anmerkung E II (p. 199).

del derecho de gracia a delitos cometidos entre los súbditos es la más grande injusticia contra aquéllos. Este rechazo al derecho de gracia en un plano horizontal ("in Ansehung der Verbrechen der Untertanen untereinander") es compatible con su admisión excepcional en casos de lesión de derechos del soberano (*crimina laesae maiestatis*), salvo "cuando la impunidad pudiera crecer el peligro para el mismo pueblo en atención a su seguridad"[44]. Si se leen detenidamente estas palabras, puede concluirse que, a diferencia de toda la argumentación precedente, lo que motiva que la imposibilidad de que sea aplicado el derecho de gracia a estos casos no es la exigencia de justicia o de una retribución correspondiente al ilícito producido. La explicación no es: en estos delitos contra el soberano también se lesionan derechos subjetivos de los súbditos; por tanto, aunque perdone el soberano, no lo hacen los súbditos. Esta forma de pensar sería la razonable de acuerdo con la propia concepción del derecho penal de *Kant*, que no ha dejado de lado en el imperativo categórico de la ley penal la protección de derechos subjetivos –la decisión sobre lo mío y lo tuyo- característico del paso del derecho privado al público[45]. Pero no hay una referencia como ésta, sino exclusivamente el peligro de que aumente la inseguridad del pueblo; este peligro justifica entonces que no haya derecho de gracia aunque el ofendido sea el soberano, y ello pone en cuestión que la pena que se impone sea simplemente retribución. En otras palabras: el peligro para la inseguridad del pueblo es reducción sustancial del lado cognitivo de la estabilización de las normas.

Si un crimen *laesae maiestatis* no se castiga, los peligros para la seguridad del pueblo crecen porque quienes cometieron el delito no son sancionados. El aumento del peligro que justifica la imposibilidad de aplicar el derecho de gracia no depende, por tanto, de la comisión del delito, sino del mero hecho de que la pena no sea aplicada. La cuestión es, por tanto, qué significado reconoce *Kant* a esta pena, en la que lo que ha de considerarse es el crecimiento del peligro que provoca su inaplicación. Desde luego, esta pena no es retribución; de hecho, no lo es ninguna pena por un crimen *laesae maiestatis*, porque en ellas juega la posibilidad del derecho de gracia sin injusticia, a diferencia de los delitos entre súbditos, en los que sin retribución se produce una grave injusticia. Pero además, el derecho subjetivo lesionado es el del soberano, pues si no hubiese peligro para la seguridad del pueblo podría aplicarse el derecho de gracia, y no hay ningún derecho de ciudadano en cuestión. Por tanto, la necesidad de la pena se explica en estos casos únicamente por el aumento del peligro que para la sociedad representa su falta de sanción, precisamente porque en los autores de estos delitos no es posible restablecer la presunción de que se van a comportar conforme a derecho[46]. La reacción frente a quien no presta esta garantía de comportarse conforme a derecho,

[44] KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, 2 Parte, Allgemeine Anmerkung E II (p. 199), textualmente: "(...) wenn Ungestrafheit dem Volke selbst in Ansehung seiner Sicherheit Gefahr erwachsen könnte".

[45] KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, 1.Teil, §§ 41, 42.

[46] La idea es expuesta por GROLMAN (*Über die Begründung des Strafrechts und der Strafg esetzgebung, nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Masstabe der Strafen und der juristischen Imputation* (1799), citado según Thomas VORMBAUM (edic.), *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit, 1 Bd.*, p. 306 y s.) y aceptada por JAKOBS (*Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, p. 39) también para apoyar la necesidad de la cimentación cognitiva (op.cit. p. 42 y s).

porque se excluye al no integrarse en el estado jurídico-civil, sólo puede ser entonces el aislamiento o la "custodia de seguridad" (Sicherungsverwahrung), tal como *Kant* lo indica, respecto del enemigo, en la cita de "Zum ewigen Frieden".

IV. **¿Quién es el enemigo?**

Sin embargo, una necesidad en la defensa del concepto de derecho penal del enemigo es la determinación de quienes han de serlo[47]. Si previamente se desconoce quienes son los enemigos, las normas jurídicas perderían su eficacia orientadora para el ciudadano, y dejaría de justificarse la separación entre derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano. La pregunta es, por tanto, quien ha de ser destinatario del derecho penal del enemigo; la respuesta no será quien es el enemigo, porque precisamente es un punto de partida conceptual del mismo derecho penal de enemigo la inseguridad cognitiva, y por tanto, la dificultad de identificar al enemigo concreto. Por este motivo, cuando se pregunta por el destinatario del derecho penal del enemigo –lo que es una cuestión no sólo conceptualmente decisiva, sino urgente[48]- debe precisarse, sobre todo, cuáles son los delitos respecto de los cuales se considera que quienes los cometen son o pueden ser enemigos[49].

¿Significa esta determinación de sujetos que cometen determinados delitos, una diabolización o demonización del delincuente o de determinados delincuentes[50]? La utilización de la palabra enemigo podría suponer, desde luego, una carga peyorativa, que *Jakobs* niega[51], porque se trata simplemente de una separación que puede explicarse desde el punto de vista del derecho penal: frente al individuo peligroso, que no es persona en el derecho, el estado no reacciona con una pena que supone comunicación, sino con lucha contra el peligro. ¿Por qué entonces se habla de que el derecho penal del enemigo supone demonización del delincuente enemigo? La pregunta puede responderse en dos formas diferentes: bien por que al hablar del enemigo como no-persona (Unperson) suponga una diabolización de éste; bien porque las consecuencias hacia el enemigo implican un trato que sólo cabría con un sujeto „demonizado".

La primera respuesta es ciertamente compleja y depende de un determinado concepto de persona. En la perspectiva de *Jakobs*, persona (Person) y no persona (Unperson) son dos formas de ser los individuos ante el derecho, pero esto no implica en sí mismo una carga moral. Y una forma de ser No-persona (Unperson) es la del enemigo; pero el

[47] Tatjiana HÖRNLE, "Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs Feindstrafrecht", *GA 2006*, pp. 89 y ss.

[48] HÖRNLE, *GA 2006*, S. 89 y s.

[49] Una aproximación sobre este punto, que HÖRNLE (*GA 2006*, pp. 89 y ss.) considera demasiado vaga (außerordentlich vage), puede encontrarse en JAKOBS (Eser/Hassemer/Burkhardt (edic.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende,* 2000, pp. 51 y ss) en la definición de determinados delitos que suponen que el individuo "en todo caso presumiblemente ha abandonado el derecho de forma permanente".

[50] En este sentido, PRITTWITZ, "«Feindstrafrecht»", en: Pilgram/Prittwitz (edic.) *Kriminologie. Akteuren und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung,* 2005, p. 217 y ss.; también CANCIO MELIÁ, *ZStW 117-(2005)*, pp. 284 y ss.

[51] Cfr. JAKOBS, *HRRS 2004*, p. 88: "la designación «derecho penal del enemigo» no es ideada en principio de forma peyorativa".

derecho positivo presenta otras formas de exclusión de individuos distintas de la del enemigo, como sucede en el caso de seres humanos antes del nacimiento[52]. La diferencia, en este caso, es que el enemigo se autoexcluye, porque muestra, a través de un hecho concreto, su voluntad de permanecer en estado de naturaleza. Esta misma consideración permite cuestionar que el derecho penal de enemigo sea derecho penal de autor[53] en sentido estricto: el contenido esencial del tipo es la descripción de un hecho –en la visión de *Jakobs* antes citada, delitos sexuales, criminalidad económica, también terrorismo- y no la caracterización de un autor, aunque ese hecho ponga de manifiesto que ese autor permanece al margen del estado civil-jurídico[54]. Esta visión aparece también en *Kant*: "el poder supremo (da) leyes (...) únicamente como medio de asegurar el estado jurídico-civil, en particular frente a los enemigos exteriores del pueblo"[55]. Y una lectura de las líneas anteriores, dedicadas a la explicación de la máxima *salus publica suprema civitatis lex ist*, permite entender las leyes como protección de la libertad. En principio, es destinatario de la pena como prevención de peligros el enemigo que está situado fuera del contrato original, exterior al pueblo y del que en ningún momento existía garantía de fidelidad a las leyes que regulan la libertad. La traición y el espionaje, pero también el terrorismo, son delitos que subvierten las leyes de la libertad, y en esa medida sus autores son destinatarios del derecho penal del enemigo, porque son, sin duda, enemigos exteriores. Pero también individuos que estuvieron integrados en el pacto pueden dejar de estarlo, como se explicó antes, y quedar en estado de naturaleza. Por este motivo, "todo pronunciamiento, que desemboca en una rebelión, es en esencia el delito más considerable y punible"[56]. Que estos delitos –cuyo denominador común es la reacción frente al orden establecido- son cometidos siempre por el enemigo, es evidente.

La cuestión es, sin embargo, la referencia a otros grupos de delitos que claramente siguen las reglas del derecho penal del enemigo: acaso la criminalidad económica, los delitos sexuales o todo el ámbito de delincuencia referida al tráfico de drogas o de armas. Este problema es planteado ya por *Rousseau*, cuando habla de la pena de muerte o el exilio de quien ha declarado la guerra a la sociedad[57]. Aunque habla de todo

[52] En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, "Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*", en en *RECPCr 9-01 (2007)* (http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf), sobre todo en pp. 8 y ss. Por tanto, es discutible que, en el derecho moderno, todo ser humano sea persona en el sentido jurídico (como titular de derechos y deberes), tal como considera CANCIO MELIÁ, *ZStW 117-(2005)*, pp. 286, nota al pie 68.

[53] Cfr. CANCIO MELIÁ, *ZStW 117-(2005)*, pp. 281 y 286-287.

[54] Tampoco en el caso de los denominados terroristas „individuales", que cita CANCIO MELIÁ, *ZStW 117-(2005)*, p. 287): el art. 577 CP prevé una agravación de la pena (aplicación de la pena en la mitad superior) cuando se realizan determinados delitos (homicidios, lesiones, daños, estragos) con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública. Las consecuencias en la individualización de la pena son las mismas que cuando cualquier delito se comete "por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación" (art. 22.4ª CP). En ambos casos de trata de enemigos y en ninguno de derecho penal de autor quien comete un homicidio por motivos racistas muestra, con ello, su voluntad permanente de apartamiento del derecho, como quien lo hace con el fin de alterar el orden constitucional.

[55] KANT, *Über den Gemeinspruch*, p. 50: "die oberste Macht (gibt) Gesetze (...) bloß als Mittel, den rechtlichen Zustand vornehmlich gegen äußere Feinde des Volks zu sichern".

[56] KANT, *Über den Gemeinspruch*, p. 51: "aller Aufstand, der in Rebellion ausbricht, das höchste und strafbarste Verbrechen im gemeinen Wesen ist".

[57] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social* (1762), edic. H. Guillemin, 1973, Parte II, V, p. 94.

malhechor (tout mailfaiteur), es obvio que *Rousseau* no se refiere a cualquier delincuente o a cualquier delito[58]. Pero va más allá de los delitos *laesae maiestatis* y afecta a hechos graves que suponen un quebrantamiento del pacto social, porque la existencia de estos individuos es incompatible con la conservación del Estado[59]. Se trata de delitos que suponen la destrucción de elementos esenciales de la vida social frente a los que el propio *Rousseau* piensa en la guerra. En palabras de *Kant*: "Guerra para mantener alejados a los destructores de todo bien"[60]. Quienes, en una sociedad, son los destructores de todo bien y, por ello, la detemrinación de quienes es preciso mantener alejados para proteger las leyes de la libertad, es un criterio dependiente de la Constitución de una sociedad civil concreta, y precisamente de la *respublica phaenomenon*. De nuevo, la oposición entre *respublica noumenon*, alejada de todas las guerras („enfernt allen Krieg"), y la *respublica phaenomenon*, que pretende mantener alejado a los destructores de todo bien[61], se muestra como un caso de separación de reacciones frente a los delincuentes: retribución en la constitución civil de la *respublica noumenon*; y prevención de peligros para los destructores de todo bien a través de la *respublica phaenomenon*. Por tanto, una confirmación más de la tesis de *Jakobs* en su interpretación sobre el texto de „Zum ewigen Frieden".

V. **Conclusión**

En este punto, como en el de los límites del derecho penal del enemigo, es dónde la teoría no puede ser sino puramente descriptiva: no hay una exigencia normativa –como si la hay en el caso de los delitos de lesa majestad o de terrorismo- de que los delitos sexuales, los delitos económicos o el tráfico de drogas sean considerados determinantes de que los individuos se han situado fuera del estado civil-jurídico. Es claro, además, que precisamente la discusión sobre este tema está relacionada con la inseguridad cognitiva que genera esta criminalidad en las sociedades modernas. Pero el debate sobre la constitucionalidad de su inclusión queda todavía, a mi juicio, abierto. Queda abierto también si la enemistad en el estado de naturaleza, motivada exclusivamente por la protección de –en términos kantianos- "mis derechos subjetivos", tiene una complejidad especial cuando lo que se protege es la ley general de libertad y, por ello, la seguridad.

En todo caso, se trata -regresando a los significados de la pena de *Nietzsche*- de la pena "como explicación y medida de la guerra contra un enemigo de la paz, de la ley, del orden"[62]. Esta pena es, simplemente, lucha frente al peligro (Gefahrbekämpfung)[63]

[58] Franz HAYMANN, *Jean-Jacques Rousseau Sozialphilosophie*, 1898, p. 228, nota al pie; sobre esta cuestión, PÉREZ DEL VALLE, *CPC-75 (2001)*, p. 599; también en *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, pp. 52 y ss.

[59] ROUSSEAU, *Du contrat social*, Parte II, V, p.95: "Alors la conservation de l´État est incompatible avec la sienne".

[60] KANT, *Der Streit der Facultäten* (1798), en *Werke in sechs Bänden, Bd. 6* (op. cit.), p. 110 (2. Capítulo, 8): "Krieg, den Zerstören allen Guten, entfernt zu halten".

[61] KANT, *Der Streit der Facultäten*, loc.cit (textualmente en nota anterior).

[62] NIETZSCHE, *Genealogie der Moral*, II, 10 (textualmente en nota 2).

[63] En todo caso, también en lo relativo al delincuente político (especialmente en sus referencias al Kaiser co-

y, por ello, una reacción distinta a la que corresponde al miembro del grupo, que es infractor de la norma (Normbrecher)[64]. El concepto de derecho penal de enemigo no significa necesariamente una expresión del Estado autoritario; más bien es, desde su origen, una reacción del Estado liberal frente a sus enemigos[65]. Las referencias a Kant son, desde mi punto de vista, un respaldo de esta tesis y el apoyo que *Jakobs* ha encontrado en *Kant* no es en absoluto contradictorio, como en ocasiones se pretende desde un punto de vista crítico

mo un delincuente), la posición de NIETZSCHE fue interpretada como protección de peligros. Cfr. Dieter Heinrich KERLER, *Nietzsche und die Vergeltungsidee: zur Strafrechtsreform*, 1910, p. 40.

[64] JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 109.

[65] Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *CPC 75 (2001)*, p. 612.