

El diablo como persona en derecho

Sobre la idea de Günther Jakobs de “Derecho penal del enemigo”

MANUEL JIMÉNEZ REDONDO
Universidad de Valencia

Sumario: I. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. II. El diablo como persona en derecho, según Kant. III. Expectativas cognitivas y expectativas normativas, validez y facticidad del derecho. IV. Idea y realidad del Estado de derecho. V. Expectativa normativa y expectativa cognitiva. VI. Delincuencia normal y rescisión del pacto. VII. El estado de Hobbes como vigencia no sólo postulada de un orden de derecho. VIII. Hobbes sobre el derecho penal del enemigo. IX. Por qué esta convincente idea de derecho penal del enemigo no convence a Kant. X. Sentido jurídico del pacto como idea de la razón. XI. El moralista política y el político moral.

I. DERECHO PENAL DEL CIUDADANO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Conforme a una idea de KANT en su escrito *La paz perpetua*, “el estado de paz entre hombres que conviven unos con otros no es un estado natural (*status naturalis*), pues el estado natural es más bien un estado de guerra, es decir, aunque no sea siempre una ruptura de hostilidades, siempre es una perpetua amenaza de ellas. Por tanto, ese estado de paz hay que fundarlo, ya que la ausencia de hostilidades no es todavía garantía de que se vaya a producir ese estado, y si un vecino no proporciona esta garantía a otro que se la ha exigido (lo cual sólo se produce en un Estado de derecho), este otro puede tratarlo como un enemigo.”¹ Para G. JAKOBS, un caso paradigmático de alguien que se niega a proporcionar esa garantía es el “terrorista”. El derecho penal con que ha de combatirse el terrorismo no es, pues, el derecho penal al que queda sometido el ciudadano normal, que, pese a delinquir, sí puede entenderse que ha ofrecido esa garantía, sino un derecho penal de excepción, el *derecho penal del enemigo*. Además, como la consideración del individuo como *persona en*

¹ KANT, *Werkausgabe XI*, ed. W. Weischedel, Frankfurt, Suhrkamp, 1978, 203.

derecho implica la pertenencia de los individuos a un orden de derecho que precisamente tiene por base esa mutua donación de garantías, cabe hacerse seriamente la pregunta de “¿terroristas como personas en derecho?”, a la que G. JAKOBS da una respuesta negativa, para la que JAKOBS supone que, por lo menos en lo esencial, puede apoyarse asimismo en la autoridad de KANT.

Creo que ni la noción de *derecho penal del enemigo* ni esta respuesta negativa son aceptables. Para mostrarlo, voy a recurrir, igual que JAKOBS, a la autoridad de KANT. Pero no me voy a referir al pasaje de KANT que acabo de citar, y a la nota que KANT le añade, que ya he comentado detenidamente en otro lugar², sino que apelaré a otro pasaje de *La paz perpetua* (1795) de KANT.

Esta apelación no tiene por mi parte el significado de una simple rememoración de lo que podría entenderse que es una curiosidad en la historia de las ideas jurídicas. Pienso que la “Doctrina del derecho” de *La metafísica de las costumbres* (1798) de KANT, que puede considerarse un comentario a la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, representa la mejor teoría, no superada, y quizá no superable, de lo que son los principios de un Estado democrático-liberal de derecho.

II. EL DIABLO COMO PERSONA EN DERECHO, SEGÚN KANT

El pasaje de *La paz perpetua*, al que voy a apelar, dice así: “La constitución republicana [es decir, una constitución de un Estado democrático-liberal de derecho] es la única que es totalmente adecuada al derecho del hombre, pero también es la más difícil de fundar y mucho más de mantener, de modo que muchos afirman que tendría que tratarse de un Estado de ángeles, porque los hombres con sus inclinaciones egoístas no serían capaces de una constitución tan sublime. Ahora bien, la naturaleza viene en auxilio de esa voluntad general ideal, fundada en la razón, pero impotente en la práctica, y viene en su auxilio a través de esas mismas inclinaciones egoístas, de modo que es sólo cuestión de una buena organización del Estado (cosa que sí está al alcance de los hombres) el que el Estado dirija las fuerzas de los hombres unas contra otras, de manera que unas detengan a las otras en su efecto destructor, o cancelen ese efecto, de modo que el resultado para la razón sea como si esas fuerzas no existiesen [...] El problema de la instauración de un Estado, por duro que

² *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 4/2008.

esto pueda sonar, es resoluble incluso para un *pueblo de diablos* (con tal de que tengan entendimiento) y es el siguiente: ordenar una multitud de seres racionales que en conjunto necesitan leyes generales para conservarse, pero de las que cada uno en secreto trata de exceptuarse, ordenarla, digo, e instaurar una constitución de tal forma, que, aunque en sus intenciones privadas vayan a la caza unos de otros, esas intenciones privadas se vean contrarrestadas de modo que en el comportamiento público de los hombres el resultado sea precisamente el mismo que si no tuviesen esas intenciones. Este problema tiene que ser resoluble, pues no es a la mejora moral de los hombres, sino al mecanismo de la naturaleza a lo que la tarea de resolver ese problema apela para saber cómo hay que utilizar ese mecanismo, a fin de orientar en un colectivo las orientaciones hostiles de sus miembros de modo que ellos mismos se obliguen mutuamente a someterse a leyes coercitivas y tengan que producir el estado de paz en que imperan las leyes.”³

Pues bien, incluso un terrorista, por más que intente lo contrario, se quedará siempre bastante por debajo del diablo en lo que se refiere a intenciones destructivas y a efectividad de éstas, ya que el diablo, aparte de que hemos de suponerle un grado máximo de inteligencia, representa el *mal radical* mismo, es decir, el tomar por máxima de acción la no *universalizabilidad* de las máximas, mientras que el terrorista, en cambio, supone que sus máximas valdrían para cualquiera que estuviese en su situación y que en todo caso se enderezan a la salud de muchos.

Podría quizá objetarse que, al poner este símil, KANT no está pensando en los casos de *autoexclusión* a los que se refiere JAKOBS, sino que se refiere más bien a la situación descrita por Mandeville en *La fábula de las abejas: o, vicios privados, públicos beneficios* (1723), la de egoístas racionales malintencionados, que van todos a la caza de todos y a tumbar a todos, pero que todos acaban rigurosamente atenidos a la ley, no por respeto a ella, sino como instrumento para cazar al otro y tumbar al otro, a la vez que para protegerse de la caza del otro y de que el otro los tumbe; el pueblo de diablos se hace entonces totalmente indiscernible de un pueblo de ángeles rigurosamente atenidos a la ley por puro respeto a ella; y si con los diablos mezclásemos ángeles que hubieran de protegerse de los demonios con los medios que les da la ley que los ángeles profundamente respetan, habrían de hacer exactamente lo mismo que hacen los demonios. Ahora bien, las razones que tiene KANT para introducir este duro símil no pueden menos de extenderse también a los casos de *autoex-*

³ *Ibid.*, 223 s.

clusión, a los que se refiere JAKOBS, pues lo esencial del símil es la necesidad de la sujeción a la ley *aun sin ninguna clase de respeto a ella*.

III. EXPECTATIVAS COGNITIVAS Y EXPECTATIVAS NORMATIVAS, VALIDEZ Y FACTICIDAD DEL DERECHO

El Estado democrático-liberal de derecho al que se refiere KANT se basa en dos principios. El *primero* es el *principio de libertad*, conforme al que cada cual tiene derecho a configurar su existencia como le plazca, sin pedir autorización ni permiso a nadie, con la única limitación de reconocer ese mismo derecho a todos los demás. Este derecho de libertad —dice KANT— es el único derecho innato que asiste al hombre en virtud de su propia humanidad. La libertad brota de la facultad del hombre de ponerse y quedar más allá de sí y de todo, desde donde puede configurarse a sí mismo y puede configurar y reconfigurar su mundo. En este quedar más allá de sí mismo, el hombre se descubre como no habiéndose puesto él, y a la vez como no estando ya para otra cosa. Se descubre, pues, como consistiendo en un fin, pero no en un fin para sí, tampoco en un fin para otro, ni para otra cosa, sino en un *fin en sí*. Y del sentimiento de la propia libertad y, por tanto, de su propia dignidad, le dimana al hombre moderno un imperativo que está a la base misma del derecho moderno. “No te dejes tratar nunca sólo como un medio, ni siquiera como un medio de tu propia perfección estética o moral, exige ser tratado siempre también como el *fin en sí*, como el que te encuentras siendo.”

El *segundo principio* es el *principio democrático*; la legislación, también la legislación penal, con la que queda articulado y asegurado para todos el igual derecho de libertad, ha de provenir de la “voluntad unida de todos”, pues sólo así se hace valer el requisito ya implícito en el propio derecho de libertad, de no quedar sometido a otra ley que la que cada cual junto con todos los demás se he impuesto a mí mismo como pudiendo ser objetivamente válida para cualquiera.

IV. IDEA Y REALIDAD DEL ESTADO DE DERECHO

JAKOBS rechaza el tipo de críticas de su concepto de *derecho penal del enemigo*, que se basan en una atencencia demasiado intransigente a la validez ideal del concepto de *Estado de derecho* como un Estado atenido a esos dos

principios. “Quien defienda la posición de que siempre *todo* el Estado de derecho, de que siempre el Estado de derecho *todo*, debe convertirse en realidad, sin concesiones, debería saber que ese *todo* en la realidad concreta se ve acompañado por un *o nada*”⁴. Y al final de su artículo añade: “Quien sólo reconozca —*sit venia verbo*— el Estado de derecho permanente de buen tiempo, induce al Estado real a encubrir las excepciones irremediables para su supervivencia en un mundo sucio como reglas, desdibujando así qué es regla y qué es excepción; dicho de otro modo, el Estado de derecho imperfecto, se presenta como perfecto a través de un léxico ideológico. Esta infravaloración de la complejidad de la realidad estatal es peligrosa, ya que obstruye la perspectiva para ver cuándo el derecho penal está sobre el suelo seguro del *derecho penal del ciudadano* y cuándo sobre le terreno tan resbaladizo del *derecho penal del enemigo*.”⁵.

Y ese resbaladizo terreno nos queda a la vista en cuanto tenemos en cuenta que un orden jurídico atenido a esos principios exige ante todo que quienes quedan integrados en él le hayan prestado su asentimiento, que no se constituyan en “adversarios cuya actitud sea por principio hostil y que [en ese hostilidad] sean activos.”⁶

En términos de KANT, el primer deber que la razón nos dicta en lo que respecta a nuestras relaciones externas con el prójimo es el de entrar en un Estado de derecho que haga efectivo el ejercicio de la libertad conforme a los dos principios dichos. Pero el terrorista se niega a entrar con sus convecinos en un Estado de derecho, se autoexcluye. Y con él ya no valen entonces ni el concepto de un orden de libertades sujeto a leyes generales (también a leyes penales) provenientes de la voluntad unida de todos, ni, por tanto, el concepto de persona en derecho, ni tampoco vale propiamente el concepto de *pena*, sino el de *medida*. Sus convecinos no tienen más remedio que enfrentarse a él como un enemigo, como un peligro a neutralizar, esto es, como algo contra lo que hay que proteger la libertad que ha logrado hacerse jurídicamente efectiva y viable mediante las instituciones del Estado de derecho. El terrorista no es sujeto de derecho sino un objeto de un derecho penal especial, de un “derecho penal del enemigo”, compuesto de leyes generales, del que los miembros del orden de derecho se han dotado para hacer frente a ese riesgo. En ese derecho

⁴ JAKOBS G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2006, 75. s.

⁵ *Ibid.*, 83.

⁶ *Ibid.*, 70.

ellos sí tienen la consideración de personas en derecho; el objeto que ese derecho busca neutralizar, no.

V. EXPECTATIVA NORMATIVA Y EXPECTATIVA COGNITIVA

JAKOBS toma de N. Luhmann la distinción entre expectativa normativa y expectativa cognitiva. *Expectativa normativa* es aquella que se mantiene incluso contra el desengaño; es el caso de las expectativas morales; si pienso que un comportamiento es inmoral, no es óbice para seguirlo pensando el que ese comportamiento sea el más frecuente. Una *expectativa cognitiva*, en cambio, es la expectativa de regularidad del comportamiento, que, naturalmente, cambia, cuando la expectativa se ve defraudada. Si supongo que puedo pasar por un parque de noche sin ser asaltado, y resulta que no es así, entonces dejaré de pasar por el parque, por más que sigan vigentes las normas que me protegen contra tales actos.

Al derecho no le basta con una *vigencia postulada*, sino que necesita de una *vigencia real*. Ello significa que en el derecho ha de hacerse efectiva la articulación de una doble expectativa: de la *expectativa normativa* de que no voy a ser asaltado ni robado al pasar por un parque por la noche, pues hay normas vigentes que me protegen de ello y que no han sido derogadas, y de la *expectativa cognitiva* de que efectivamente puedo pasar con tranquilidad por el parque por la noche, pues hay normas vigentes, que no han sido derogadas, que *efectivamente* me protegen de esa clase de riesgos. Cuando en el derecho se disocian esos dos órdenes de expectativas, sucede que, aunque las correspondientes normas sigan vigentes, es decir, no hayan perdido su *vigencia postulada*, sí que han perdido su *Orientierungsleistung*, su capacidad de orientar la acción; nadie se guía por ellas, el derecho ha perdido su función.

Por tanto, “cuidar de las bases de la presunción (cognitiva) de una conducta futura conforme a la ley es un deber positivo elemental de todos los ciudadanos [...] Este deber no es nada distinto del deber kantiano de entrar en un estado civil [...] *Entrar* (ofrecer seguridad cognitiva suficiente) es algo que cada uno tiene que hacer por sí mismo. La *dignidad personal irrenunciable* es consecuencia de una opción que debe ser ejecutada.”⁷ Sólo si uno la ejecuta, puede pretender ser sujeto del orden de derecho en que el derecho de libertad

⁷ *Ibid.*, 67 s.

se da viabilidad en términos de leyes generales, es decir, ser considerado como persona en derecho, y no sólo un objeto del que ese orden se protege.

VI. DELINCUENCIA NORMAL Y RESCISIÓN DEL PACTO

Es claro que no toda vulneración del derecho puede entenderse como “una rescisión general de un comportamiento conforme a derecho”⁸. El ejemplo que en un momento pone JAKOBS es el de un sobrino que mata a su tío del que se sabe heredero para acelerar la situación sucesoria, pero que ve muy bien que la ley le proteja efectivamente a él de verse tratado de la misma forma. “Una vez que la pena ha puesto en claro que su conducta no es adecuada para que a ella se anuden otras, después de su ejecución cabe presumir que vuelve a haber fidelidad al ordenamiento jurídico”⁹ e incluso cabe afirmar que esa fidelidad ni siquiera se había roto al cometerse el delito.

Pero hay otro tipo de “delitos” en los que no es ése el caso, sino que significan directamente una *rescisión general* de la “entrada” en la comunidad jurídica, o que implican una *completa y efectiva desafección* (por lo menos sectorial) al derecho. En tales casos, “cuando el Estado establece una regulación, debería distinguir con claridad entre aquello que sólo está dirigido al terrorista u otro sujeto que disienta activamente y de modo grave y permanente y aquello que también se dirige al ciudadano, ya que de lo contrario el derecho penal del enemigo contaminaría al derecho penal del ciudadano. Ahora bien, esta separación de esferas presupone que el Estado pueda identificar abiertamente a aquellos autores respecto de los que —al menos en un ámbito de gran importancia— no pueda mantenerse la presunción de una conducta conforme a derecho como lo que son, es decir, como enemigos al menos sectoriales”¹⁰.

La suposición de que hay vulneraciones del derecho que significan a la vez la desaparición o inexistencia de cualquier viso de fiabilidad cognitiva (por lo menos sectorial) implica que el autor decae en su carácter de sujeto del derecho para convertirse sólo en objeto del derecho. En términos de KANT, ello quiere decir que el individuo deja de ser tratado como un fin en sí, para pasar a ser objeto de un trato instrumental, en función del riesgo que representa para la seguridad de la comunidad jurídica, es decir, para la vigencia real y

⁸ *Ibid.*, 65.

⁹ *Ibid.*, 65 s.

¹⁰ *Ibid.*, 82.

no sólo postulada que el derecho necesita. La norma de *derecho penal del enemigo* no tiene por función hacer valer la libertad hecha viable mediante leyes generales provenientes de la voluntad unida de todos, sino principalmente la finalidad de asegurar algo previo, a saber: el lado de fiabilidad cognitiva, de regularidad fáctica, que el derecho necesita. Naturalmente, en ningún momento se dice —subraya JAKOBS— que ese individuo no haya de ser tratado conforme a su carácter abstracto de *persona potencial*, lo que se excluye es que haya de ser tratado conforme al carácter de persona jurídica real, del que simplemente carece.

VII. EL ESTADO EN HOBBS COMO VIGENCIA NO SÓLO POSTULADA DE UN ORDEN DE DERECHO

El eco que la noción de *derecho penal del enemigo* ha tenido en teoría del derecho penal estos últimos años, significa que esta idea resulta atractiva. Para mostrar la razón del atractivo de la idea de JAKOBS, voy a recurrir a HOBBS, pero releendo a HOBBS como un teórico de la democracia liberal, pues en definitiva es eso lo que hace KANT. Esa relectura no tiene nada de contradictorio. El *Leviatán* de HOBBS es la gran teoría del Estado *soberano* moderno, y conforme a un motivo que HOBBS repite con insistencia, el soberano es para HOBBS “un hombre o una asamblea de hombres”. Si entendemos que para HOBBS el soberano no es sólo una asamblea de hombres, sino que es lo representado por una asamblea de hombres que sea representativa, tenemos el Estado soberano democrático.

Y con HOBBS podemos entender también que para lo que está la “creación artificial” que es el Estado moderno, es decir, para lo que está esa asamblea representativa, es para hacer viable la *condición humanan moderna*, la condición de libertad sólo limitada por la igual libertad. Forma parte de la condición humana moderna la evidencia de que la particular visión última de la vida y del mundo desde la que cada individuo se decide a configurar y llenar su existencia no es algo que todos compartan y sobre lo que pueda fundarse la convivencia. Vistas las cosas desde la experiencia de esta condición humana moderna, enemigos son potencialmente para mí todos, pues enemigo es aquel que ni me manda, pues yo no estoy dispuesto a reconocerlo como autoridad ni atenerme a nada que se siga del sentido que él da a la vida, ni me obedece, pues a él le ocurre otro tanto. La condición moderna de libertad radical es la guerra de todos contra todos; ignoro cómo va a revertir sobre mi vida (tal como yo la configuro conforme al sentido último que le doy), el sentido y configuración

que el prójimo da a la suya, y, por tanto, he de empezar protegiéndome contra él. Precisamente en el contexto de la condición humana moderna que consiste en no compartir una misma visión última de las cosas, encontramos que todos compartimos el mismo interés por la seguridad, es decir, todos compartimos un mismo interés por vivir con holgura y sin temor todo el tiempo que los dioses y la naturaleza permiten por lo general vivir a los hombres, como se dice en el cap. XIV del *Leviatán*.

El Estado hace viable la reclamación de libertad radical que todo hombre moderno no tiene más remedio que presentar y que es ella misma fuente de enemistad, mediante leyes que puedan entenderse provenientes de la voluntad general. Y esto sólo es así mediante una efectiva y real impotencia de todos frente a la voluntad del Estado, la cual, sólo cumple la función para la que está si, sin embargo, se deja interpretar como resultado de la voluntad unida de todos. Interpretar así a HOBBS es interpretarlo desde lo que se sigue de HOBBS por la vía del *Segundo tratado sobre el gobierno civil* de Locke y de *El Contrato social* de Rousseau hasta las “declaraciones de derechos” de fines del siglo XVIII. Y así lo entendió KANT, quien convierte la articulación jurídica de la libertad bajo leyes generales provenientes de la voluntad general en un orden coercitivo sujeto a principios que son *imperativos de la razón*.

VIII. HOBBS SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Para entender desde esta perspectiva hobbesiano-kantiana el atractivo de la noción de *derecho penal del enemigo*, se puede recurrir a la teoría de la pena que HOBBS expone en el cap. XXVIII del *Leviatán*, al que también recurre JAKOBS.

Dos son las ideas de HOBBS en esta teoría. La primera es que la pena es un mal que la autoridad pública inflige al responsable de una acción o de una omisión que la autoridad ha juzgado ser una trasgresión y que la finalidad de la pena es disponer mejor la voluntad de los hombres a la obediencia.

La segunda es una idea curiosa, pero que viene implicada por el concepto de poder soberano *efectivo* que pone el derecho y por el concepto de vigencia *real* del derecho. No puede entenderse —dice HOBBS— que con el pacto de todos con todos, del que ha resultado el poder soberano, yo haya cedido mi derecho natural a defenderme a mí mismo, sólo he cedido mi derecho a defender a los demás. Ahora bien, precisamente la constitución de un poder capaz

de hacer valer efectivamente el orden de derecho para el que está y del que él forma parte (ya que el ejercicio el poder no es sino ese orden haciéndose valer a sí mismo) implica que, frente al soberano, *todos y cada uno nos hemos vuelto impotentes para defendernos contra él*. “Es evidente, por tanto, que el derecho que el Estado (o quien lo represente) tiene para castigar (*punish*), no se funda en ninguna concesión o regalo de los súbditos. Pero antes he mostrado también que antes de la constitución del Estado (*commonwealth*) todo el mundo tenía derecho a cualquier cosa, y a hacer cualquier cosa que estimase necesaria para su conservación, entre otras la de someter, herir o matar a cualquier hombre. Y éste es el fundamento del derecho a castigar (*right of punishing*) que es ejercido por todo Estado. Pues el súbdito no dio ese derecho al soberano; sólo que al hacer cesión de todos los demás derechos suyos, dio al soberano tal fuerza para que éste ejerciera el suyo como estimara conveniente, para preservarlos a todos; de modo que propiamente este derecho no le fue dado sino que el fue dejado, y le fue dejado solamente a él [mientras que a todos los demás les quedó anulado en la práctica]; y (salvo los límites prudenciales que le pone la ley natural) le fue dejado como en la condición de la pura naturaleza y de guerra de cada uno contra su prójimo”¹¹.

Siendo esto así, el acto de castigo del Estado, casi por su propio concepto, tiene que tener necesariamente dos manifestaciones distintas. Una es la que podríamos llamar (sin exigir demasiada precisión a las denominaciones) un *derecho penal del ciudadano* y otra la de un *derecho penal del enemigo*. Ni que decir tiene que HOBBS no los llama así.

Veamos, aunque sea indirectamente, qué entiende HOBBS por lo primero. Tenemos que de la propia definición de *punishment* se infiere que un mal infligido por la autoridad pública, sin condena pública precedente, no debe recibir el nombre de *punishment* sino de un *acto hostil*; porque el hecho por el que un hombre es castigado ha debido ser juzgado primero por la autoridad pública como consistiendo en una trasgresión de la ley¹². Pues en otro caso ha de regir la presunción de inocencia “y todo castigo de un inocente, sea grande o pequeño, es contra la ley de la naturaleza. Pues el castigo está solamente para el caso de trasgresión de la ley. Y por tanto, no puede haber castigo de los inocentes. El castigo de los inocentes es, por eso, (a) una violación de la ley prudencial de la naturaleza que prohíbe a los hombres atender a otra cosa en sus venganzas que a un bien futuro, pues al Estado no se le puede seguir

¹¹ HOBBS, Th., *Leviathan* (1651), ed. C. B. Macpherson, Harmondsworth, Penguin Books, 1968, pág. 354.

¹² *Ibid.*, 354.

ningún bien de castigar a un inocente; (b) es una violación de la ley prudencial que prohíbe la ingratitud, pues evidentemente todo poder soberano viene dado en el origen por el consentimiento de cada uno de los súbditos para ser protegidos por él mientras sean obedientes; y el castigo de un inocente sería devolver mal por bien; y (c) es una violación del principio de equidad, es decir, del principio de igual distribución de la justicia, que no se guardaría en el castigo de un inocente.”¹³ Dentro de la *commonwealth*, rige, pues sin más el *derecho penal del ciudadano*, del súbdito, que forma parte del ordenamiento atendido al principio de libertad bajo leyes generales, incluyendo leyes penales, las cuales son hechas valer por un poder de castigar que hay que interpretar como el poder que en la naturaleza todos tienen para asegurar su conservación, poder que en el estado civil sólo le es dejado de hecho al Estado. Éste diseña las leyes penales atendiendo siempre también a la conservación, pero precisamente a la conservación de una *commonwealth* articulada conforme a un orden de derecho atendido a esos principios, conservación a la que sirven esas leyes penales diseñadas “para disponer lo mejor posible a los hombres a obedecer la ley”.

Asunto distinto es el ejercicio por parte del Estado de una hostilidad hacia el exterior, que tiene también por norma prudencial y por límite prudencial lo necesario para la propia conservación del Estado, que, naturalmente, no se articula en forma de *derecho penal*. Pues hacia el exterior, mientras no se vulnera quizá algún pacto entre soberanos, no tiene sentido hablar ni de derecho, ni de vulneración del derecho, ni de *punishment*. HOBBS se refiere a esta cuestión tomándola por su lado, por así decirlo, más hiriente: “Pero el infligir un mal, cualquiera que sea, a un hombre inocente, que no sea súbdito, si es para beneficio del Estado, y si no supone violación de ningún tratado anterior, no es contra la ley de naturaleza. Pues todo los hombres que no son súbditos, o bien son enemigos, o bien han dejado de serlo por algunos tratados precedentes. Pero contra enemigos que el Estado juzgue capaces de hacerle daño, es legal por el derecho original de la naturaleza [el de emplear todos los medios que uno considere necesarios para la autoconservación] hacerles la guerra; pues donde la espada [es decir, los tribunales] no juzgan, tampoco el vencedor tiene que hacer distinción entre *nocentes* e *inocentes* en lo que se refiere al pasado, ni tomar otras medidas de gracia que las conducentes al bien de su propio pueblo”¹⁴.

¹³ *Ibid.*, 359 s.

¹⁴ *Ibid.*, 360.

Pero conectando con estas consideraciones acerca de los actos hostiles hacia el exterior como no sujetos a derecho (o sujetos sólo a pactos previos en el sistema de Estados), HOBBS introduce hacia el interior otro tipo distinto de derecho penal que muy bien podemos llamar *derecho penal del enemigo*, que se refiere a un terreno en el que, bien sea desde el exterior; bien sea desde el interior mismo, se produce una especie de "exterior" respecto del orden jurídico, al que ese orden jurídico no tiene más remedio que buscarle acomodo. Este *derecho penal del enemigo* se ejerce sobre súbditos; por tanto, no sobre enemigos, pues enemigos son los hombres que ni son súbditos, ni han dejado de ser enemigos por algún tratado previo; así pues, se trata efectivamente de derecho penal, y no sólo del ejercicio de una hostilidad que quede fuera del ámbito del derecho. Pero estos delitos (*offences*) sobre los que versa este derecho penal son de una naturaleza tal, que cambia la finalidad de la pena. El cumplimiento de las normas de derecho penal de un Estado de derecho atendido a los dos principios mencionados más arriba significa el funcionamiento normal o el caso normal de funcionamiento de ese Estado de derecho afirmándose y haciéndose valer a sí mismo; ahí la finalidad de la pena es hacer que la voluntad de los hombres pueda estar mejor dispuesta a la obediencia. Pero en el caso de delitos que propiamente tienen por contenido *the renoubling of subjection*¹⁵, la renuncia a la sujeción, esta finalidad queda en un segundo plano frente a la finalidad del Estado de asegurar *his own preservation*. Ante delitos que consisten en una *renouncing of subjection*, que no puede significar a su vez otra cosa que *a relapse into de condition of war*, una recaída en el estado de guerra, de lo que se trata ante todo es de asegurar la normalidad del Estado de derecho en conjunto incluyendo la normalidad de la imposición de las penas. Por tanto, el tipo de derecho penal al que quedan sujetos tales delitos no puede ser el código penal normal de los súbditos, es decir, el *derecho penal del ciudadano*, sino que tiene que ser un derecho penal de excepción, en cierta manera contradictorio con lo que es la normalidad del Estado de derecho, en el que quienes quedan sujetos a él *suffer not as subject, but as enemies, for rebellion is but warre nerewed* (sufren no como súbditos sino como enemigos, pues la rebelión no es sino guerra renovada), es decir, en el que los individuos dejan de ser considerados como súbditos, como sujetos, como personas en derecho, y pasan a ser considerados en primer plano como objetos de medidas de seguridad. Creo que éste es, casi exactamente, el concepto de *derecho penal del enemigo* de JAKOBS.

¹⁵ *Ibid.*

HOBBS no se echa para atrás a la hora de sacar las consecuencias de ese concepto de derecho que se refiere a súbditos, a sujetos de derecho, a personas en el derecho, en el instante en que ya han de dejar de ser tratados como súbditos, como sujetos en derecho, como personas en derecho, para ser tratados como objetos de medidas. Pues para introducir este concepto de derecho penal especial conecta con las consideraciones que venía haciendo sobre la cuestión de si era lícito infligir un mal a un inocente, no a título de castigo, sino a título de acto hostil en un contexto discrecional de autodefensa del Estado: “Y ésta [es decir, el tratarse de un acto de hostilidad] es la razón por la que también en caso de súbditos que niegan la autoridad del Estado establecido es legal la venganza extendida no sólo a los padres, sino también a la tercera y a la cuarta generación que todavía no existen y que en consecuencia son inocentes del hecho por el que se ven hostigados.”¹⁶

IX. POR QUÉ ESTA CONVINCENTE IDEA DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO NO CONVENCE A KANT

Para KANT no se trata de que por razones humanitarias no haya que llegar tan lejos como a extender la venganza a la tercera y cuarta generación. En esto podemos estar todos de acuerdo, a pesar de que, aun estando todos completamente de acuerdo en que no hay que llegar tan lejos, “con eso, desde luego, no queda resuelto el problema de cómo trazar los límites” si es que hubiera de admitirse la idea de un *derecho penal del enemigo*. Sea como fuere, a KANT no le mueven motivos humanitarios a la hora de hacer extensiva al diablo la consideración de persona en derecho, sino razones conceptuales.

A lo que KANT se enfrenta directamente es a la contradicción que en la exposición que acabo hacer he pasado por alto. Vistas las cosas desde KANT, es absurdo decir que en la aplicación del *derecho penal del enemigo*, que desde luego se aplica a súbditos, aquel a quien se le aplica sufre “no como súbdito sino como enemigo”. Y no se trata de que como enemigo haya de sufrir más o haya de sufrir menos que como súbdito. De lo que se trata es de que, si hay Estado de derecho, simplemente no hay enemigos. Hay enemigos en el estado de naturaleza, que es estado de guerra, pero no en el Estado de derecho, que es lo directamente opuesto al estado de guerra.

¹⁶ *Ibid.*

Eso no quiere decir que no haya súbditos que entiendan que lo que ellos están haciendo es *renouncing of subjection*¹⁷ y que entiendan a su vez esto como haber cambiado la condición de súbditos por la de enemigos y que incluso exijan quizá ser tratados como soldados de un ejército enemigo. Pero así es como se interpretan ellos, o incluso como se los podría interpretar, *salvo en el derecho*. Pues si hay Estado, hay leyes, y hay jueces que las aplican, y la ley es *res surda et inexorabilis*, como dice KANT citando a Tito Livio, y el juez que la aplica no ve en aquellos a quienes les es aplicada ni enemigos ni soldados de un ejército enemigo, sino súbditos que presuntamente han delinquido y a los que aplica el código penal que se aplica a todos los súbditos por igual. La *rebellion* no es *renouncing of subjection* que pueda tener efectos en derecho, hasta el punto de dar lugar a otro género de derecho, sino que es una conducta que en el código penal de un Estado democrático-liberal tipifica como delito. Es decir, en un Estado de derecho no hay ningún “fuera” que liberase a nadie de la condición de súbdito, para ponerlo en la condición de enemigo y reducirlo a ella; en el ámbito de jurisdicción de un orden de derecho, *no cabe el concepto de enemigo*.

Pero a mí me parece que, aun dentro de lo mismo, hay un importante aspecto de ello, en el que conviene detenerse. Frente al Estado no hay tal *renouncing of subjection*, ni, correspondientemente, hay la *autoexclusión del terrorista* (o de los autores de otra clase de delitos que denoten una renuncia sistemática a la sujeción aunque tal renuncia sea sólo sectorial) a la que se refiere JAKOBS. O más exactamente, frente a un Estado no puede haber más *renouncing of subjection* que la efectuada conforme a lo que las leyes establecen, que la efectuada conforme a derecho, y es evidente que la autoexclusión del terrorista no puede considerarse tal. A efectos jurídicos, el Estado de derecho no tiene otro enemigo que otros Estados de derecho que no hayan dejado de serlo por algún tipo de pacto federativo o que hayan pasado a serlo de nuevo por ruptura de ese pacto. Pues en derecho, el Estado, si efectivamente lo es, sólo puede dejar de convertir en súbdito a otro Estado. Por tanto, en derecho, con tal de que el derecho exista, o lo que es lo mismo, con tal de que el Estado exista, el particular que en el aspecto que fuere cae bajo su jurisdicción *ha quedado convertido en súbdito siempre ya*.

Lo problemático, pues, tanto en el texto de HOBBS como en la idea de *derecho penal del enemigo* de JAKOBS es la suposición de que el pacto del que idealmente se supone que resulta el Estado es un pacto al que se puede asentir o que puede rescindirse. KANT convierte el pacto en una idea de la razón, en

¹⁷ *Ibid.*

algo, por tanto, *que se ha firmado siempre ya y en algo que en todo caso no puede rescindirse*. Para KANT, la existencia misma del Estado es haber firmado ya el pacto. No hay, por tanto, ningún “fuera” que deje espacio para un *derecho penal del enemigo* ni ninguna rescisión que conlleve la pérdida del carácter de súbdito y, por tanto, de *persona en derecho*.

X. SENTIDO JURÍDICO DEL PACTO COMO IDEA DE LA RAZÓN

Un orden jurídico, por ser un orden que sólo puede ser pretender ser externo, que no podría pretender alcanzar a las conciencias sino a costa de cometer injusticia, es para KANT un orden de coerción, articulado de una determinada manera, pero en todo caso un orden de coerción¹⁸. Por eso KANT no es nada proclive a introducir distinciones del tipo de las que introduce JAKOBS, por ejemplo, entre vigencia sólo postulada y vigencia real. En el derecho no hay por un lado obligación y por otro coerción, sino *coerción o posible coerción conforme a principios*. El quedarse la vigencia en no más que vigencia postulada tiene que ser un hueco o una ausencia que se comprende o se tolera o aparece en un contexto de vigencia real, pero que, llegado el momento, o en caso necesario, se espera que sea cubierto desde esa vigencia real misma.

Y por ser el derecho un orden coercitivo, después de enunciar el doble principio del derecho, KANT añade que, precisamente en derecho, no puede exigirse que ese principio de todas las máximas “se convierta a la vez en mi máxima, es decir, que yo lo convierta en máxima de mi acción; pues cada uno puede ser libre, aun cuando su libertad a mí me sea completamente indiferente, o aun cuando, en mi corazón, a mí me gustaría acabar con ella, con tal de que mediante mi acción externa no yo le cause daño.”¹⁹ El doble principio del derecho es un mandato de la razón, que a mí, ciertamente, me liga, pero que no exige que yo atenga mi acción a esa obligación *por respeto a esa obligación misma*, pues tal respeto no puede imponerse coercitivamente, que es a lo que el derecho alcanza; sino que “lo único que la razón dice es que mi libertad, por su propia idea, está limitada a ello, y que los demás tienen derecho a limitarla a ello”. Es decir, lo único que la razón dice es que, si me veo restringido en

¹⁸ KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe VIII*, ed. W. Weischedel, Frankfurt, Suhrkamp, 1978, 339.

¹⁹ *Ibid.*, 338.

mi libertad a limitarla a condiciones que la hagan compatible con la libertad de cualquier otro conforme a leyes generales, yo no tengo ningún argumento racional que oponer a tal restricción, pues esa restricción es racional²⁰.

Y si ese doble principio del derecho es un imperativo de la razón en este sentido negativo, exactamente el mismo carácter tiene que tener también el deber al que apela JAKOBS, a saber: "Todos los hombres que pueden quedar en relaciones jurídicas mutuas tienen el deber de entrar en este estado [...], pues se hacen injusticia en grado supremo queriendo estar y mantenerse en un estado que no es un Estado de derecho, es decir, en que nadie está seguro de lo suyo contra actos de violencia"²¹.

De esa ley de la razón, de este mandato racional incondicionado, puede decirse, pues, exactamente lo mismo que del doble principio del Estado de derecho, a saber: que esta ley de la razón no espera en absoluto, ni mucho menos exige, que yo ajuste el ejercicio de mi libertad a este principio *por respecto a él*. Lo puedo odiar en la profundo de mi corazón. Esa ley de la razón tiene el significado negativo de que, al estar constituido un Estado derecho conforme a los dos principios dichos, con un poder legislativo y un poder judicial, nadie me hace injusticia cuando como súbdito quedo sujeto a un orden jurídico atenido al principio de libertad bajo leyes generales provenientes de la voluntad unida de todos, es decir, nadie me ha hecho injusticia por haberme obligado a entrar en un estado jurídico con él. Pues lo contrario, es decir, el eximirme efectivamente de ese orden es la suprema injusticia que, si el Estado de derecho existe, éste no tiene más remedio que tenerla tipificada como delito.

Así pues, desde un punto de vista KANTiano, ni existe para el Estado de derecho un "fuera" que éste hubiera de cubrir con un *derecho penal del enemigo*, ni el carácter de *persona en derecho* es una expectativa normativa que hubiese de quedar en suspenso cuando le falte la correspondiente corroboración cognitiva; para KANT ambas cosas carecen conceptualmente de sentido

XI. EL MORALISTA POLÍTICO Y EL POLÍTICO MORAL

Pero cuando KANT dice que el problema de instaurar un Estado de derecho es resoluble incluso para un pueblo de diablos, también hay que tomar

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, 422.

a la letra lo que dice. Pues lo que dice significa que ese Estado de derecho o todavía no está instaurado, o todavía no está consolidado. Y entonces estamos hablando de un “mientras tanto”, que es posible que se convierta en indefinido.

El poder político tiene la función de realizar fines colectivos, y el primero de ellos es el de hacer valer la propia estructura formal del Estado de derecho haciendo frente a los riesgos a los que pueda verse expuesta, y lo hace recibiendo de ese mismo orden jurídico una articulación atendida a los principios del Estado de derecho. Y si el Estado de derecho se encuentra en aquel “mientras tanto”, también el poder político (que necesariamente habrá de ir un paso por delante de lo que pueda alcanzarse en diseño institucional y consolidación del Estado de derecho) queda también jurídicamente en esa situación de “mientras tanto”.

Y así, aunque para el Estado articulado en forma de Estado democrático-liberal de Derecho, no pueda haber *jurídicamente* otros enemigos que otros Estado que no hayan dejado de serlo mediante pacto o que hayan vuelto a serlo por ruptura de los pactos, la verdad es que *políticamente* se enfrenta a enemigos que vuelven a aparecer como tales precisamente porque el riesgo que representan excede los límites de la elaboración de la que es capaz el Estado, también en lo que se refiere a elaboración en términos de derecho penal. Ello no es sino un aspecto más en que el tipo de organización política que representa el Estado nacional y el sistema de Estados nacionales sólo logran elaborar muy trabajosamente los problemas que les plantea una sociedad que está mundializada en aspectos decisivos, también en aspectos de lo que tradicionalmente han sido materias del derecho penal.

Si aceptamos la idea de Carl Schmitt de que la relación *amigo-enemigo* es la relación política básica, tenemos que el Estado de derecho y el poder político articulado en términos de Estado de derecho pueden interpretarse como la neutralización jurídica de esa relación básica. Pero cuando el alcance del Estado de derecho se vuelve limitado, esa relación re-emerge allí donde el derecho ya no alcanza y, sin embargo, se diría que el Estado de Derecho no puede reconocerla, porque tiene que darla por neutralizada. ¿No podría decirse entonces que el *derecho penal del enemigo* no es sino el tipo de derecho penal en el que el derecho, reconociendo la emergencia de esa relación, se atreve a practicar él mismo su propia auto-negación, en la medida de lo necesario, es decir, en la medida de lo absolutamente imprescindible para mirarla de frente en vez de tratar de ocultarla ideológicamente?

JAKOBS coincide con KANT en criticar y descalificar al “moralista político”, al moralista que trata de ajustar su moral a una realidad que queda muy

lejos de esa moral por la vía de presentarla como perfecta, al moralista que recorta y arregla sus principios para que “el Estado de derecho imperfecto se presente como perfecto a través de un léxico ideológico”²², como hemos oído decir a JAKOBS más arriba. Pero a mí me parece que también esta idea de *derecho penal del enemigo* puede muy bien acabar convirtiéndose en pura ideología, en un querer presentar lo que es no-derecho como derecho exigido por la excepción “a través de un léxico ideológico”. A mí me parece más bien que la “moral” de un Estado de derecho, precisamente ante las evidencias de aquello a lo que un Estado de derecho no alcanza, tampoco por el lado de sus leyes penales, exige más bien atenerse al principio que KANT atribuye al “político moral”, a saber: cuando en la constitución estatal o en el funcionamiento del Estado se descubren imperfecciones e incluso deformidades o huecos que no han podido evitarse, es deber (sobre todo de quienes gobiernan) orientar todos los esfuerzos para que se les pueda poner remedio conforme a los principios del derecho tal como éstos nos quedan a la vista como modelo en la idea de la razón²³. Precisamente entonces, la situación de no-derecho, mantenida a la vista como lo que es: como una situación de no-derecho, también en lo que respecta a la posible exigencia de responsabilidades jurídicas, se convierte en la exigencia crítica, e incluso en la urgencia, de rearticularla de forma que acabe quizá convirtiéndose en una situación de derecho.

²² JAKOBS, *op. cit.*, p 23.

²³ KANT, I., *Werkausgabe XI*, 151 ss.